

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN-SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, primero (01) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAVIER SOLARTE ESPINOSA
DEMANDADOS	1. HERMES DE JESÚS ROJAS GÓMEZ, 2. LUZ MARY ROJAS GIRALDO Y LILIANA ROJAS ESPINOSA, COMO HEREDERAS DETERMINADAS DEL SEÑOR PROCESO ROJAS JIMÉNEZ Y 3. HEREDEROS INDETERMINADOS DEL SEÑOR PROCESO ROJAS JIMÉNEZ
RADICADO No.	19-698-31-12-002-2020-00037-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA
TEMA	COSA JUZGADA, CONTRATO REALIDAD Y RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LABORALES.
DECISIÓN	SE REVOCA PARCIALMENTE LA DECISIÓN APELADA, EN SU LUGAR, SE DECLARA EL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL ACTOR Y EL SEÑOR PROCESO ROJAS JIMENEZ (Q.E.P.D.) Y SE CONDENA AL PAGO DEL CALCULO ACTUARIAL DE LOS APORTES A PENSIONES, A FAVOR DEL DEMANDANTE. EN LO RESTANTE, SE CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA.

1.- ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN** propuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia del veinticinco (25) de junio del 2021, emitida por el Juzgado Segundo civil del Circuito de Santander de Quilichao, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

En síntesis, pretende el demandante que se declare: **(i)** Que entre el señor JAVIER SOLARTE ESPINOZA, y la empresa BILLAR EL AGUILA, siendo empleador el señor PROCESO ROJAS JIMÉNEZ y representada legalmente por HERMES DE JESÚS ROJAS GÓMEZ, como jefe inmediato, existió un contrato de trabajo verbal laboral, con extremos del 06 de agosto de 1999 al 09 de octubre del 2019; **(ii)** que el señor JAVIER SOLARTE ESPINOZA fue despedido sin una justa causa por el señor HERMES DE JESUS ROJAS GÓMEZ; **(iii)** que el señor JAVIER SOLARTE ESPINOZA nunca fue afiliado al sistema de seguridad social integral.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, **(iv)** Se condene al reconocimiento y pago de la sumas correspondientes a prestaciones sociales, por todo el tiempo laborado; **(v)** se le otorgue la pensión sanción por haber trabajado por 20 años; y de no ser posible, se ordene el pago a COLPENSIONES de los aportes a la pensión de vejez; **(vi)** se condene por concepto de la indemnización por despido sin justa causa; **(vii)** indemnización moratoria de que trata el numeral 3, del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por no consignación de las cesantías **(viii)** Los derechos laborales que se demuestren dentro del proceso, que no fueron cancelados y que

deben ser reconocidos, con base en la facultad ultra y extra petita y **(ix)** se condene al pago de las costas y agencias en derecho (Archivo No. 01, págs. 106-107 – cuaderno 1ra instancia- del expediente digital).

Como fundamentos fácticos expone, que el establecimiento de comercio denominado “BILLAR EL AGUILA”, representado en ese entonces por el señor PROCESO ROJAS JIMÉNEZ (quien ya falleció), contrató de manera verbal a término indefinido, al señor JAVIER SOLARTE ESPINOSA, para que laborara como garitero y oficios varios en el Billar Águila, actualmente de propiedad del señor HERMES DE JESÚS ROJAS GÓMEZ, quien fue su jefe inmediato, desde el 06 de agosto de 1999.

La relación laboral se mantuvo de manera continua e ininterrumpida desde el 06 de agosto de 1999 hasta el 09 de octubre del 2019, pues HERMES DE JESÚS ROJAS despidió sin justa causa al demandante.

Que ejecutó labores de garitero y oficios varios, tales como adecuación y mantenimiento del establecimiento, en forma personal y directa, en una jornada de trabajo extendida de domingo a domingo, desde las 7:00 am hasta las 10:00 pm, incluyendo días festivos; indicando, además, que esta jornada cambió desde febrero de 2015, donde laborada desde la 1:00 pm hasta las 10:00 pm, teniendo como jefe inmediato al señor HERMES DE JESÚS ROJAS GÓMEZ.

Respecto al salario, señala que se pactó un pago semanal, cuyo promedio se calculaba de acuerdo a las sumas de la garita realizada durante el día, sin el reconocimiento de horas extras y demás prestaciones sociales.

Que el actor nunca estuvo afiliado al sistema de seguridad social integral y nunca disfrutó, ni se le pagaron vacaciones.

Que desde el día de la terminación sin justa causa del contrato laboral y hasta la fecha de la presentación de la demanda, no se le ha reconocido ni pagado las acreencias laborales.

Finalmente, indica que, mediante documento a título personal, solicitó al empleador, el 28 de marzo de 2017, que se le afiliara al régimen de seguridad social y se le pagaran las acreencias laborales; y Siete meses después, el actor fue citado, en la oficina de trabajo en la ciudad de Cali, por los señores HERMES DE JESÚS ROJAS y PROCESO ROJAS, donde de mala fe se firmó un documento que trataba de asuntos comerciales, indicando que, desde dicha data, quisieron disfrazar la relación laboral con la figura de concesión comercial y que recibió la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000). Además, continuó laborando hasta el 09 de octubre de 2019, con las mismas funciones que venía desempeñando desde el año 1999.

2.2. CONTESTACIÓN DE HERMES DE JESUS ROJAS GOMEZ, LUZ MARY ROJAS GIRALDO y LILIAN ROJAS ESPINOSA, ESTAS ÚLTIMAS, EN CALIDAD DE HEREDERAS DETERMINADAS DEL SEÑOR PROCESO ROJAS JIMÉNEZ

A través de apoderado judicial contestan la demanda, **oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones**, bajo el argumento de que, cualquier deuda o acreencia que haya tenido el señor PROCESO ROJAS o el señor JESUS ROJAS GOMEZ, con el demandante, fueron transadas bajo documento privado del 10 de octubre del 2017, conciliación celebrada el 09 de octubre, mediante audiencia No 02839; razón por la cual, a la fecha no existe ninguna deuda.

Expone, el demandante calla cuando no establece que la relación con el demandado no era laboral, sino comercial, pues se le propuso un negocio: *“coge esas mesas de billar, explótalas y del producido me das el 80% y el 20% es tuyo, las mesas deben mantenerse al día y el sitio donde se encuentra aseado”*, propuesta que el demandante aceptó.

Sostiene que ese sería un negocio civil de naturaleza mercantil, pues no cuenta con los elementos de un contrato de trabajo.

Como mecanismo de defensa formularon las excepciones de fondo: “cobro de lo no debido”, “inexistencia de la obligación”, “cosa juzgada” y “prescripción”. (archivo No. 01, págs. 123-130, y archivo No. 02, págs. 3-10 – cuaderno 1ra instancia- del expediente digital.).

2.3. CONTESTACIÓN DE LOS HEREDEROS INDETERMINADOS DEL SEÑOR PROCESO ROJAS JIMÉNEZ:

Representados por curador ad-litem, quien señala, no constarle los hechos de la demanda e indicó que, las pretensiones son procedentes, si las pruebas aportadas generan la convicción necesaria.

No formuló excepciones de mérito. (Archivo No. 04, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTANDER DE QUILICHAO, CAUCA, se constituyó en AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia No. 006, el día veinticinco (25) de junio de 2021, en la cual: **i)** denegó las pretensiones de la demanda, **ii)** declaró probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, denominadas: cosa juzgada e inexistencia de la obligación y **iii)** condenó en costas a la parte demandante.

Argumentos de la Juez: Para sustentar su decisión, en lo concerniente a la excepción de cosa juzgada, afirma que, el contrato de transacción y conciliación obrantes en el expediente, respectivamente, fueron suscritos por el señor Proceso Rojas Jiménez y Javier Solarte Espinosa, donde acuerdan dar por terminado de mutuo acuerdo cualquier relación civil, comercial o laboral trabada entre ellos, sobre los asuntos contemplados en la cláusula tercera del mismo acuerdo, señalando como fecha concertada de terminación el 30 de septiembre de 2017; firmas que

fueron autenticados ante la notaría 15 de la ciudad de Cali y avalado en acta de conciliación del 9 de octubre de 2017, ante la inspección de trabajo de Cali.

Señala que, no se demandó la nulidad del acuerdo de conciliación, y, por el contrario, se limitó a reclamar las acreencias laborales; y que, a su vez, de acuerdo al interrogatorio de parte, el demandante aseveró que necesitaba el dinero, y que el acuerdo fue espontáneo y sin presión.

Agrega, al no haberse solicitado la nulidad de la transacción y conciliación, ni tampoco aportarse elementos de juicio fácticos, que permitieran hacer uso de las facultades extra y ultra petita, aquel mantiene en firme su validez, y, por tanto, opera la excepción de cosa juzgada.

De otro lado, señaló que, las pruebas aportadas al proceso no permiten desvirtuar la existencia del contrato de concesión comercial entre Proceso Rojas Jiménez como concedente y el señor Javier Solarte Espinosa como concesionario indica, ni que la labor haya sido ejecutada única y exclusivamente a favor del señor Hermes de Jesús Rojas. Para tal fin, argumentó que, la parte demandada demostró que la relación existente entre el demandante y ellos, fue de carácter comercial y no laboral, en lo que concierne al contrato de concesión comercial vigente desde el 10 de octubre de 2017 hasta el 9 de octubre de 2018, y que tampoco hubo prueba alguna de la parte demandante, que permitiera inferir que desde el día 10 de octubre de 2018 hasta la muerte del señor proceso Rojas, el 8 de marzo de 2019. Lo que rigió la relación fue un contrato de trabajo verbal, aunado a que, en lo correspondiente al periodo de tiempo causado entre el 9 de marzo de 2019 hasta el 9 de octubre del mismo año, tampoco se demostró que la presunción del artículo 24 del código sustantivo del trabajo haya tenido respaldo, que la labor haya sido ejecutada única y exclusivamente en favor del señor Hermes de Jesús Rojas, en el entendido en que, este pasó a ser el propietario de café águila desde el 30 de marzo de 2019, según las pruebas documentales y testimoniales recaudadas en el trámite.

En consecuencia, declaró igualmente probada la excepción de fondo denominada: inexistencia de la obligación, denegando las pretensiones de la demanda.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMADANTE

En resumen, luego de aceptar que no se demandó la nulidad de la conciliación y transacción, la primera queja se relaciona con la declaración de la cosa juzgada, al considerar que el Juez de Primera Instancia no declaró la nulidad de tales negocios jurídicos, en forma extra petita, por vicios en el consentimiento, porque su objeto comprende derechos del trabajador que son irrenunciables y están comprobados con los testimonios que dan cuenta de la relación laboral, al estar probados los tres elementos.

Además, como el demandante no tiene los conocimientos jurídicos sobre la conciliado y transado, hay vicio en el consentimiento, porque se le indujo a error y firmó por miedo a perder el trabajo y recibió los dineros por las necesidades que tenía.

Afirma, “... ..Ahora, otra situación que también se menciona dentro de la sentencia era que, **si bien, ¡eh...! en principio se demandó a un proceso, perdón a Don Hermes, esto correspondía a que, si bien a lo último Don Hermes fue el propietario del establecimiento, Don Hermes fue desde un principio quién le dio el trabajo a Don Javier y eso fue mencionado por él mismo, el hecho de que Don Hermes no aparezca dentro de la matrícula, por así decirlo, como propietario, se puede manifestar de que él era el empleador de Don Javier, si a eso ¡eh...! y hago referencia eso porque pues en ese sentido fue las razones por las cuales se inició el proceso en contra de él; entonces yo quisiera que el superior ¡eh...! entendiera lo que quiero decir y es de que **si bien nosotros no alegamos un vicio de consentimiento dentro de este contrato, eso no quiere decir que no exista, eso no quiere decir que no exista, y qué... y que... máxime de que maneja un lenguaje completamente jurídico que puede ser entendido o que difícilmente podría haber sido entendido por Don Javier.****

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro del término legal, se presentaron alegatos de conclusión por el apoderado de la parte demandada, en los siguientes términos:

Sostiene que, al observarse los argumentos de la apelación, no se establece que existan reparos sobre la decisión emitida por el *ad quo*, pues solo se limita a hacer un relato materia de la demanda, sin dar a conocer sus inconformidades de la sentencia.

Insistió en lo referente a la cosa juzgado, señalando que están de acuerdo con la juez que emitió la sentencia de primera instancia, que el demandante debió atacar la conciliación bajo los principios del artículo 1975 y subsecuente 1812, cuando los contratos o las obligaciones se encuentran afectadas por dichos vicios.

Señala que, pretender que el juez desconozca la conciliación como un acto de buena fe, suscrito por las partes con todos los requisitos, es atentar contra la competencia de cada funcionario, a menos que se determine con claridad que hubo desconocimiento de la ley sustancial o los vicios son tan protuberantes que Constitucionalmente obliga al juez a tomar una determinación.

De otro lado, sustenta que no existe el contrato realidad e insiste en la excepción de prescripción. (Archivos No. 11 y 12 – cuaderno de 2da instancia- expediente digital).

Por su parte, el demandante y el curador Ad-litem de los herederos indeterminados del señor PROCESO ROJAS JIMÉNEZ, guardaron silencio, dentro del término concedido para presentar alegatos de conclusión en esta instancia (Archivo No. 13, – cuaderno de 2da instancia- expediente digital).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo

10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar el recurso apelación contra la sentencia de primera instancia.

La apelación se resolverá con la aplicación del **principio de consonancia**.

Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce el presunto titular del derecho reclamado, en contra de las personas jurídicas eventualmente obligadas a reconocerlo.

El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insaneables.

5. ASUNTOS POR RESOLVER.

Luego del estudio de los argumentos presentados por el apoderado de la parte demandante, los problemas jurídicos que se deben resolver son:

- 1.** ¿Se cumplen los presupuestos jurídicos para declarar el contrato de trabajo, en la modalidad y extremos, que se reclaman en la demanda?
- 2.** En caso afirmativo, ¿Se ajusta al ordenamiento jurídico vigente declarar la excepción de la cosa juzgada, en la forma como se declaró en la sentencia impugnada?

Como asunto asociado, se responderá a las quejas sobre la omisión de declarar la nulidad de la transacción y conciliación.

3. En el evento que se revoque la sentencia impugnada, se debe verificar si procede el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que se peticionan en la demanda.
4. De existir condenas, se debe resolver sobre la excepción de prescripción, alegada por la parte demandada.

6. SOBRE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO QUE SE DEMANDA

La tesis de la Sala apunta a revocar parcialmente la sentencia impugnada y declarar la existencia de relación laboral por contrato de trabajo, en extremos diferentes a los demandados, por encontrarse acreditados los elementos del contrato de trabajo y no haberse desvirtuado la presunción del artículo 24 del CST, conforme a las siguientes razones de hecho y de derecho:

6.1. Por mandato de los artículos 22 y 23 del CST, hay lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo, cuando se cumplen los requisitos de prestación personal del servicio del trabajador a favor del empleador, bajo la continuada subordinación y dependencia y a cambio del pago de una remuneración o salario.

6.2. Conforme a las normas anteriores, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, una vez reunidos los tres elementos, se entiende la existencia del contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, en respeto del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

La CSJ-SL tiene definido, el principio protector de la primacía de la realidad consiste *“...en darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resulte del documento contractual o cualquier otro que hayan suscrito o expedido las partes, que conlleva necesariamente a que son aquellas particularidades*

que se extraen de la realidad las que se deben tener en cuenta y no otras las que deben determinar el convencimiento diáfano del juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural y que se reclaman en una acción judicial, como determinantes de la existencia de un contrato de trabajo”¹.

6.3. Hay consenso en la Doctrina y Jurisprudencia nacional, el elemento sustantivo de la subordinación y dependencia, es el que distingue a la relación por contrato de trabajo, de cualquiera otra relación jurídica.

Para el legislador, según lo preceptuado en el literal b del artículo 23 del CST, la subordinación o dependencia del trabajador, para con su empleador, faculta al empleador para exigirle el cumplimiento de las órdenes que le imparta, en todo momento, respecto del modo, tiempo y cantidad de trabajo; e implica también la facultad de imponerle reglamentos de trabajo. Pero el empleador está obligado a respetar el honor, la dignidad y derechos fundamentales del trabajador.

En ese orden de ideas, serán las particulares condiciones que rodeen el cumplimiento de la actividad contratada, las que determinen si en el caso tiene lugar una dependencia o subordinación que sitúen la prestación personal del servicio en el plano de una relación laboral.

6.4. Del examen de los medios de convicción, se encuentra probado, en debida forma, el hecho de la prestación personal de los servicios por el actor, en favor del señor PROCESO ROJAS JIMÉNEZ, en el periodo comprendido de noviembre de 1999 al 8 de marzo de 2019, en labores de garitero, relacionadas con la atención al cliente, aseo de la zona, de las mesas y bolas de billar etc., en el establecimiento comercial CAFÉ ÁGUILA, porque así lo enseñan con claridad los siguientes medios de convicción:

6.4.1. En la contestación de la demanda, los demandados

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 28 de abril de 2009 (radicado 33849), siendo M.P. el Dr. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ.

aceptan que el vínculo jurídico con el demandante inició a finales de 1999, hasta septiembre de 2017, no obstante, manifiestan que no se trató de una relación laboral, sino de una relación netamente comercial y que a partir del 10 de octubre de 2017 se celebró un contrato de concesión comercial (Archivos No. 01, 02 y 03, del expediente digital de 1ra instancia).

6.4.2. Entre el señor PROCESO ROJAS JIMÉNEZ como concedente y JAVIER SOLARTE ESPINOSA como concesionario, se celebró contrato de concesión comercial, de fecha 10 de octubre de 2017, con duración de un año, contado a partir del 10 de octubre del año 2017 al 09 de octubre de 2018, en el cual se estableció el siguiente objeto:

PRIMERO.- Objeto: El presente contrato tiene por objeto la regulación de las relaciones jurídicas entre las partes, derivadas del permiso de uso y explotación que hace **EL CONCEDENTE** al **CONCESIONARIO** del área de billares que se encuentra dentro del establecimiento de comercio CAFÉ AGUILA, así como de las mesas de billar, las de billarpoll, los tacos, las bolas, los casilleros, los elementos para limpieza de las mesas, los cubre mesas, las tizas, los marcadores, la silletería y otros necesarios para la ejecución de dicho pasatiempo, para que este último lo explote bajo su propio riesgo, cuyas características se encuentran definidas en el Anexo No 3 de este contrato. Como contraprestación **EL CONCESIONARIO** se obliga a entregar el monto del porcentaje que le corresponde y en el monto indicado en la cláusula quinta de este contrato.

PARAGRAFO PRIMERO: Junto con el espacio concedido dentro del establecimiento de comercio CAFÉ AGUILA, **EL CONCESIONARIO**, tendrá derecho al uso propio y de su clientela de los baños y servicios complementarios.

PARAGRAFO SEGUNDO: Las bebidas gaseosas, cervezas o licores y otros elementos serán suministrados exclusivamente por el concesionario del bar.

(Archivo No. 01, págs. 145-152, expediente digital de 1ra instancia)

6.4.3. En los interrogatorios de parte rendidos por los demandados, se aceptó que el señor JAVIER SOLARTE prestaba servicios en el CAFÉ AGUILA, en la zona del billar, siendo contratado por el señor PROCESO ROJAS, sin embargo, en el caso del señor HERMES DE JESUS ROJAS, indicó que él fungía como administrador, y que fue a partir de mayo o junio de 2019, aproximadamente, que el establecimiento comercial pasó a su nombre.

6.4.4. De los testimonios de la parte actora, recaudados en el

proceso, se extraen las siguientes versiones relevantes:

- En el caso de la testigo LUZ MERCEDES IDARRAGA MARÍAN, indicó que fue compañera de trabajo del actor, en el CAFÉ AGUILA; que ella ingresó a laborar como mesera en el año 1992 y hasta el 2011 y que el actor, ingresó a laborar en 1999, en las mesas de billar.

Que ella entraba a las 7:00 am y él ya estaba ahí, y otras veces, él llegaba después de ella, no obstante, señaló que, a ellos, el señor Hermes, les exigía cumplir horario.

Indicó que el señor Javier era cumplido, porque debía entrar a hacer el aseo de los billares y mesas.

Que cuando Javier no podía ir a laborar, el señor Hermes conseguía una persona conocida y el día que se enfermaba y no iba, no se le pagaba al demandante.

Señaló que al actor le hacían llamados de atención, porque a veces le cogía la tarde para ir, que los billares funcionaban de acuerdo a si había gente o no, y que era Hermes quien indicaba hasta qué horas se trabajaba, imponiendo el horario de entrada y de salida, porque era quien administraba el café.

Adujo que Javier nunca le dio órdenes a ella, que era un empleado como ella y que él cumplía órdenes de Hermes.

Indicó que el actor ganaba un porcentaje, que las ordenes iban encaminadas a mantener las mesas limpias, hacer el aseo, barrer, trapear, en la zona donde estaban las mesas de billar.

Afirma que le consta que el actor prestó los servicios hasta el 2019, porque era vendedora ambulante después del retiro y frecuentaba el establecimiento tres veces por semana, por espacios de cinco minutos y que lo veía haciendo la misma labor.

- Por su parte, el testigo JHON JAIRO GUZMAN RENGIFO, indicó:

Que fue compañero de trabajo del actor en el CAFÉ AGUILA, que él ingresó como cantinero en el año 2002, y el actor ya laboraba ahí; que el testigo laboró hasta finales del año 2005, que Javier era el garitero, que se encargaba de atender las mesas de billar, atender los clientes que llegaban a jugar y a consumir bebidas alcohólicas, tinto, gaseosa.

Que a todos les tenían un horario, unas ordenes explícitas, que el testigo abría a las 6 am, y el actor llegaba después de 7:00 am, o 7:30 más tardar, a hacerle aseo a las mesas, hacerle aseo al local, para poder atender al personal que llegaba, pero que el horario de salida no era fijo. Que así era la jornada de lunes a lunes, incluyendo festivos.

Indicó que, si el actor no llegaba a tiempo, no había atención en ese momento, pero que siempre se cumplía el horario, y que a Javier le hacían llamados de atención por retraso en las llegadas o porque entre él y Javier, tomaban la decisión de cerrar temprano, si veían solo, y al otro día les llamaban la atención a los dos y les tocaba dar la explicación. Indicó, además, que no fueron muchas las veces que lograron tomar la decisión de cerrar por cuenta propia y que cuando consultaban y les decían que no se podía cerrar, continuaban laborando.

Señaló también, que Javier no tenía libertad para decidir hasta qué horas iba a laborar, y que, sin autorización de Hermes, no podía dejar otra persona de reemplazo porque siempre debía haber alguien de confianza.

Agregó que después volvió a laborar en el 2015, hasta finales casi del 2016, y veía al actor haciendo lo mismo; indicando, además, que Javier no le daba ordenes al testigo, que siempre fueron como compañeros de trabajo y que el manejo de las mesas, era exclusivo del señor Javier.

Por último, indicó que, si no había clientes, igual Javier debía estar presente y se encargaba de limpiar mesas y tacos, arreglar tacos y sus labores.

Sostiene que después de ser trabajador, pasó a ser cliente del billar y se dio cuenta que el demandante realizaba las mismas labores.

- El testigo MILTON SANDOVAL IPIA, señaló que trabajó en el CAFÉ AGUILA del 2005 al 2015, como cantinero.

Que el actor era garitero, que llegaba entre las 7:00 am o 7:30 am a hacer aseo, limpiar mesas y tacos y arreglo de tacos; que Hermes era el administrador y le exigía horario, pero que el actor sabía que tenía que llegar a esa hora a limpieza.

Que, para un reemplazo, el actor debía hablar primero con el administrador, que solo se cerraba cuando no había personal, pero que el señor Javier no era autónomo para tomar esa determinación y que su trabajo de garitero era exclusivo del actor.

Que cuando no había nada, se adelantaba aseo, limpieza, él limpiaba las mesas, y que cuando Javier necesitaba salir, habla con Hermes, y que el señor Proceso dio una que otra orden, cuando había que hacer arreglos, pero siempre era con Hermes, indicando, además, que Hermes iba de vez en cuando al negocio.

6.4.5. De los testimonios de la parte demandada, recepcionados en el proceso, correspondientes a SANDRA MILENA VALENCIA y DANIELA BENITEZ VALENCIA, se advierte que ambas laboraron en el CAFÉ AGUILA también, en el caso de SANDRA MILENA del 2015 al 2019 como administradora; y DANIELA desde 2017 y hasta mitad del 2019 como mesera por turnos, constatando en sus declaraciones también, que el actor prestó sus servicios como Garitero en el billar.

6.4.6. El actor señor Javier Solarte y el señor Proceso Rojas, suscribieron un contrato de transacción y un acuerdo conciliatorio, respectivamente, el 9 y 10 de octubre de 2017, en razón a los servicios prestados por el actor a favor del señor PROCESO ROJAS, en el CAFÉ AGUILA, en la zona de billares, en el periodo comprendido de noviembre de 1999 hasta septiembre de 2017

(Archivos No. 01(172) expediente primera parte, páginas 133 a 137 y archivo 07(04) conciliación, págs. 11- 15 del expediente digital de primera instancia), y en virtud de dicho acuerdo, el actor recibió la suma de \$10.000.000.

CONCLUSIONES:

1. Del análisis en conjunto de todos los medios de convicción reseñados, se obtiene total certeza del hecho de la prestación personal de los servicios, sin interrupciones, por parte del demandante en el CAFÉ AGUILA, a favor del señor PROCESO ROJAS, quien falleció el 8 de marzo de 2019 (Archivo No. 01, pág. 8).

Con este hecho probado, surge a la vida jurídica la presunción legal del artículo 24 del CST, de que tales labores se ejecutaron bajo la vinculación de un contrato de trabajo.

La Sala advierte, la pasiva no cumplió con su deber procesal de destruir la presunción de la ejecución de las labores por el demandante, bajo un contrato de trabajo, en primer lugar, porque no aporta al proceso ningún medio de prueba documental que soporte sus dichos al contestar la demanda, de la relación jurídica civil, salvo con el contrato de concesión comercial, suscrito entre el actor y PROCESO ROJAS, el 10 de octubre de 2017.

Con las versiones testimoniales de la parte demandada tampoco se destruye la presunción, dado que los testigos sólo pudieron dar fe desde su vinculación en el lugar de los hechos, después del año 2015 y en todo caso, sus dichos de la supuesta autonomía, aparecen desmentidos con las versiones de dos de los testigos de la parte actora, quienes iban con frecuencia al billar, después de terminada su relación laboral.

A su vez, de la revisión minuciosa de los testimonios de la parte actora, señores LUS MERCEDES IDARRAGA, JHON JAIRO GUZMAN y MILTON SANDOVAL IPIA, aparecen hechos probados, serios, concordantes, indicativos de la ejecución subordinada de las

labores, pues el señor JAVIER debía tener una disponibilidad permanente en el billar, cumplir un horario que le era exigido por el administrador, se encargaba exclusivamente de sus labores de garitero, aseo de mesas del billar, arreglo de tacos, etc.; no tenía autonomía para designar reemplazos, ni para cerrar el negocio, pues debía comentarlo con HERMES en calidad de administrador del establecimiento; y aunado a ello, si el actor faltaba un día, no se le cancelaba.

Todos estos hechos, descartan la calidad de socio o concedente, como aduce la pasiva, y denotan la existencia de una verdadera relación laboral, subordinada.

A su vez, del estudio del interrogatorio al demandante, tampoco se encuentran indicios de confesión, en cuanto a la existencia de un verdadero vínculo autónomo, en dicho periodo de 1999 al año 2017; y en el caso del interrogatorio de parte de los demandados, concretamente del señor HERMES, se infiere que era el establecimiento el que proporcionaba elementos tales como las tizas, o se encargaba de cambio de paños, de manera que los elementos eran proporcionados por el empleador, siendo un claro indicio de subordinación.

En conclusión, acorde con los hechos probados y siguiendo la primacía de la realidad y los principios científicos que informan la crítica de la prueba, se obtiene plena certeza de la prestación personal de los servicios del actor, en favor del empleador Proceso Rojas, toda vez que hay hechos probados indicativos de la ejecución subordinada de las labores contratadas y la pasiva, no destruyó a cabalidad la presunción del artículo 24 del CST.

2. Respecto al salario a que tiene derecho el actor, no hay prueba del valor pactado, porque siempre se indicó que se trataba de un porcentaje del 20% de las utilidades, y los recibos aportados al plenario (Archivo No. 1, págs. 23 a 46, expediente digital de 1ra instancia), no son determinantes, ni permiten inferir con certeza el valor concreto, porque no se puede inferir cuantas eran las utilidades recibidas realmente en el mes, máxime que el actor, según el dicho de los testigos, se le cancelaba semanalmente.

En consecuencia, ha de tenerse en cuenta que en Colombia todo trabajador debe percibir, por lo menos, el salario mínimo legal mensual vigente de cada anualidad, y así se tendrá para todos los efectos en este caso, del año 1999 al 2015.

3. Ahora bien, en cuanto a los extremos del contrato de trabajo verbal, la Sala considera, hay certeza que el actor inició labores en noviembre de 1999, conforme al testimonio de LUZ MERCEDES IDARRAGA, en concordancia con lo indicado en las mismas contestaciones de demanda, donde se acepta que en el año 1999 el actor pactó prestar servicios con el señor PROCESO, razón por la cual se tomará el último día de noviembre de 1999 como extremo inicial, conforme a lo indicado de antaño por la jurisprudencia de la CSJ-SCL.

En cuanto al extremo final, corresponde al 30 de septiembre de 2017, data máxima que se extrae de los siguientes hechos indicativos: De una parte, con las versiones testimoniales de LUZ MERCEDES y JHON JAIRO a quienes les consta de manera directa, que vieron al demandante prestando los servicios hasta el año 2019; junto con las versiones de los testigos de la parte demandada SANDRA MILENA VALENCIA Y DANIELA BENITEZ VALENCIA.

Por otra parte, en los acuerdos de transacción y conciliación se pactó el pago, por las labores ejecutadas hasta septiembre de 2017.

Además, entre el demandante señor JAVIER SOLARTE y el empleador PROCESO ROJAS, se celebró contrato comercial de concesión, ejecutado desde el 10 octubre de 2017, documento que no fue objeto de tacha, ni desconocimiento en el proceso, fecha a partir de la cual, hay evidencias testimoniales de que el actor si ejercía autonomía en sus labores.

Acorde con todo lo expuesto en este punto, procede revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar, declarar la existencia del contrato de trabajo, entre el demandante y el difunto Proceso Rojas como empleador, en los periodos del 30 de noviembre de 1999, al 30 de septiembre de 2017, en forma continua y con un salario mínimo.

2. RESPUESTA AL TEMA DE LA DECLARACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

Demostrada la existencia del contrato de trabajo, al verificar si con los acuerdos de transacción y conciliación suscritos se garantizaron los derechos mínimos e indiscutibles del trabajador, se concluye que no procede declarar la excepción de cosa juzgada respecto a los derechos irrenunciables relacionados con el pago de los aportes a pensiones en favor del trabajador, a cargo del empleador, como pasa a explicarse:

7.1. Según lo expuesto por la CSJ-SCL, en sentencia SL 4066 del 2021, los jueces laborales no pueden ser convidados de piedra y se debe garantizar siempre los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Sobre el concepto de los derechos laborales ciertos e indiscutibles, la CSJ-SCL, en sentencia SL3628-2019, señaló:

*“Es cierto, como lo aduce la censura, que los derechos laborales tienen el carácter de irrenunciables a la luz de los artículos 14 y 15 del CST y no es dable conciliar o transigir sobre los que tienen la naturaleza de ciertos e indiscutibles, por ello, la Sala, en sentencia CSJ SL, 8 jun. 2011, rad. 35157, reiterando lo señalado en providencia CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332, precisó que **«un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad».***

Precisó también, que lo que hace que un derecho sea indiscutible «es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible», postura que correspondería con el objetivo de la restricción a la facultad

del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor, la cual «tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales».

7.2. Conviene traer a colación también, lo expuesto por la CSJ-SCL, en sentencia SL 4066-2021, respecto al tema de la conciliación y el instituto jurídico de la cosa juzgada, objeto de discusión:

“En un acuerdo conciliatorio, bien presentado ante un juez o ante un funcionario administrativo o delegado por ley para esas funciones, para que le imparta su aprobación en relación con el cuidado que debe tenerse respecto a que no se violentaron derechos ciertos e indiscutibles, pueden tocarse temas del derecho laboral ordinario donde se acuerden puntos específicos de orden legal, convencional o voluntariamente concedidos por el empleador o relacionados con la Seguridad Social. Pero, de todas formas, que hacen tránsito a cosa juzgada.

Son las partes, y solo ellas, las que llegan al acuerdo, el funcionario le imprime su aprobación formal y en adelante el documento que lo contiene, goza de la presunción de validez. La aprobación del funcionario se supedita a verificar que lo consignado fue lo que realmente se acordó y si no se violan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, de manera que si considera que no se presenta la dicha violación, debe aprobar el pacto y hacer las advertencias sobre los efectos de cosa juzgada que desde ese momento lo amparan.

Cuando se dice que el acta de conciliación hace tránsito a COSA JUZGADA, se está asegurando que no podrá adelantarse acción judicial posterior con el fin de revivir los asuntos conciliados. De hacerse, el juez deberá declarar probada, aún de oficio, la excepción de cosa juzgada. Esto debido a que el acta de conciliación tiene la misma fuerza obligante de una sentencia.

Sin embargo, puede ordenarse judicialmente la nulidad de un acta de conciliación ante la ausencia de los elementos esenciales para obligarse (art. 1502 CC), es decir,

cuando se actúa sin capacidad o voluntad o cuando la referida actuación verse sobre un objeto o causa ilícita, salvo que se trate de la revisión del reconocimiento de sumas periódicas o de pensiones de cualquier naturaleza impuestas al tesoro público o a un fondo de naturaleza pública, situaciones en las que el mecanismo apto para la enervación de las transacciones o conciliaciones judiciales o extrajudiciales, es la revisión contemplada en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

Expresado en otras palabras, si la parte que firmó el acuerdo considera que en el contenido de la conciliación existe un vicio del consentimiento, un objeto o una causa ilícitos –con las salvedades anotadas-, o una violación de derechos ciertos e indiscutibles, podrá acudir ante la jurisdicción mediante un proceso ordinario de competencia del Juez Laboral según las reglas que fija el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para que se deje sin valor y efecto el acuerdo celebrado, con todas las consecuencias que ello conlleve. (...)²

Más adelante, señaló la alta corte, en la misma sentencia:

“La Corte, de antaño, ha explicado que «de conformidad con la jurisprudencia de la Corte [...] los efectos de cosa juzgada de la conciliación solamente se producen cuando el acuerdo de voluntades no está afectado por un vicio del consentimiento que lo invalide. **Por esta razón la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad excepcional de revisar en juicio las conciliaciones laborales**, mientras que la ley no permite la revisión de los fallos judiciales en proceso diferente a aquél en que se produce la sentencia». (CSJ SL, del 8 de nov. 1995, rad.7793).

Desde entonces, fue usual que el efecto de cosa juzgada de una conciliación, fuera demandado en **proceso ordinario** posterior en procura de su nulidad, lo que significó que ese efecto fuera relativo, en tanto no adquirían la inmutabilidad propia de las decisiones judiciales que

² Negrita fuera de texto original.

estaban debidamente ejecutoriadas, precisamente por estar afectadas por algún vicio en el consentimiento, causa u objeto ilícitos o una violación de derechos ciertos e indiscutibles, pues recuérdese que la conciliación es principalmente un acuerdo de voluntades que aprueba el conciliador, quien no necesariamente es un funcionario judicial.”³

Igualmente, indicó la CSJ-SCL en dicha providencia SL4066-2021:

“No obstante, lo pactado, en el proceso se demostró y no se desvirtuó por la demandada en sede de casación como lo pretendió, que la prestación personal de servicios por parte del actor estuvo regida por un contrato de trabajo, en el entendido de que, en aplicación al principio de prelación de la realidad sobre las formas, el sentenciador derivó que los hechos dan cuenta de los elementos que lo configuran pese a lo pactado por las partes.

Entonces, debe la Sala determinar si en el presente caso se pueden derivar los efectos de cosa juzgada del acta de conciliación suscrita por las partes, pues téngase en cuenta que una vez demostrada la existencia del contrato de trabajo, se generan a favor del trabajador todos los derechos mínimos establecidos en la ley, los cuales adquieren la naturaleza de irrenunciables.

Como ya se ha dicho, la conciliación es válida en el derecho del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles. De esa definición es posible derivar que lo que es objeto de conciliación son los derechos y no los hechos. Lo anterior significa que las partes no pueden acordar despojar de efectos jurídicos unos hechos acaecidos en la realidad, como acontece con aquellos que configuran una relación laboral que da lugar a la existencia de un contrato de trabajo.

*Es decir, las partes no pueden acordar que, pese a que existió prestación personal del servicio, una remuneración y subordinación jurídica, **elementos de la relación laboral establecidos en el artículo 23 del CST**, en realidad no se configuró un contrato de trabajo, pues ello constituye ni más*

³ Subrayado fuera de texto original

ni menos, que la renuncia a los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles derivados de la calidad jurídica de trabajador. Lo anterior no lo desvirtúa la circunstancia de que entre las partes se hayan suscrito contratos civiles o comerciales, pues es claro que la primacía de la realidad encuentra venero en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, y no pueden las partes desconocer ese derecho de rango superior.

De entrada se hace notar que los jueces no pueden resultar convidados de piedra a la hora de aprobar acuerdos conciliatorios, pues nótese que estos pueden tener como móvil ocultar la existencia de verdaderos contratos de trabajo, aspecto que no se compadece con el papel de garante de los derechos de los trabajadores que le corresponde a los jueces de esta rama del derecho social, y ciertamente, resulta llamativo que un juez de trabajo conozca una conciliación sobre un contrato civil o comercial con el único fin de desconocer la existencia de un contrato de trabajo.

Vale la pena reiterar que los hechos no son susceptibles de conciliación, esto es, las partes no pueden acordar en contra de lo que aconteció en la realidad y se exponen a que, pese a que así se estipule formalmente, mediante un proceso posterior se desvirtúe lo pactado con las obvias consecuencias de ese actuar desprovisto de transparencia. En el caso concreto, tal como se encontró acreditado por el juez, se demostró la existencia de un verdadero contrato de trabajo, lo que deja sin sustento lo convenido por contravenir los derechos mínimos e indiscutibles del trabajador, entendidos como esas garantías mínimas que establece la ley por debajo de las cuales es ineficaz acuerdo o pacto alguno.”.

7.3. En sentencia SL449-2022, la CSJ-SCL resalta las materias de conciliación, que se hacen extensivas a la transacción:

“En este punto la Corte recordó, entre otras en sentencia CSJ SL13258-2016 que las materias de la conciliación mismas que hacen extensivas a la transacción,

son los derechos y no los hechos, en aquella ocasión expresó:

Conviene aclarar que no se pueden conciliar hechos para quitarle la certidumbre a los derechos del trabajador y así volverlos conciliables, pues esto haría nugatoria la protección a los derechos mínimos del trabajador; sino que el objeto de la conciliación solo ha de versar sobre los derechos inciertos y discutibles de acuerdo como se dieron originalmente los hechos.”

7.4. A su vez, según lo expuesto en sentencia SL127-2022 por la CSJ-SCL:

*“Se desprende de estos argumentos, que no se demuestran los yerros alegados, en tanto, en primer lugar, **a las manifestaciones que hagan las partes durante la celebración de un acuerdo, transacción o conciliación, no se puede predicar o darle el alcance de confesión en los términos del artículo 191 del Código General del Proceso.**”⁴*

Así mismo, se indicó en dicha providencia:

*“Si bien, la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un eventual pleito, que para su validez no requiere la aprobación o el aval del juez, en tanto basta con que las manifestaciones se hagan en forma consciente y libre de apremio, para que surta efectos legales, **con su celebración no se pueden vulnerar derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, como lo prevé el artículo 15 del CST.**”⁵*

7.5. Al revisar los medios de convicción relacionados con el tema objeto de debate, aparece probado:

7.5.1. El señor Javier Solarte y Proceso Rojas, suscribieron un

⁴ Negrita fuera de texto original

⁵ Negrita fuera de texto original

contrato de transacción y un acuerdo conciliatorio, el 9 y 10 de octubre de 2017, en relación con los derechos ciertos, inciertos y discutibles y consignándose que no provienen de un contrato de trabajo, sino de una relación civil, por razón de los servicios prestados por el actor a favor del señor PROCESO ROJAS, en el CAFÉ AGUILA, en la zona de billares, en el periodo comprendido de noviembre de 1999 hasta septiembre de 2017 y en virtud de dicho acuerdo, el actor recibió la suma de \$10.000.000 (Archivos No. 01(172) expediente primera parte, páginas 133 a 137 y archivo 07(04) conciliación, págs. 11- 15 del expediente digital de primera instancia)

7.5.2. Según el interrogatorio de parte rendido por el actor, dichos acuerdos se firmaron en forma libre, consciente, voluntaria; y básicamente porque la suma que le entregaron, le era provechosa para cubrir sus necesidades, en ese momento; aunado a que continuaría desarrollando sus labores de garitero en el billar, según lo acordado con el señor PROCESO ROJAS.

7.5.3. De la revisión de la demanda, no se solicitó en forma expresa la nulidad del acta de conciliación, ni del acuerdo de transacción y sólo en el hecho séptimo de la subsanación de demanda se afirma que el actor fue citado a la oficina de trabajo en Cali, donde quisieron disfrazar la relación laboral con la figura de concesión comercial (Archivo No. 01(172) Expediente primera parte, pág. 111 del expediente digital de primera instancia)

CONCLUSIONES:

1. En respuesta a las quejas de la parte demandante en su impugnación, por el hecho de que la Juez de Primera Instancia no declaró la nulidad de la conciliación y transacción, la Sala no las avala, toda vez que, conforme a las pretensiones de la demanda no se sometió a discusión tales nulidades y tampoco se aportaron medios de convicción con tales fines, de una parte y por otra, siguiendo las pautas jurisprudenciales reseñadas, para que el Juez

Laboral pueda declarar de oficio o en forma extra petita la nulidad de una conciliación y transacción, tienen que aparecer de bulto los vicios por falta de capacidad de alguna de las partes o la prohibición legal expresa de transar o conciliar determinado asunto.

Además, según los criterios jurisprudenciales citados en acápite que antecede, los hechos no pueden ser conciliados, únicamente los derechos pueden ser conciliados, siempre y cuando no afecten los derechos mínimos irrenunciables del trabajador.

2. Según las pruebas adosadas al plenario, y como ya se analizó previamente, por lo menos del 30 de noviembre de 1999 al 30 de septiembre de 2017, se constató la existencia de una verdadera relación laboral por contrato de trabajo verbal, entre el señor JAVIER SOLARTE ESPINOSA y el señor PROCESO ROJAS, donde el señor HERMES DE JESUS ROJAS fungía como administrador designado por el señor PROCESO.

A partir de esta realidad procesal y conforme con la línea jurisprudencial reseñada, son válidos y con efectos de cosa juzgada los acuerdos celebrados por el actor y el difunto empleador, relacionados con los derechos laborales inciertos y discutibles que se ventilaron en este proceso, con mayor razón, por el hecho de que la parte pasiva niega la existencia del contrato de trabajo pretendido.

Sin embargo, en lo que se refiere a los derechos a favor de trabajador para la afiliación y el pago aportes y/o cotizaciones al sistema pensional, a cargo del empleador, tienen expresamente el carácter de irrenunciables, tal cual se infiere de la interpretación sistemática del artículo 48 de la CP, en concordancia con los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 100 de 1993 y así está definido en la línea jurisprudencial de la CSJ-SL, expuesta en la sentencia del 3 de mayo de 2017, radicado nro. 73481, cuando dijo: *“Una vez revisado el acuerdo transaccional, encuentra la Sala que el mismo vulnera los derechos del trabajador, al transigir la totalidad de las pretensiones de la demanda, en donde se incluye el pago de aportes a seguridad social, obligación que no puede ser eximida por las partes, en atención a la naturaleza de orden público de las normas que gobiernan la relación de*

trabajo existente.» Esta tesis aparece reiterada en la sentencia SL1452 DE 2022.

Por lo tanto, carecen de validez jurídica los acuerdos transaccionales y conciliatorios celebrados entre el trabajador y empleador, en relación con el derecho a la seguridad social en pensiones.

Y como quiera el legislador, por medio de los artículos 15 y 17 de la Ley 100/1993, modificados por los artículos 3° y 4° de la Ley 797/2003, respectivamente, en concordancia con el artículo 22 de la citada Ley 100, dispuso que son afiliados al sistema general de pensiones, en forma obligatoria, entre otros, las personas vinculadas por contrato de trabajo y durante su vigencia es obligación del empleador descontar el porcentaje y pagar los aportes a la administradora de pensiones elegida por el trabajador, se impone en este caso, declarar parcialmente la excepción de cosa juzgada, dejando a salvo el derecho irrenunciable del trabajador demandante, a la afiliación y pago de los aportes a pensiones, a cargo del empleador, durante la vigencia del contrato de trabajo que se declara en esta instancia.

En concordancia, en los eventos en que el empleador omite afiliar al trabajador al sistema general de seguridad social en pensiones, la consecuencia es que debe trasladar al Sistema General de Pensiones una reserva actuarial, con el fin de que esas semanas laboradas y no cotizadas se contabilicen dentro de la historia laboral de su trabajador, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo de las administradoras de fondos de pensiones.

Esta decisión se compagina con la línea de pensamiento de la CSJSL expuesta, entre otras, en la sentencia SL3506-2019, reiterada en sentencia del 2 de junio de 2021, SL2236-2021, en la cual recordó lo siguiente:

*“(...) la Corte ya ha determinado que en desarrollo de reglas tales como las establecidas en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, y de principios de la seguridad social como los de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, **todas las hipótesis de omisión***

en la afiliación, sea cual sea la razón a la que obedezcan, deben encontrar una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda, por los tiempos omitidos, (...)”
(Negrillas del texto original).

Adicionalmente, en Sentencia T-234 de 2018, la Corte Constitucional señaló que:

“Es clara la intención del legislador al prever esta figura (pago del cálculo actuarial), y es la de permitirle al trabajador que el periodo que su empleador no hizo los aportes a un fondo porque no lo afilió, se contabilice dentro de su historial de semanas de cotización para todos los efectos prestacionales que se hallen inmersos dentro del Sistema General de Pensiones. De tal manera que si se hace la correspondiente afiliación del empleado por parte del empleador y se paga el valor del cálculo actuarial, a satisfacción de la entidad administradora de pensiones, los periodos pagados deben ser aplicados para la fecha en que se laboraron y debieron ser reportados.”

3. Recapitulando, dadas las circunstancias acreditadas en el proceso, se impone revocar parcialmente el ordinal primero de la sentencia apelada, para en su lugar, declarar el contrato de trabajo, en la modalidad, extremos y términos ya indicados, y como el señor PROCESO ROJAS JMENEZ, falleció el 8 de marzo de 2019 (archivo No. 01, pág. 8), y no hay prueba de que exista pago de aportes a seguridad social en pensión, y tampoco obra proceso de sucesión en trámite con ocasión del deceso del empleador, se ordenará, trasladar íntegramente, a favor del trabajador JAVIER SOLARTE ESPINOSA y con cargo a la masa sucesoral del señor PROCESO ROJAS JMENEZ, el cálculo o bono actuarial, por el periodo comprendido del 30 de noviembre de 1999 al 30 de septiembre de 2017, teniendo como índice base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, según lo peticionado en la demanda o ante la administradora de fondos de pensiones en que se encuentre afiliado el demandante, y de acuerdo con la liquidación que realice el fondo

de pensiones respectivo.

Es de acotar que, en este evento, no hay lugar a declarar el fenómeno de la prescripción, precisamente por la calidad de irrenunciables de los derechos atinentes al pago de portes a la seguridad social en pensión, razón por la cual no tiene prosperidad, tal exceptivo planteado por la pasiva y así se declarará.

En lo restante, se confirma la sentencia apelada, toda vez que el acta de conciliación y el acuerdo transaccional, no fueron objeto nulidad o vicios probados como tal, y en los restantes derechos objeto del acuerdo, se acompasan a los criterios legales y jurisprudenciales que sobre derechos inciertos y discutibles, se exige, dada la fecha del acuerdo suscrito entre el actor y PROCESO ROJAS, esto es, octubre de 2017.

7. CONDENA EN COSTAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad al numeral 5° del artículo 365 del Código general del proceso, al resolverse favorablemente el recurso de apelación propuesto por el apoderado del señor JAVIER SOLARTE ESPINOSA, y revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia, no se impondrá condena en costas de segunda instancia.

Corresponde al Juez de Primera Instancia fijar las agencias en derecho y costas a cargo de la parte pasiva y a favor del demandante.

8.- DECISIÓN

Por lo expuesto la Sala Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOQUÉNSE PARCIALMENTE los ordinales primero y segundo y totalmente el ordinal tercero de la sentencia apelada, proferida por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE

SANTANDER DE QUILICHAO (CAUCA) el 25 de junio de 2021, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la existencia del contrato de trabajo verbal, a termino indefinido, celebrado y ejecutado entre el trabajador JAVIER SOLARTE ESPINOSA y el empleador PROCESO ROJAS JMENEZ (Q.E.P.D.), entre el 30 de noviembre de 1999, al 30 de septiembre de 2017, con un salario mensual igual al salario mínimo legal, por cada año de labores.

TERCERO: DECLÁRESE parcialmente probadas las excepciones de mérito de cosa juzgada e inexistencia de la obligación, por lo expuesto en la parte motiva de esa providencia.

CUARTO: CONDENAR a las demandadas LUZ MARY ROJAS GIRALDO y LILIANA ROJAS ESPINOSA como herederas determinadas y a los herederos indeterminados del empleador PROCESO ROJAS JMENEZ (Q.E.P.D.), a pagar, a favor del trabajador JAVIER SOLARTE ESPINOSA y con cargo a la masa sucesoral del señor PROCESO ROJAS JMENEZ (Q.E.P.D.), según la normatividad que rige la sucesión, el valor que resulte del cálculo actuarial de los aportes a pensión, de acuerdo con la liquidación que realice el fondo de pensiones respectivo, por los periodos comprendidos del 30 de noviembre de 1999 al 30 de septiembre de 2017, teniendo como índice base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, suma que será consignada ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, según lo peticionado en la demanda, o ante la administradora de fondos de pensiones en que se encuentre afiliado el demandante, según lo motivado en esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, según lo motivado.

SEXTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada, según lo motivado en esta providencia.

SEPTIMO: SIN CONDNA en costas de segunda instancia, como se dijo en la parte motiva.

Corresponde al Juez de Primera Instancia fijar las agencias en derecho y costas a cargo de la parte pasiva y a favor del demandante.

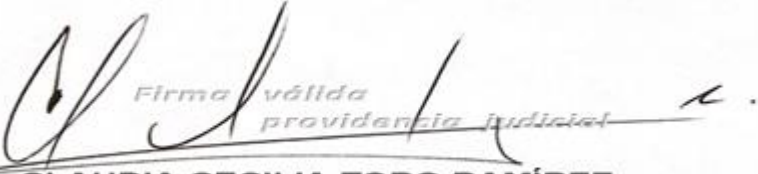
SEXTO: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO** y con la remisión al correo electrónico de los apoderados judiciales de la copia de la presente providencia para su conocimiento.

Los Magistrados,



Firma válida
providencia judicial

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL



Firma válida
providencia judicial

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL