REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA

SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente N° 23-001-31-05-001-2019-00099-01 Folio 182-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **LUZ MARINA MATEUS MENDOZA** contra **EMDISALUD ESS EN LIQUIDACIÓN.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

El actor solicita se declare que entre las partes existió un contrato a término indefinido desde el 11 de febrero de 2007 hasta el 9 de diciembre de 2018 (última fecha en que se hizo efectiva la renuncia). Cuya terminación respondió a un despido sin justa causa imputable a la demandada.

Como consecuencia de la declaración, se ordene el pago de los meses dejados de cancelar a la demandante, correspondiente a los meses de marzo y abril de 2008, octubre, noviembre y diciembre de 2018.

Además, solicita el pago de: auxilio a las cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones adeudadas por la terminación del contrato; la indemnización por despido injusto en la modalidad de despido indirecto, correspondiente a $24.050.390, equivalente a 247 días; y de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. que a la fecha de presentación de la demanda se tasa en $10.163.920.

Por último, pretende que las sumas reconocidas sean indexadas, se falle ultra y extrapetita, y se condene en costas a la demandada.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

Que la señora LUZ MARINA MATEUS celebró contrato a término indefinido con EMDISALUD, desde el 1 de febrero de 2007 hasta el 7 de diciembre de 2018, fecha última en la que presentó renuncia. Que el cargo desempeñado era de Profesional en Sistemas de Información, devengando un último salario por $2.921.100.

Que la demandante dio a luz el día 29 de mayo de 2018, a pesar a ello, la entidad no canceló los salarios en debida forma, viéndose obligada a endeudarse para poder mantenerse, hasta el punto de presentar la renuncia, con esta justa causa por hechos imputables al incumplimiento contractual del empleador. Igualmente, se dejaron de realizar aportes al sistema de seguridad social, concretamente a pensión por los meses de marzo y abril de 2008, octubre, noviembre y diciembre de 2018.

Que al momento de la terminación del contrato no se pagó la liquidación, ante lo cual no media justificación legal de la omisión, denotando la mala fe.

I. III. Contestación de la demanda

Admitida la demanda, fue contestada por el accionado en el término legal. Frente a las pretensiones, solo se opone a las siguientes:

- A que sea declarada la terminación sin justa causa, puesto que la finalización del contrato se llevó a cabo debido a la renuncia voluntaria aceptada el día 07 de diciembre de 2018.

- Al pago de los aportes a pensión por los meses de marzo y abril de 2008, en virtud de que solo se adeudan los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2018, sustentando esta oposición en el certificado expedido por el área administrativa.

- Al pago de indemnización por despido injusto, por cuanto no se ha configurado despido indirecto, debido a que la demandante renunció de manera voluntaria a sabiendas de la crisis financiera y/o administrativa que presentaba EMDISALUD E.S.S., lo cual conllevó a incumplimientos involuntarios, más no caprichosos, siendo consecuencia la Liquidación Forzosa ordenada mediante Resolución No. 8929 del 02 de octubre de 2019.

- Al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T, ya que la empresa EMDISALUD ESS, no ha actuado de mala fe con la demandante, sino que el incumplimiento en el pago de algunos salarios y prestaciones sociales, obedeció a la crisis financiera que conllevó a la liquidación obligatoria.

- A la imposición de condena en costas en atención a que no se han negado los derechos que le asisten a la actora al interior de este proceso judicial.

Propone como excepciones: "Aplicación del fuero de atracción en el proceso liquidatorio", "Pago parcial", "Buena fe", "La no configuración del despido indirecto", "Prescripción" e "Innominada".

I.IV. Trámite procesal.

Las audiencias estatuidas en el artículo 77 y 80 del CPTSS se surtieron en forma separada, recaudándose pruebas documentales y practicando los testimonios de ADRIANA MARIA MENESES SANCHEZ y CARLOS ANDRES ESCOBAR FUENTES.

II. LA SENTENCIA APELADA

A través de providencia de fecha 28 de mayo de 2021 el A-quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Declaró que entre la señora LUZ MARINA MATEUS MENDOZA y EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD - EMDISALUD E.S.S. EN LIQUIDACIÓN existió un contrato trabajo a término indefinido comprendido entre el 1 de febrero de 2007 y el 7 de diciembre de 2018, por lo cual condenó al demandado a pagar las siguientes sumas de dinero:

- Cesantías: $2.734.474,16
- Intereses Cesantías: $307.172,59
- Vacaciones compensadas: $1.367.237
- Indemnización por despido injusto: $24.055.258,5.

Asimismo, condena al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, desde el 07 de diciembre de 2018 hasta el 01 de octubre de 2019, por un total de **$28.724.150**. Aclarando que el proceso liquidatorio de la accionada se inició el 2 de octubre de 2019 (fecha posterior a la terminación de la relación de laboral), período en el cual no se adelantaron las gestiones necesarias para cumplir con el pago de las prestaciones sociales, considerando el juez que no existe justificación para la omisión hasta el 1 de octubre de 2019, es decir por 295 días.

Argumenta el señor juez, que la indemnización por despido injusto concedida, tiene fundamento en las prohibiciones especiales del empleador contenidas en el artículo 59 del CST que prohíbe entre otras cosas, retener sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones. Por su parte el artículo 62 ibídem, consagra como causal de terminación unilateral del contrato por justa causa del trabajador, el incumpliendo de obligaciones legales o convencionales por parte del patrono, entre ellas el pago de salarios, la cual no puede eludir bajo ninguna circunstancia. Configurando lo que se conoce como despido indirecto imputable al empleador. La jurisprudencia ha entendido que el incumplimiento

sistemático debe ser continuado y no ocasional para que se configure la causal del numeral 10 literal a, tal como sucedió en el presente caso.

En lo atinente a los aportes al sistema de pensión, condena a EMDISALUD E.S.S. EN LIQUIDACIÓN, a pagar a favor de la demandante y con destino a COLPENSIONES, los aportes de los meses de marzo y abril de 2008 y los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2018, puesto que en informe allegado por COLPENSIONES se evidencia la falta de consignación de los mismos.

Por último, ordena la indexación de las sumas reconocidas desde el 2 de octubre de 2019 (fecha en que inició el proceso liquidatorio) y condena en agencias en derecho a la demandada.

II.I. EL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte demandada mostró su inconformidad frente al fallo de primera instancia, pues a su parecer no debió reconocerse la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales, estatuida en el artículo 65 del C.S.T.

Con respecto a la sanción por el no pago de prestaciones, sostiene el recurrente que el señor juez basa la condena en la inexistencia justificación para entrar en mora, no obstante, existe un hecho notorio que pasó el alto, esto es la Resolución No. 8929 del 2 de octubre de 2019, expedida por el Superintendente Nacional de Salud, la cual demuestra como EMDISALUD viene siendo objeto de intervención desde el 2010; además, en el año 2018 se negó el plan de reorganización empresarial por ser alarmante la situación financiera de la Entidad.

En razón de ello, considera que hubo una incorrecta interpretación por parte del juez, pues en virtud de lo dicho no se configura la mala fe del empleador.

Sobre el despido indirecto, establece que hubo mal manejo en la administración de la entidad desde el 2010 hasta el 2019, situación plasmada en la Resolución precitada, por ello si existe una razón válida para el incumplimiento de los pagos.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A través del auto de fecha 29 de julio de 2021, se corrió traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión.

Las partes no presentan alegados tal como se avista a nota adiada del 24 de agosto del año en curso.

IV. CONSIDERACIONES

IV.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante

IV.II. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación y alegatos de conclusión, corresponde a la Sala determinar si para el caso concreto **(i)** Procede el reconocimiento de la sanción moratoria por no pago de prestaciones, establecida en el artículo 65 del C.S.T a favor se la señora LUZ MARINA MATEUS MENDOZA? **(ii)** Procede el reconocimiento de la indemnización por despido injusto por terminación unilateral del contrato imputable a EMDISALUD ESS?

IV. IIII. La sanción moratoria del artículo 65 C.S.T.

La acusación a desatar en esta oportunidad, propone un desacierto en cabeza del juez de conocimiento, quien, según el representante judicial recurrente, erró al momento de resolver sobre la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones, al ignorar que el empleador obró de buena fe y que su omisión estuvo justificada en la crisis financiera de la entidad.

Acentuado lo anterior, en referencia a la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales como bien lo ha mantenido la Corte Suprema de Justicia y el A-quo en el fallo apelado, opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, no es de aplicación automática; en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe, ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen. Al respecto, para que un Juez laboral ordene el pago de esta indemnización siempre deberá evaluar, la buena o mala fe que el empleador haya tenido al incumplirla. **(Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 2833/17, 2017).**

Recuérdese que, este Tribunal ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los servicios, sin que exista prueba de que la parte demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada. Sub-regla que este Tribunal ha derivado de un análisis global a los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación, por ejemplo, mediante sentencias **STL2100-2019 y STL, 13 may. 2020, rad. 59396,** entre otras**.**

Descendiendo al caso concreto, se observa que el fallo de primera instancia para reconocer las prerrogativas laborales de la relación entre la señora LUZ MARINA MATEUS MENDOZA y EMDISALUD, no recurrió a la presunción de contrato de trabajo contenida artículo 24 del CST, puesto que de la contestación de la demandada y de las pruebas documentales allegadas, es clara la existencia de un contrato laboral celebrado entre las partes, por lo tanto esta Sala no da paso a la aplicación de la Sub regla descrita con anterioridad. Entonces, analizará la buena fe del empleador a partir de los supuestos fácticos y el material probatorio arrimado al proceso.

En este orden, el accionado alega que la Resolución No. 8929 del 02 de octubre de 2019 *"Por la cual se decide una actuación de revocatoria total de autorización de funcionamiento y se ordena la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes, negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidarla Empresa Mutual para el Desarrollo Integralde la Salud E.S.S. EMDISALUD E.S.S. EPS-S, identificada con NIT. 811.004.055-5"*, expedida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, configura prueba para exonerarse de la mala fe.

El referido acto administrativo, en la parte considerativa hace un recuento de las actuaciones previas adelantadas contra la Entidad hoy en liquidación, las cuales dan cuenta de la situación atravesada por la Entidad, sintetizada así:

Resolución 002042 del 16 de diciembre de 2010	Ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa por un periodo de 2 meses
Resolución 00326 del 11 de marzo de 2011	Ordenó reabrir el proceso de intervención forzosa administrativa por el término de cuatro (4) mese
Resolución 001786 del 15 de julio de 2011	Ordenó prorroga, desde del 15 de julio de 2001, hasta el 10 de septiembre de 2011
Resolución 00477 del 06 de marzo de 2012	Ordenó prórroga por el término de seis (6) meses, hasta el 08 de septiembre de 2012.
Resolución 001862 del 04 de julio de 2012	Adoptó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y de intervención forzosa administrativa para liquidar
Resolución 003027 del 02 de octubre de 2012	Acata el fallo de tutela No. 2012-001112 del 27 de septiembre de 2012, proferido por el Juzgado

	Promiscuo Municipal de Puerto Libertador - Córdoba, el cual se ordenó dejar sin efectos la Resolución No. 001862 del 04 de julio de 2012.
Resolución 002556 del 31 de diciembre de 2013	Adoptó medida preventiva de vigilancia especial a EMDISALUD por el término de un año, medida que ha venido siendo prorrogada a través de distintas Resoluciones hasta el 28 de octubre de 2019.
Resolución 010922 de 27 de noviembre de 2018	Se negó la aprobación del Plan de Reorganización Institucional presentado.
Resolución 005954 del 12 de junio de 2019	Ordenó por acto de trámite el inicio de una actuación administrativa de revocación total de autorización de funcionamiento al Programa de Salud de la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S. "EMDISALUD"

Así mismo, de la Resolución No. 8929 de 2019, se extraen los siguientes fragmentos:

3.2.1 SEGUIMIENTO FINANCIERO.
(...)

b. Componente Financiero.

HALLAZGO 1. Estado de Situación Financiera. *Desde el inicio de la Medida Preventiva de Vigilancia Especial, en diciembre de 2013, la situación financiera de Emdisalud EPS se ha venido deteriorando, tal y como se observa en la siguiente gráfica (…)"*

Respuesta de la entidad *(Página 37-38)*

"(…) la situación financiera se ha venido deteriorando debido a que tos pasivos de la entidad han aumentado significativamente, afectando la operación corriente dando origen al desmejoramiento del patrimonio, no obstante esta situación ha sido ordenada a través de las Resolución 000549 de 31 de marzo 2017, 004917 de 29 septiembre de 2017, resolución 004078 de 27 Marzo de 2018, con fin de conocer la realidad económica y financiera de la EPS, actuaciones que han permitido a EMDISALUD conciliar con su red prestadora, realizando depuraciones contables que han permitido mayor claridad en las cifras reflejadas en los estados financieros, lo cual le permita a esta Superintendencia y al gobierno nacional implementar estrategias que corrijan las desviaciones que se están presentando en el sector salud y a mitigar los riesgos financieros que están atravesando la red pública, a través de la inyección de capital que le permita proteger el aseguramiento a la población colombiana.

(...)

Durante el término de la medida de vigilancia especial ordenado a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S. "EMDISALUD" E.S.S, dentro del seguimiento y monitoreo al cumplimiento y ejecución de la medida de vigilancia especial se ha evidenciado que la Entidad no ha logrado superar los hallazgos que dieron origen a esta, y por el contrario se observan signos alarmantes e inquietantes de deterioro en los componentes técnico – científico, administrativo, financiero y jurídico, incumpliendo las condiciones mínimas financieras y de solvencia, generando riesgo en la prestación de servicios de salud de la población afiliada, y el adecuado manejo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, comprometiendo negativamente el negocio en marcha.

En consecuencia, resulta forzoso colegir que EMDISALUD atravesaba problemas financieros desde el año 2010, empero ello no es óbice para reputar la buena fe y descartar de manera automática la aplicación o

procedencia de la sanción aludida. Respecto de la condición económica de la empresa, la Corte ha adoctrinado que:

> *"(…)no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493)."*

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, también ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, (...). Por dicha razón, la Corte ha sido clara en definir que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta observada por el deudor en el momento en que tenía que pagar. (CSJ SL, 9, feb. 2010, rad. 36080; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288; CSJ SL, 1 ag. 2012, rad. 40972 y CSJ SL485-2013, entre otras).

Frente a lo anterior, un estudio cuidadoso de las situaciones acreditadas en el proceso, permiten esclarecer que para el 7 de diciembre de 2018, (fecha en que fue presentada la renuncia) la accionada se encontraba en medida especial de vigilancia, más no en intervención o liquidación. En el presente asunto, se ausenta del plenario prueba de que EMDISALUD haya adelantado diligencia alguna para lograr el pago de las prestaciones adeudadas a la actora, luego de la terminación del vínculo laboral; como tampoco de gestiones necesarias para satisfacer la obligación o incluso evitarla. Lo anterior, lleva a la Sala a concluir que no existieron justificaciones válidas para que la demandada se abstuviera de pagar las prestaciones derivadas del tiempo laborado por la señora Mateus entre el 1 de febrero de 2007 y el 7 de diciembre de 2018. La buena fe, per se, en estos casos no la configura la dificultad de pagar los salarios y prestaciones sociales, sino la creencia honesta fundada en razones objetiva de no deberlos (Vid. Sentencias SL1595-2020; SL3605-2018; SL, 24 en. 2012, rad. 37288; SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; y, SL, 13 sep. 2018, rad. 7393).

Desde el punto de vista fáctico que rodea al Sub judice, se observa que EMDISALUD si era consciente de las dificultades económicas que atravesaba durante la mayoría del tiempo que duró la vinculación laboral de la demandante, ante ello pudo tomar medidas administrativas, organizacionales, o de otra índole, con respecto al personal, en pro de evitar transgresiones a los derechos laborales. El apelante intenta respaldar las omisiones a través de lo estipulado en la Resolución No. 8929 de 2019; sin embargo, el contenido del acto administrativo de intervención y liquidación, no logra desvirtuar por sí mismo, la inferencia

que se obtuvo respecto de la demostración de ausencia de buena fe por parte de la empresa. En el mismo sentido, se pronunció el Máximo Tribunal en sentencia **SL 10551-2015 Rad. 44414**:

> *"La Resolución 003848 del 12 de agosto de 2003, que obra entre folios 25 a 28, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos, aun cuando demuestran la orden de liquidación de la empresa Electrificadora del Tolima S.A, generada en la crítica situación financiera de la entidad, resulta insuficiente para por sí solo derivar la supuesta buena fe de la demandada; al efecto, basta con reiterar lo dicho por esta Corporación en la sentencia SL 884--2013, en proceso contra la misma entidad demandada (...)"*

En todo caso, la sanción moratoria fue impuesta por el A quo hasta el inicio del proceso de liquidación de la demandada, lo cual también ha sido aceptado por la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, principalmente para empleadores privados **(Vid. Sentencias SL1186-2019, SL3159-2019, SL17579-2017 y SL2833-2017)**, razón por la cual la Sala confirmará este punto impugnado de la sentencia inicial.

Así las cosas, ante la inexistencia de causal justificativa que ubique a EMDISALUD por fuera terreno de la mala fe, esta Corporación respalda las consideraciones del juzgado de origen. Corolario de lo expuesto, se estima suficiente para no revocar o modificar la imposición de la sanción en comento.

IV.IV. De la indemnización por despido injusto - Despido indirecto

En primer lugar, es necesario precisar que indemnización por despido, debatida en esta instancia, tiene partida en la causal prevista en el numeral 6º del liberal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del CST, reza: *"El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales o legales".* En este punto, es imperante conocer que obligaciones son catalogadas como convencionales o legales. El articulo 56 ibídem, consagrada un listado de obligaciones especiales del patrono, el numeral 4 dispone: «pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos».

Seguidamente, es menester abordar el concepto de la figura conocida como despido indirecto. La Alta Corte en sentencia **SL1082-2020 Rad. 64090** lo definió como:

> *"También se explicó que el despido indirecto o autodespido obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Evento en el cual los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual, acreditados y estar contemplados como justa causa de terminación".*

Aterrizando al asunto en cuestión, del cuerpo de la Carta de renuncia presentada por la señora Luz Marina Mateus, ante Alba Muñoz Montes, Gerente General de EMDISALUD, se transcribe el siguiente fragmento:

> Desde el mes de Mayo del presente año la empresa ha venido incumpliendo de manera sistemática y sin razones legalmente válidas la obligación que le asiste de pagarme el salario en las condiciones y períodos convenidos como se evidencia en las consignaciones hechas por la empresa a la cuenta de nómina del banco GNB SUDAMERIS. A la fecha se me adeudan los salarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre con su respectivo aporte a salud y pensión.

La Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que quien alega un despido indirecto debe acreditar la ocurrencia de los hechos generadores. La situación de irregularidad aquí sustentada en la inobservancia de los deberes en cabeza del empleador, están por fuera de discusión en el presente asunto, pues la accionada reconoció expresamente a lo largo del proceso, que no le canceló oportunamente ciertos salarios a la trabajadora. Al respecto, en un caso de similares contornos, la misma Corporación en **SL1082-2020 Rad. 64090,** sostuvo:

> *"En ese orden de ideas, la omisión continua de la demandada en el pago de tres meses de salario, se enmarca en un incumplimiento sistemático, pues fue «regular, periódico o continuo», máxime si se tiene en cuenta que no puede obligarse al trabajador a permanecer en un contrato de trabajo cuando no obtiene la contraprestación de sus servicios, de ahí que, ante esta circunstancia, la ley haya habilitado al trabajador para terminar su relación por justa causa imputable a su empleador".*

Para la Sala es claro que la señora Mateus finalizó el vínculo que la ataba con la EPS, debido al incumplimiento sistemático en el pago de la remuneración. Por tal razón, fluye anotar que el empleador incumplió la obligación de que trata el precitado numeral 4 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en providencia No. 35125 del 31 de marzo de 2009, determino:

> *"En cuanto tiene que ver con el empleador, el pago del salario de conformidad con lo convenido, es una de sus obligaciones especiales. Y siendo especial esa obligación, ello significa que está revestida de una particular y superior condición, justificable en la medida en que con el salario, que es la contraprestación directa y necesaria de la fuerza de trabajo que el empleado pone a su vez a disposición de su empleador, con la que aquél trabajador puede satisfacer sus necesidades personales y familiares, es decir que puede realizarse como ser humano y proyectar su vida dentro del núcleo social en el cual se desenvuelve".*

Concretamente, el Tribunal de cierre de esta jurisdicción, en reciente sentencia SL3012-2021 Radicación n.° 79777 adiada del 14 de julio de 2021, preciso:

> *"Importa precisar que las dificultades por las que eventualmente pueda atravesar un sector de la economía, no pueden servir de excusa para que el empleador deje de honrar las obligaciones a su cargo; menos, es admisible considerar ceñida a derecho la supuesta aceptación tácita del*

actor, de cara al incumplimiento del obligado a sufragar la contraprestación por unos servicios que le han reportado beneficios.
Así pues, asiste razón al demandante de que la terminación del contrato de trabajo se originó en causas imputables al patrono. (…)"

La misma línea ha sido mantenida por la referida Corte, por ejemplo, en la sentencia No. 35125 del 31 de marzo de 2009, planteó:

"Ahora, si el empleador, aun sin incurrir en culpa, pero por las situaciones propias del mercado, se ve inmerso en una crisis financiera que afecta la estabilidad propia de la empresa y por ello deja reiteradamente de pagar el salario a sus trabajadores, es evidente que viola gravemente sus obligaciones como tal. La dinámica en que desarrolla su actividad empresarial posibilita que todos los fenómenos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, sean previsibles y por tanto no pueden usarse como justificantes para incumplir sus obligaciones como empleador.

Una actividad empresarial supone necesariamente riesgos. Así como por regla general se procura con ella la obtención de utilidades, correlativamente también pueden acontecer pérdidas o dificultades que impidan o estorben el pleno desarrollo de su objetivo social.

Pero cualquiera que sea la causa que la afecte –salvo fuerza mayor o caso fortuito--, el trabajador no tiene porque asumir la contingencia de esos riesgos, pues la legislación laboral ha sido celosa en salvaguardarlos de los mismos, tal como se desprende del artículo 29 (sic, es 28) del Código Sustantivo del Trabajo, que de manera perentoria establece que el trabajador ***"nunca"*** *podrá asumir los riesgos y pérdidas de su empleador, excepto aquellas que provengan de su propia actividad culposa en el desempeño de sus funciones y que hayan causado perjuicio al empresario, porque ello es propio de los contratos bilaterales, conmutativos y onerosos como es el contrato de trabajo, el cual además se celebra en beneficio recíproco de las partes".*

Igualmente, la postura jurisprudencial precedente se sustenta en el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual estipula que las empresas no pueden clausurar labores, total ni parcialmente sin el permiso del ministerio del ramo, salvo fuerza mayor o caso fortuito y sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar. Lo mencionado implica que, salvo las excepciones legales, ni siquiera la autorización ministerial exonera al empleador del pago de las indemnizaciones correspondientes, entonces, menos lo seria una crisis financiera.

En resumen, procede la condena estatuida en el articulo 64 del C.S.T, toda vez que el actor cumplió con la carga de demostrar el despido indirecto, es decir, acreditó la ocurrencia del hecho generador y su comunicación al empleador en la carta de dimisión, y este ultimo no probo justificante.

En conclusión, como ya se dijo, son reiteradas las enseñanzas de la Corte según las cuales las dificultades económicas de la empresa no constituyen justa causa de despido, ya que "El principio jurídico de la continuidad o permanencia del contrato de trabajo, del cual se deducen las normas que

protegen la estabilidad en el empleo, resulta contrario a la posibilidad de que la empresa despida eficazmente a los trabajadores protegidos por la estabilidad propia, aduciendo razones de comodidad, interés propio o dificultades económicas" (sentencia de casación del 17 de mayo de 1984).

Conforme a lo expuesto, se mantendrá incólume la condena impuesta a EMIDISALUD ESS EN LIQUIDACION, por concepto de inmediación por despido injusto, en los términos reconocidos, a favor de la demandante.

IV.V. Costas

Dado que no hubo réplica a la alzada, por las partes, se estima que, no se causaron las costas en el trámite de esta segunda instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 28 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, por lo dicho en precedencia.

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

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA

SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente N° 23-162-31-03-002-2018-00207-01 Folio 209-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de siete (7) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **CASIANO MANUEL MONTES COGOLLO** contra **LUIS ALEJANDRO CASTILLO Y OTRO.**

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la parte actora, se declare que entre el señor CASIANO MANUEL MONTES COGOLLO y los señores LUIS ALEJANDRO CASTILLO y JESÚS HERNANDEZ, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que se inició el día 15 de agosto de 2015 hasta el 15 de abril de 2017, por causa imputable a la parte demandada, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la parte demandada, pagar al trabajador los emolumentos causados durante la relación laboral y que a su consideración tiene derecho, esto es, cesantías definitivas, intereses de cesantías, primas, vacaciones, dotaciones, sanción por no consignación de cesantías, indemnización por falta de afiliación a una ARP o EPS, horas extras diurnas, horas extras festivas, sanción moratoria del art 65 del CST y

perjuicios causados por el no pago de afiliación y aportes a la seguridad social.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica el actor que trabajó para los señores LUIS ALEJANDRO CASTILLO y JESÚS HERNANDEZ, a partir del día 15 de agosto de 2015 hasta el 15 de abril de 2017, a través de un contrato verbal, cumpliendo con un horario de trabajo de 7:00 am a 5:00 pm, esto es, 10 horas diarias, incluyendo sábados y festivos.

- Arguye que trabajó 1200 horas extras diurnas y 20 festivos en el tiempo de su vinculación, desempeñando sus actividades en el municipio de Cotorra – Córdoba en el cargo de oficios varios, en la construcción del alcantarillado, obedeciendo todas las órdenes impartidas por la parte demandada, sin que jamás existiera queja alguna en el desempeño de su trabajo, dándose por terminado su contrato de forma unilateral.
- Explica, el salario devengado, correspondía a la suma de $1.200.000 mensuales, y que su empleador nunca cumplió con la obligación de consignar sus cesantías a un fondo, afiliarlo a salud, ni a riesgos profesionales.
- Finalmente aduce, a la fecha la parte demandada le adeuda lo concerniente a prestaciones sociales y demás emolumentos consecuencia del vínculo laboral que sostuvieron.

I.III. Contestación de la demanda

I.III.I. LUIS ALEJANDRO CASTILLO y JESÚS HERNANDEZ (Curador Ad-Litem)

Respecto a los hechos de la demanda, manifiesta la curadora asignada, no niega ni afirma ninguno de los hechos expuestos por la actora, sin embargo, pide que se pruebe y demuestre cada uno de ellos.

De las pretensiones aduce, se atiene a lo que se demuestre y determine con relación a lo solicitado.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 7 de mayo de 2021, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté decidió: DENEGAR las pretensiones de la demanda. Pudo determinar la a-quo, si bien podría estar probada dentro del proceso la prestación personal del servicio del actor, lo cierto es, no se encontró acreditado que los demandados fueron los reales empleadores, pues se habla de una obra de alcantarillado, sin decir de donde surgió, si esta era del municipio o de manera particular, no allegándose documento alguno para constatarlo.

Aunado a lo anterior, manifiesta que no hay coincidencia en el dicho de los testigos, acerca del lugar donde se pagaban y resalta, ninguno estuvo presente cuando el actor fue contratado.

III. RECURSO DE APELACION

III.I. PARTE DEMANDANTE

Expresa: *"..que, si bien es cierto, los testigos no estuvieron presentes cuando se dio el contrato verbal, pero sí estuvieron presentes cuando la obra empezó, y todos empezaron a ir, en sus declaraciones, al unísono dijeron cuando empezó la obra, que día trabajaban, de qué hora a qué hora y cuál era el sueldo que ganaban, más claramente son testigos directos, porque ellos si estaban en la obra y si estuvieron presentes en la obra y dicen como la parte demandante entró junto con ellos, y a ellos se demostró que si los liquidaron, y uno de ellos el señor Marlon, dice que lo liquidaron en la avenida sexta, en la dirección esa, el edificio 310, en sexta avenida, en el barrio la castellana de Montería, que era donde los demandantes tenían la oficina, de esta manera tengo la base para alegar en el recurso de apelación que estoy presentando, para que se me den las pretensiones de la demanda, porque sí se demostró que si trabajaron en la obra y que ellos, los demandados por ejemplo, no ponen a firmar al demandante, aquí ninguna clase de documento, porque no quieren por ejemplo dejar huella, eso es lo que pasa doctora".*

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

V.II. Problema jurídico.

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar si se acreditó la existencia de una relación laboral entre el señor Casiano Manuel Montes Cogollo y los señores Luis Alejandro Castillo y Jesús Hernández, verificando si se demostró la existencia de los elementos del contrato de trabajo, de ser así, establecer si hay lugar al pago de los emolumentos laborales solicitados.

V.III. Ahora bien, en primer lugar, es preciso indicar lo que es un contrato de trabajo, por lo que nos remitiremos al artículo 22 del Código Sustantivo del trabajo, el cual tiene como tenor literario "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración".*

Seguidamente, se debe precisar, para que pueda estructurarse un contrato de trabajo es necesaria la coexistencia de los elementos esenciales, tipificados en el artículo 23 C.S.T, esto es, se preste personalmente la actividad contratada, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución.

Ahora, frente a la alegación de la existencia de un contrato de trabajo la jurisprudencia de la H. CSJ SCL ha sido pacífica al manifestar que al trabajador (demandante) solamente le incumbe probar la prestación personal del servicio, presumiéndose en consecuencia los demás

elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la retribución, evento en el cual, le corresponde al empleador demandado desvirtuar la subordinación. De la misma manera, el trabajador debe acreditar los extremos temporales, el monto salarial, la jornada laboral, para poder obtener a su favor el reconocimiento de las pretensiones reclamadas relacionadas con las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones **(ver en este sentido sentencias de 25 de octubre de 2011, radicado 37547; SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377; 29 de mayo de 2019, radicado 61170; y SL3367-19 de 9 de julio de 2019, entre otras).**

En ese orden de ideas, es necesario evaluar las pruebas obrantes dentro del proceso, a fin de verificar si efectivamente se sostuvo el vínculo deprecado por la parte demandante. En primer lugar, de las testimoniales recepcionadas, tenemos la declaración del señor Gustavo Adolfo Sánchez Mares, el cual afirmó conocer al demandante porque laboró con él en la obra de alcantarillado, y en lo referente a la fecha en que lo conoció, señala el año 2015, y se advierte, posteriormente aduce, lo fue mucho antes, incurriendo entonces en una contradicción.

Respecto al salario devengado por el señor Montes Cogollo dice, sabe que ganaba $40.000 porque él así se lo contaba.

Explicó que su contratación la realizó el señor LUCHO CASTILLO "*En la cosa del alcantarillado",* el 15 de agosto de 2015, empero, al preguntarse el porqué de su dicho y de como recuerda con exactitud la fecha en que inició y terminó de laborar el actor, pero no el momento en el cual le pagaron a él su liquidación, no supo explicar sus razones, titubeando e incurriendo en dudas.

Y recuérdese que uno de los aspectos más esenciales para la credibilidad del dicho del testigo es la fuente o ciencia de su dicho, de ahí que el juez debe exigir al testigo que esta se exponga, tal como lo impone el artículo 228, numeral 3°, del CPC, hoy 221, numeral 3°, del CGP. Y, por consiguiente, si dicha ciencia o fuente de conocimiento no está establecida, o si ella lo viene hacer el dicho de la propia parte que se beneficia con lo atestado, *o si no es directa*, poca convicción infunde **(Vid. TSM, Sala 4 CFL, Sentencia del 20 de marzo de 2019, Rad. 2018-00149-01 folio 097. M.P. Dr. Cruz Antonio Yánez Arrieta)**.

Ahora, del segundo testigo, señor Marlon Andrés Pérez Galvis, tenemos que este argumentó que conoció al hoy demandante, trabajando en la obra, y de su propio vínculo alude que lo contrató el señor **Luis Alejandro Castillo** y dice "*ahí vinieron varios a trabajar",* lo anterior refiriéndose al día en que inició su relación, sosteniendo además que no identificaba quienes estaban presentes.

Y contrariando su dicho, afirma el declarante posteriormente, que fue contratado por "***un muchacho que se llama Camilo****";* señalando también, **el señor Casiano si se encontraba presente**, lo que le resta credibilidad a sus afirmaciones, máxime cuando durante el cuestionamiento se mostró poco espontaneo, por lo que no puede considerarse que da certeza o logre corroborar los hechos argüidos en el libelo demandatorio.

En este punto es necesario resaltar, dado que los medios probatorios arrimados al proceso son escasos, y las documentales inexistentes, mal podría inferirse la existencia del contrato de trabajo deprecado, toda vez que si bien existe una presunción a favor del trabajador, este, como bien sentado está por la jurisprudencia antes citada, le corresponde acreditar otros aspectos de la relación laboral, como los extremos temporales, salario, y jornada, para así lograr acceder al reconocimiento de las pretensiones solicitadas y teniendo en cuenta que los testigos recepcionados no pueden brindar ni meridiana claridad acerca de la manera en que se desarrolló el vínculo aludido, quien fue el real empleador, naturaleza del contrato que se sostuvo o qué tipo de obra se encontraban desarrollando, no habrá lugar a reconocimiento alguno.

Aunado a lo anterior, el artículo 164 del Código General del Proceso, aplicado por remisión normativa que trata el artículo 145 del CPT y S.S, establece la necesidad de la prueba, dice: "***Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho".***

Asimismo, el artículo 167 del C.G.P, hace referencia a la carga de la prueba, establece: "***Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".***

Siendo entonces importante resaltar, la parte demandante no cumplió con la carga procesal de probar los supuestos de hecho que pretende argüir, es decir, no logró sostener la tesis alegada, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

V.IV. COSTAS

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo réplica al recurso de apelación y, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA

SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente N° 23-001-31-05-005-2019-00290-01 Folio 177-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colfondos S.A, contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiunos (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **ALIX MABEL JIMENEZ OTERO** contra **COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la demandante se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera sobreviviente del finado Bonifacio Rosa Buelvas, a partir del 09 de diciembre de 2017, mesadas ordinarias y adicionales, retroactivo e indexación, condena ultra y extrapetita, costas y agencias en derecho.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

Como sustento aduce que, inicio convivencia con el finado Bonifacio Rosa Buelvas, desde el 08 de junio de 2000 hasta el 09 de diciembre de 2017, fecha en la cual falleció, que de dicha relación nació la menor Kelly Johana Rosa Jiménez.

Indica que su compañero Bonifacio Rosa Buelvas, al momento de la muerte se encontraba afiliado a Colfondos S.A, por lo que la menor hija en fecha 21 de mayo inició los trámites pertinentes al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la mencionada entidad pensión; la cual mediante Resolución N° RP011 de data 07 de marzo de 2019, resolvió reconocer la dispensa pensional de sobrevivencia en un porcentaje del 50% a Kelly Johana Rosa Jiménez, dejando el restante 50% en suspenso hasta tanto no se radicara sentencia en firme que declarara la existencia de la unión marital de la demandante con el afiliado.

Finalmente dice que, dependía económicamente de su finado compañero y que la convivencia se extendió por 17 años y 6 meses.

I.III Contestación de la demanda

I.IV. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada Colfondos S.A, aceptando como ciertos los hechos 2,3,4,5,6,7 y no le consta el 8. En cuanto a las pretensiones se opuso a todas y cada una indicando que, del estudio de solicitud pensional se demostró que la accionante no tenía derecho a la prerrogativa pensional ya que no convivió con el causante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento de Bonifacio Rosa Buelvas.

Propuso las excepciones de fondo que denominó; "inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, buena fe las innominadas o genéricas.

I.V. Las audiencias estatuidas en el artículo 77 y 80 del CPTSS se surtieron de manera separadas, recaudándose pruebas documentales como testimoniales.

II. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta el A-quo accedió a las pretensiones condenando a la demandada Colfondos S.A, a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a la demandante, en condición de compañera permanente del finado Bonifacio Rosa Buelvas, en cuantía de 50% a partir del 09 de diciembre de 2017, mesadas ordinarias y adicionales. Asimismo, que la pensión se acrecerá una vez cesen las causas que por disposición legal le dan derecho a la menor hija menor Kelly Johana Rosa Jiménez.

Declaro no probadas las excepciones de mérito propuesta por Colfondos S.A, y condenó en costas y como agencias en derecho el 5% del valor reconocido en la sentencia.

Para llagar tal conclusión, el A-quo analizó los requisitos que se requieren para que la compañera permanente sea acreedora de la dispensa pensional de sobrevivencia, para lo cual citó la sentencia SL 730 de 2020, según la cual, frente a la convivencia de la compañera permanente con un afiliado no es necesaria la demostración de los 5 años anteriores a la muerte.

Del análisis de los testimonios recopilados, el A-quo le dio plena validez, al constatar que los declarantes vivieron de cerca la convivencia sana, pacifica, y armónica que rodearon la vida familiar de la demandante con el difunto Bonifacio Rosa Buelvas, que sus dichos fueron claros y unísonos al punto de dar claridad sobre cualquier duda que hubiera surgido respecto de la mentaba convivencia entre la demandante y su compañero permanente.

Finamente condenó en costas y agencias en derecho el 5% a Colfondos S.A, por concepto de los valores reconocidos

III. EL RECURSO DE APELACION.

III.I. Apelación de Colfondos S.A.

El apoderado judicial del Colfondos S.A, mostro su inconformidad respecto de la sentencia, aduciendo que, la prueba testimonial no es suficiente para

demostrar la convivencia permanente que, si bien es importante, no se tiene como plena prueba, puesto que debe estar acompañada de otras que den claridad a los testigos. Y que por tanto se ratifica en no tener como probada la convivencia aducida por la actora.

En cuanto a la condena en costas indicó que, debe revocarse en razón a que la suspensión del pago del restante 50% no obedeció a la negativa del reconocimiento pensional, sí que se dejó en suspenso hasta tanto hubiera sentencia ejecutoriada que indicara a quien correspondía el mencionado porcentaje, y que no procedía la indexación de las mesadas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

En primera medida, se hace claridad que la apoderada de la accionada aporta memorial indicando que actúa como apoderada de Protección S.A la cual no es parte procesal en ese asunto, se evidencia ser un error, puesto los hechos narrados si conciernen a este asunto.

La apoderada judicial de dicha entidad, presentó memorial por medio del cual argumenta que la demandante no demostró la convivencia con el causante Bonifacio Rosa Fuentes, en razón a que, de acuerdo con la prueba recaudada por Seguros Bolívar S.A, dio cuenta que no existió convivencia durante el termino establecido por la ley. Y que la prueba documental como testimonial se llaga a la conclusión que la actora no tiene derecho a la prestación económica.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor.

V.II. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar: **(i)** Si fue acertada la valoración probatoria efectuada por el A-quo- de ser positiva **(ii)** determinar si Alix Mabel Jiménez Rivero tiene derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de Bonifacio Rosa Vuelvas**; (iii)** procedencia de indexación de condenas(**iv)** costas.

A efectos de resolver los tópicos planteados, se deja claro que no está en discusión que el finado Bonifacio Rosa Buelvas, dejó causado del derecho a reclamar la dispensa pensional, puesto a la menor hija hoy día recibe el 50% de la dispensa pensional quedando el restante 50% en suspenso y que hoy requiere de la atención de esta Sala.

V. III. Normatividad aplicable al derecho pensional invocado.

La normatividad aplicable para efectos de determinar la procedencia de la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento (Sentencias SL1994-201). Por tanto, como el causante Bonifacio Rosa Buelvas, falleció 09 de diciembre de 2017 (Certificado de defunción, fl.16), la normatividad aplicable para establecer si la demandante tiene derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

V.IV. Respecto si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Cumplimiento de los requisitos de la pensión de sobrevivientes a luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Establece el citado artículo los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, y que la demandante deberá reunir las siguientes condiciones.

> "Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

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

Revisado el expediente se tiene que, la demandante afirma haber convivido con el causante desde el 08 de junio del año 2000 hasta el 09 de diciembre de 2017 fecha del deceso del señor Bonifacio Rosa Buelvas, de, es decir por espacio de 17 años y seis meses.

Además de ello, lo anterior se acredita con el interrogatorio practicado a la actora, quien con su dicho manifestó que, convivió con el finado desde el 08 de junio de 2000, cuando decidieron irse a vivir juntos a la casa de habitación de su propiedad ubicada en la manzana 14- Lote 20 del Barrio Rancho Grande de esta ciudad, que de su unión procrearon su menor hija Kelly Johana hoy día de 17 años de edad, y que la separación se produjo por la muerte de su compañero que desafortunadamente falleció el 09 de diciembre de 2019, justo el día que su hija cumplía los 15 años.

Lo anterior, se acompasa con las declaraciones de los testigos Carmenza Tirado Sánchez y Martha Domínguez Fernández, quienes fueron unísonos y contestes en sus afirmaciones sobre la convivencia sana y pacifica que mantuvo la demandante con el finado Bonifacio Rosa Buelvas, más exactamente afirmaron que la pareja siempre se mantuvo unida; que al igual que ellos llegaron a vivir al mencionado barrio cuando el Gobierno entregó esas casas, que siempre fueron sus vecinos y que mantuvieron relación afectiva de buenos amigos; que cuando necesitan del servicio de taxi siempre era él (Bonifacio Rosa Buelvas) quien les hacia las carreras, que compartían en pareja fechas especiales y que presenciaron el día en que, el señor Bonifacio Rosa Buelvas, al encontrarse limpiando la cuneta del frente de la casa, en razón a que ese día se iba a celebrar los quince años de su hija, le dio un infarto y que en menos de una hora falleció.

Ahora bien, la línea jurisprudencial trazada por la corte Suprema de Justica había establecido que en esta clase de asuntos no era exigible el requisito de convivencia por espacio de 5 años, sin importar si el causante era afiliado o pensionado. Empero, la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU-149-2021, dejó sin efectos la sentencia SL 1730-2020, y ordenó a la Corte Suprema proferir otra sentencia, acatando los lineamientos por ella trazados;

Así entonces, en sentencia SL4318-2021 radicación 77327- M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, la honorable Corporación acató lo expuesto en la sentencia SU-149-2021, recordando que, si se requería una convivencia mínima de 5 años con anterioridad a muerte del afiliado causante de la prestación para ser acreedora a la prestación económica de sobrevivencia.

Bajo la egida de la línea jurisprudencia en cita, no hay discusión que la demandante supera de lejos el requisito de la convivencia exigidos para ser acreedora de la prerrogativa pensional contenida en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues, como se pudo constatar, la actora convivio por espacio de 17 años y 6 meses con su compañero hasta la data de la muerte. Por consiguiente, ha de tenerse a la actora como beneficiaria del 50% de la dispensa pensional que se encuentra en suspenso.

V.V. Valoración probatoria de los testigos

Respecto a este puntual aspecto, Colfondos S.A, aduce que, la valoración efectuada por el A-quo fue inadecuada, ya que con la sola declaración no era suficiente para demostrar la convivencia entre la actora y el señor Bonifacio Rosa Buelvas, por lo tanto, no se deben tener en cuenta.

Sobre este puntual asunto, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en sentencia SL2985-2020-M.P. Fernando Castillo Cadena- SL3085-2021 Radicación N° 82041 M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, indicó.

> *"Resta agregar que el hecho de que el Tribunal le otorgue mayor credibilidad a unos medios probatorios que a otros no deviene en un desacierto evidente de hecho, toda vez que los jueces de instancia gozan de la facultad legal de estimar libremente las pruebas para formar su*

propio convencimiento, con base en el principio de la sana crítica, en virtud del art. 61 del C.P. del T. y de la S.S., siempre que De manera que los jueces de instancia, en atención a esa potestad legal, pueden válidamente apoyar su decisión en aquellas pruebas que le ofrezcan mayor convicción y certeza, sin que esa selección fundada configure la incursión de un error fáctico por la equivocada apreciación o falta de valoración de tales probanzas.

En consonancia con la nota jurisprudencial, no puede olvidarse que los juzgadores gozan de autonomía en la valoración del caudal probatorio sometido a su escrutinio, y bajo la égida del artículo 61 del C.P.T y S.S, haciendo gala de la sana crítica, pueden arribar a las conclusiones que corresponda, las cuales, mientras no se exhiban irracionales o desafiantes del sentido común, deben respetarse, como ocurre en el presente caso, en donde con fundamento en la prueba recaudada, especialmente la testimonial el A-quo arrimo a la conclusión que hubo una verdadera convivencia entre los compañeros permanente, lo que sin lugar a dudas desdibuja los argumentos esbozados por la entidad pensional.

Siendo ello así, no hay discusión que el juez de instancia realizo un análisis pormenorizado, acorde con las reglas de la sana critica que le permitió formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos y fundar su decisión, de allí que, el mentado artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social les haya otorgado la facultad de apreciar libremente las pruebas, lo que hace que resulte inmodificable la valoración probatoria mientras ella no lo lleve a decidir contra la evidencia de los hechos en la forma como fueron probados en el proceso.

Por consiguiente, la Sala llega a la conclusión que, la valoración probatoria efectuada por el A-quo fue acorde a los parámetros legales introducidos por el artículo 61 del C.P.T y S.S, y la jurisprudencia vigente, lo cual constituye que no sean acogidos los argumentos esbozados por la entidad pensional demandada.

V.VI. De la indexación de las condenas

Sobre este asunto, esta Sala considera fue acertada la condena proferida por el A-quo habida cuenta que, como se explicó en la sentencia SL 5180-

2020- reiterada en la SL 3573-2021; "la figura jurídica de la indexación busca simple y llanamente compensar la pérdida del poder adquisitivo que, con el paso del tiempo, afecta las mesadas pensionales que no se perciben en tiempo, y que, por tanto, si no se ponen a salvo del fenómeno inflacionario se recibiría un valor menor al momento de ser pagas".

En consecuencia, no es de recibo para la Sala los argumentos soslayados por Colfondos S.A, por consiguiente, sobre este puntual aspecto también se confirma la sentencia objeto de alzada.

V.VII De la condena en costas en primera instancia.

Aduce Colfondos S.A, que, el motivo por el cual no reconoció el 50% de la dispensa pensional a la demandante, obedeció a que esta debía acreditar por sentencia judicial debidamente ejecutoriada la convivencia con el finado Bonifacio Rosa Buelvas, lo cual evidencia que no fue capricho dejar en suspenso el mencionado porcentaje pensional.

Es de anotar que, no es de recibo los argumentos esbozados por Colfondos S.A, por cuanto se resistió a las pretensiones formuladas con la demanda, proponiendo para su defensa excepciones de fondo que no tuvieron éxitos, luego entonces es merecedora de pagar las costas a la parte demandante en la primera instancia, máxime cuando la condena impuesta no está supeditada a la buena o mala fe (art. 365 C.G.P y SL1309-2021).

Colorario de lo expuesto, las anteriores disquisiciones son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

VI. Costas de esta instancia.

Dado que no hubo replica, no se condenará en costas por no encontrarse causadas (art 365 C.G.P)

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

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

V.III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen fecha y contenido, por lo dicho en procedencia**.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADO

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA

SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente N° 23-001-31-05-003-2019-00273-01 Folio 186-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación contra el auto y sentencia de proferidos el día 09 de junio de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido** por **CONCEPCION MARÍA JIMENEZ LOZANO** contra la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTROS.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pide el demandante se declare que tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 01 de noviembre de 2018 por cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley 797 de 2003; en consecuencia, se condene a dicha entidad a pagar el retroactivo pensional compuesto por las mesadas ordinarias y adicionales causadas a partir del 01 de noviembre de 2018; intereses moratorios,

indexación de condenas costas y agencias en derecho condena extra y extrapetita.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

Como sustento a causa petendi, relata la demandante que, nació el 24 de diciembre de 1941, que cotizó a Colpensiones 1300 semanas, siendo la última cotización en octubre de 2018.

Sostiene que, el 17 de enero de 2018 elevó petición de reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones, solicitud que fue resuelta desfavorable mediante Resolución SUB76170 del 28 de marzo de 2019, decisión contra la cual interpuso los recursos de Ley.

Indica que, mediante auto de pruebas APSUB de 27 de febrero y 06 de junio de 2019 Colpensiones requirió a Electricaribe S.A.E.S.P, para que informara si la pensión que ostentaba en la actualidad es de carácter compartida o compatible.

Finalmente expresa que Colpensiones en resolución DPE5788 de 12 de julio confirmó la resolución SUB76170 de marzo de 2019.

I.III Contestación de la demanda

Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada Colpensiones dio respuesta a los hechos manifestando ser cierto a excepción del hecho dos; en cuanto a las pretensiones se opuso bajo el argumento que la actora no cuanta con las semanas mínimas requerida para acceder a la pensión de vejez.

Propuso como medio exceptivos las excepciones de fondo que denomino; *falta causa para demandar, buena fe, prescripción y las genéricas e innominadas.*
Asimismo, Electricaribe S.A.E.S.P, contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamentos

jurídicos en razón a que mediante resolución N° 022 de 07 de julio de 1980 se reconoció pensión de jubilación a la demandante en cuantía de 100%. Respecto de los hechos manifestó no constarle.

Propuso como medios de defensa la excepción de fondo que denominó, *prescripción, inexistencia de los derechos que se reclama por la demandante.*

II. Auto apelado

II.I. Llegado el día señalado para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, la juez de primera instancia negó la intervención como sucesora procesal del pasivo pensional de Electricaribe S.A.E.S.P en liquidación a FONECA.

Como argumentos de la decisión, la A-quo argumentó que la oportunidad procesal para pedir la intervención de un tercero había fenecido, dado que la etapa de saneamiento, en la cual se encontraba, era única y exclusivamente del juez y no de las partes, habida cuenta la oportunidad para aquellos (Electricaribe S.A.E.S.P) se había surtido con la contestación de la demanda. Por consiguiente, consideró no había lugar a tal petición.

II.II Recurso de apelación

La vinculada, Electricaribe S.A.E.S.P, en liquidación interpuso y sustentó el recurso de apelación contra el auto que negó la sucesión procesal del pasivo pensional de Electricaribe S.A.E.S.P en liquidación a FONECA.

Como argumentos de alzada, la apoderada judicial, señaló que se debe efectuar dicha sustitución procesal en los términos del artículo 68 del Código General del Proceso, y por lo dispuesto en el canon 2.2.9.8.1.6 del Decreto 42 de 2020 ("*Por el cual se adiciona el capítulo 8 al Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 en relación con las condiciones de asunción por la Nación del pasivo pensional y prestacional, así como del pasivo asociado al Fondo Empresarial, a cargo de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.").* Señalando que es FONECA quien en la actualidad está a cargo del pasivo pensional de Electricaribe

S.A.E.S.P, razón por la cual es indispensable que se acepte la secesión procesal.

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta el A-quo negó a las pretensiones principales de la demanda, y accedió a la subsidiaria

Frente a las pretensiones principales declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones denominadas, Falta de causa para demandar y buena fe, se abstuvo de estudiar la de prescripción y no probadas las innominadas y genéricas.

Asimismo, declaró que Electricaribe S.A.E.S.P, en liquidación, como entidad vinculada no tiene responsabilidad frente a las pretensiones principales, y se abstuvo de estudiar las excepcione propuestas por dicha entidad.

Por consiguiente, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la indemnización sustitutiva de pensión de vejez en cuantía de $ 3.425.051. debidamente indexada hasta el 09 de junio de 2021. Por último, condenó en costas a Colpensiones en cuantía de un SMLMV.

Para arrimar a tal decisión, observó que a la demandante Electricaribe S.A.E.S.P mediante resolución 22 de 7 de julio de 1980 le había reconocido pensión extralegal de jubilación a la demandante, de la cual estimó que no tiene el carácter de ser compartida en los términos del Decreto 2879 de 1985, dado que dicha dispensa pensional fue reconocida antes de la entrada en vigencia del mencionado decreto.

En atención de la anterior, y de acuerdo con la información obtenida de la historia laboral de la actora, la juez adujo que, se debían tener en cuenta las semanas cotizadas desde diciembre de 1972 a 1980 y los meses de septiembre y octubre de 2018, lo cual arrojaba un total de 399,89 semanas las cuales eran insuficientes para obtener la pensión de vejez contenida en la Ley 100 de 1993, por lo que procedía era el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

En esa senda, estimó pertinentes realizar las operaciones aritméticas correspondientes obteniendo como resultado la suma de $ 3.425.051, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de la demandante.

IV.APELACIÓNES

RECURSO DE APLEACION POR LA DEMANDANTE.

Inconforme el apoderado judicial de la demandante, interpuso el recurso de apelación, argumentando que la A-quo se equivocó al realizar la respectiva liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, habida cuenta que, pasó por alto lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, el cual establece la fórmula para liquidar la respectiva prestación, como también pasó por alto los promedios ponderados que establece el canon 37 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual la liquidación efectuado es inferior a la verdaderamente corresponde por haber cotizado su apoderado un total de 381.43 semanas

RECURSO DE APELACION POR COLPENSIONES.

La administradora de pensiones, Colpensiones, interpuso recurso de apelación argumentando que, las reclamaciones realizadas por la demandante, siempre fueron encaminadas a que se reconociera la pensión de vejez, mas no al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que solicita se revoque dicha condena.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro del término de traslado para alegar concedido, las partes intervinientes en la Litis allegaron sendos memoriales así; la Administradora de pensiones, Colpensiones presentó sus alegatos reluciendo los mismos argumentos expuestos en el trámite de primera instancia, insistiendo en que la demandante nunca elevó ante dicha entidad como petición principal el reconocimiento de la indemnización

sustitutiva de la pensión de vejez, razón por la cual se pide revocar la condena impuesta.

Por su parte, el apoderado judicial de la demandante, insiste en la A-quo no tuvo en cuenta los porcentajes de IPC correspondientes a la fecha en que se realizaron los aportes pensionales, de acuerdo con lo establecido en el canon 37 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual pide se revise el cálculo de dicha prestación, y se modifique la sentencia en los términos de la apelación, esto es, se aumente el monto de la indemnización sustitutiva reconocida.

A su turno, el apoderado judicial de Electricaribe S.A.E.S.P, luego de indicar que había reconocido pensión de jubilación a la demandante, dice que se debe reconocer la pensión de vejez a la actora en razón a que la pensión por ella reconocida a la demandante es compartible, con la reconocida por el ISS hoy Colpensiones, lo cual implica que el empleador deduce lo reconocido por el ISS y paga la diferencia, en el entendido que cancela el 100% de la pensión, y por tanto tiene derecho a recibir lo reconocido por Colpensiones como retroactivo ya que esta suma no es para el pensionado, sino para quien haya pagado el monto total de la pensión. Por ello, solicitó a los honorables Magistrados confirmar el fallo de fecha 09 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería.

VI. CONSIDERACIONES

VII. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor de Colpensiones.

VI.III. Problema jurídico

Sea lo primero recordad que, en el caso sub examine se encuentra pendiente por resolver la apelación del auto adiado 09 de junio de 2021, en la que, la primera instancia, negó la sucesión procesal del pasivo

pensional de Electricaribe S.A.E.S.P., en liquidación a FONECA. Por lo tanto, inicialmente, el problema jurídico concierne en determinar, **(i)** si hay lugar a aceptar como sucesor procesal del pasivo pensional de Electricaribe S.A.E.S.P., en liquidación a FONECA.; para luego establecer (**ii**) si la demandante agotó la reclamación administrativa frente a Colpensiones; por consiguiente, determinar; **(iii)** Si hay lugar aumentar o confirmar el monto de la liquidación realizada por el A-quo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; **(iv)** Para finalmente determinar la procedencia de la excepción de prescripción.

VI.IV. Respecto de la sucesión procesal del pasivo pensional de Electricaribe S.A.E.S.P., en liquidación a FONECA

Se recuerda que, el artículo 68 del Código General del Proceso en el literal segundo indica que;

> "*Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos, aunque no concurran.*

Por su parte, el articulo ARTÍCULO 2.2.9.8.1.6., del Decreto 42 de 2020, establece:

> "*Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P - FONECA. El Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. - FONECA, es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, que hará parte de la sección presupuestal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Para el efecto, la citada Superintendencia celebrará contrato de fiducia mercantil con Fiduprevisora S.A., de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 315 de la Ley 1955 de 2019, para la constitución del patrimonio autónomo denominado FONECA cuyo propósito es la gestión y el pago del pasivo pensional y prestacional asociado, asumido por la Nación en los términos del presente Decreto, que tendrá entre otras las siguientes funciones:*

> *1. Administrar y pagar el pasivo pensional, legal y convencional, reconocidos a cargo de la citada empresa en el momento de asumir la actividad, incluidas las cuotas partes pensionales.*
>
> *2. Administrar y pagar los derechos de pensión legal y convencional que estando legalmente causados se encuentren pendientes por reconocer.*
>
> *3. Administrar y efectuar el pago del pasivo prestacional asociado a los derechos de pensión, legal y convencional, a cargo de la empresa.*
>
> *4. Administrar y pagar el pasivo pensional, legal y convencional, de quienes hubieren cumplido el tiempo de servicio a la empresa pero que para el momento de asumir la actividad no hubieren llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión.*

Del examen normativo anterior, se advierte que, no es descabellada la petición que hiciera la apoderada judicial de la empresa Electricaribe S.A.E.S.P., en liquidación respecto de tener como sucesora procesal a FONECA, la cual como bien se informa, es una cuenta especial de la Nación que se hará cargo del pasivo pensional de la mencionada empresa. Ello teniendo en cuenta que, mediante las resoluciones SSPD-20161000062785 del 14 de noviembre de 2016 y SSPD-20171000005985 del 14 de marzo de 2017, la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios dispuso la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. y que dicha toma de posesión es con fines liquidatarios.

Siendo ello así, y bajo el abrigo del canon 68 Código General del Proceso, aplicable a estos asuntos bajo el principio de integración normativa establecido el artículo 145 de la obra procesal laboral, era procedente la petición de sucesión procesal pedida por la apoderada judicial de Electricaribe S.A. E.S. P, en la medida en que no afectaba el trámite legal del proceso, habida cuenta que de una otra manera quien responde en la actualidad por la pensión extralegal de jubilación reconocida en 1980 a la demandante, corresponde FONECA, tal y como lo dispone el Decreto 42 de 2020.

Por consiguiente, ha de revocarse el auto apelado, en el entendido de aceptarse como sucesor procesal del pasivo pensional de Electricaribe S.A. E.S. P. a FONECA en los términos establecidos en el artículo 2.2.9.8.1.6., del Decreto 42 de 2020, así se resolverá.

VI.V. Reclamación administrativa frente a la Administradora de Pensiones- Colpensiones.

La administradora de Pensiones Colpensiones, como sustento del recurso de apelación aduce que la demandante Concepción María Jiménez Lozano, nunca presentó ante dicha entidad reclamación administrativa para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Para la Sala, no es acertada los argumentos esbozados por la mentada entidad pensional, en la medida a que, a folio 46 expediente digital se observa documento dominado *"contestación al auto de pruebas APDPE61 de 6 de junio de 2019";* y recibido por Colpensiones en fecha 03 de julio de 2019 a la hora 12:24m; por medio del cual, el apoderado judicial de la demandante SOLICITA como pretensión principal el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante y como petición subsidiaria el reconocimiento de la Indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Lo brevemente expuesto, desnaturaliza los argumentos soslayados por Colpensiones sobre este tópico, no siendo acertado los argumentos reseñados.

VI.VI. Monto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

Con relación a este tópico, señala el artículo 37 de la ley 100 de 1993 establece que;

> *"Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el*

promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Siguiendo los lineamientos de la disposición legal descrita, y habiéndose establecido que la demandante no acreditó las semanas requeridas para obtener la pensión de vejez, esta Sala procede a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, tenido en cuenta las cotizaciones relacionadas en la historia laboral emanada por Colpensiones vista a folio 47 a 55 del expediente digital, en la cual se detallan los aportes realizados por Electrocosta ESP.SA entre los ciclos de diciembre de 1972 a octubre de 1980, y los ciclos de septiembre y octubre de 2018, los cuales fueron aportes realizados por la demandante Concepción María Jiménez Lozano como independiente. Se anexa tabla Excel explicativa.

Salarios devengados indexados a Diciembre de 2020	69.259.806
Semanas Cotizadas	400
Salario Promedio semanal devengado indexado a diciembre de 2020	173.150
Tasa promedio ponderada de cotización	4,75%
VALOR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA A DICIEMBRE DE 2018	**3.289.850**
Fecha de corte -Liquidación Indemnización Sustitutiva	Diciembre de 2018
Fecha de corte de sentencia Primera Instancia	Mayo de 2021
I.P.C. a fecha de la edad para pensión Diciembre 2018	100
I.P.C. a fecha de corte para indemnización Mayo 2021	107,76
VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA ENDEXADA A FECHA DE CORTE	3.545.142,36

Así entonces, el valor de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez obtenida con la inclusión de las 400 semanas reportadas por Colpensiones equivalen a $ 3.545.142,36.

Mientras que las cotizaciones efectuadas por la actora como independiente en los ciclos de septiembre a octubre de 2018 suman un total de 8.57, las cuales arrojan a fecha de corte la suma de 277.958,21 pesos. Se anexa tabla explicativa.

Salarios devengados indexados a Diciembre de 2020	1.612.138
Semanas Cotizadas	8,57
Salario Promedio semanal devengado indexado a diciembre de 2020	188.114
Tasa promedio ponderada de cotización	16,00%
VALOR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA A DICIEMBRE DE 2018	**257.942**
Fecha de corte -Liquidación Indemnización Sustitutiva	Diciembre de 2018
Fecha de corte de sentencia Primera Instancia	Mayo de 2021
I.P.C. a fecha de la edad para pensión Diciembre 2018	100
I.P.C. a fecha de corte para indemnización Mayo 2021	107,76
VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA ENDEXADA A FECHA DE CORTE	277.958,21

Lo anterior comporta sumar los dos valores obtenidos, a fin de obtener la suma total por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de la demandante Concepción María Jiménez lo cual arroja un consolidado de tres millones ochocientos veintitrés mil cien pesos ($ 3.823,100), valor que es superior al reconocido por la Juez de instancia.

Empero, como en este asunto se resuelve la apelación y el grado de consulta a favor de Colpensiones, con la observancia que no se opone a la pretensión del reconocimiento de la indemnización sustitutiva en el monto que fue establecido por el A-quo, y teniendo en cuenta que el demandante pide se verifique la liquidación efectuada, se tomará el valor obtenido en esta instancia, lo que insta a que se modifica parcialmente el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que el valor por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que corresponde a la demandante Concepción María Jiménez Lozano es la suma de tres millones ochocientos veintitrés mil cien pesos ($ 3.823,100).

VI.VII. De la excepción de prescripción

Como se anotó, Colpensiones formuló las excepciones de "falta causa para demandar, buena fe, prescripción y las genéricas e innominadas.

Sobre este puntual aspecto la Honorable Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia a sentado el criterio que en la indemnización sustitutiva es imprescriptible, por ejemplo, en sentencia SL4559-2019 radicación N.° 74456. M.P, Clara Cecilia Dueñas Quevedo; expreso;

> *"De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."*
>
> *En ese sentido, se tiene que, si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo–indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.*
>
> *En el primer caso –la pensión- porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.*
>
> *En el segundo –indemnización sustitutiva- porque ese ingreso les permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez."*

Bajo el abrigo de las anteriores anotaciones jurisprudenciales, se concluye que la indemnización sustitutiva de la pensión, dado que pertenece al sistema de seguridad social en pensiones ostenta el carácter de imprescriptible, y por tanto la excepción de prescripción propuesta por la

Administradora de Pensiones – Colpensiones no tiene vocación de prosperidad**.**

Amén de lo antes dicho, se observa a folio 7 del documento genitor que, la demandante presentó reclamación el 03 de julio de 2019, sin que a la fecha de la presentación de la demandan, esto es, el 16 de julio de 2019 la entidad administradora de pensiones hubiera dado respuesta a tal solicitud, lo que sin lugar a dudas emerge que no se ha configurado la acción extintiva, máxime cuando, a la fecha de esta sentencia no se ha superado el término prescriptivo contenido en el artículo 151 del C.P.L y S.s.

VII. Costas

Dado que hubo replica a los recursos de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a COLPENSIONES a favor de la demandante, porque hay lugar a modificar la sentencia (CGP, art. 365),

Como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo de Colpensiones, en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto apelado, en el entendido de aceptarse como sucesor procesal del pasivo pensional de Electricaribe S.A. E.S. P.

en liquidación a FONECA en los términos establecidos en el artículo 2.2.9.8.1.6., del Decreto 42 de 2020.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de:

"**condenar a Colpensiones** a pagar a la demandante la suma de ($3.823,100). Por concepto de la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida judicialmente.

TERCERO: **CONFIRMAR** en lo demás las sentencia

CUARTO: Costas como se indicó en la parte motiva

QUINTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADO

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA

SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-162-31-03-001-2019-00066-01 Folio 191-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de cuatro (4) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **JOSÉ LUIS BARRERA RHENALS** contra **PROLECHE Y OTROS.**

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la parte actora, se declare que entre él y la demandada PROCESADORA DE LECHE S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido, comprendido desde el 1 de noviembre del año 2000 hasta el 15 de septiembre de 2016, siendo la terminación unilateral de este sin justa causa.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene el pago de la indemnización contemplada en el capítulo VI, numeral 6.3 de la Convención Colectiva, es decir, el equivalente al salario de ochenta y seis días por el primer año de servicio y cuarenta y cinco días más, por cada uno de los años subsiguientes y proporcionalmente por fracción a la suma de $25.590.054,8, cesantías, intereses de cesantías, primas de

servicio, faltante de vacaciones y prima de vacaciones, primas de antigüedad convencional, sanción moratoria del art. 65 e intereses moratorios sobre dicha indemnización hasta que se sufraguen las pretensiones.

Se condene al pago de perjuicios morales y fisiológicos, en cuanto al daño consolidado y futuro del accidente de trabajo sufrido por culpa de su empleador, indexación costas y agencias en derecho, así como los demás derechos que el Juez pueda declarar en virtud de la aplicación de los principios ultra y extra petita.

Como pretensión subsidiaria solicita, se condene al pago de la indemnización por despido injusto, de conformidad con el art. 64 del CST y SS.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica el actor que prestó sus servicios como empleado en la empresa PROCESADORA DE LECHE S.A., desempeñándose en el cargo de Operador de Maquinas, desde el 1 de noviembre del año 2000, realizándose su vinculación a través de un intermediario aparente, denominado COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COLABORAMOS hoy en liquidación, siendo este último sustituido el 1 de julio de 2003, por la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO GESTIONAR.

- Arguye que el 11 de septiembre de 2006, le hicieron suscribir un contrato a término fijo por 6 meses con la PROCESADORA DE LECHE S.A, siendo su lugar de trabajo la Planta De Procesadora De Leche ubicada en el Municipio de Cereté, devengando un salario básico de $1.072.209.

- Aduce el demandante, que la PROCESADORA DE LECE S.A. nunca pasó comunicación de terminación del contrato de trabajo, sino hasta el 15 de julio de 2016.

- Dice que el 26 de agosto de 2016, sufrió un accidente de trabajo y fue incapacitado por tres días, siendo esto reportado a la empresa y posteriormente el 31 de agosto de la misma anualidad, le informan, se le otorga un periodo de vacaciones del 1 hasta el 9 de septiembre.

- Relata que estando de vacaciones, y por haber sufrido un accidente de trabajo, fue incapacitado nuevamente los días 7, 8 y 9 de septiembre, informándosele, al interrumpir las incapacidades sus vacaciones, debía regresar el 13 de septiembre, pero no obstante lo anterior, lo volvieron a incapacitar los días 12, 13 y 14.

- Aduce, el 15 de septiembre, fue a la empresa a pasar comunicación para que le informaran en cual turno debía entrar a trabajar, pero esta no fue recibida, aludiendo, no hacia parte de la empresa.

- Manifiesta también, se encontraba afiliado al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE PRODUCTOS GRASOS Y ALIMENTICIOS "SINTRAIMAGRA", en el cargo de vicepresidente de la seccional Cereté, desde el 26 de mayo de 2014 hasta el 15 de septiembre de 2016.

- Alude, era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre la empresa PROCESADORA DE LECHE S.A. y las organizaciones sindicales SINTRAINDULECHE y SINTRAIMAGRA, con vigencia 2014-2016, siendo los únicos empleados excluidos del campo de aplicación de dicha convención, los que prestaban sus servicios a la demandada de forma ocasional o transitoria, por obra o labor determinada, y en periodo de prueba.

- Finalmente añade, no le fue cancelada liquidación alguna de prestaciones sociales, vacaciones faltantes, indemnización por despido injusto o indemnización por la culpa patronal del accidente de trabajo, así como tampoco lo concerniente a indemnización por los 15 años o más de servicio continuos.

II. Contestación de la demanda

II.I. PROLECHE S. A.

Se pronunció la demandada, manifestando oponerse a todas y cada una de las pretensiones, y aclara que el actor solo se vinculó a PROLECHE S.A., mediante contrato de trabajo a término fijo el 11 de septiembre de 2006, y con anterioridad a dicha fecha, solo estuvo en su calidad de trabajador asociado, prestando sus servicios a PROLECHE y las demás entidades con las diferentes C.T.A. donde estuvo afiliado, terminándose de un modo legal el contrato de trabajo celebrado, cumpliéndose con lo dispuesto en el art. 46 del C.S.T, y dándose el respectivo preaviso de la no prorroga.

Y alude el apoderado judicial, por pertenecer a la organización sindical SINTRAIMAGRA seccional Cereté, le era aplicable la convención colectiva de trabajo. No obstante, el numeral 6.3 de dicha convención no le es aplicable dado que su contrato de trabajo se terminó por una causa legal.

En lo referente a la petición subsidiaria aduce, como el contrato de trabajo se terminó por una causa legal, que fue la expiración del plazo fijo pactado, al actor no le asiste derecho a la indemnización por despido injusto contemplada en el art. 64 del C.S.T.

Como excepciones de mérito propone las de "Inexistencia de solidaridad entre PROLECHE S.A. y las COOPERATIVAS GESTIONAR Y COLABOREMOS", "Inexistencia de intermediación laboral entre PROLECHE y las CTA CODEMANDADAS" y "Prescripción", "Pago", "Inexistencia de estabilidad laboral reforzada en favor del demandante", "Inexistencia de dictamen pericial que acredite la condición de discapacitado en favor del demandante", "Falta de causa para demandar", "Compensación", "Ausencia de fundamento jurídico para demandar" y "Buena fe".

II.II. COLABORAMOS COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO EN LIQUIDACIÓN y GESTIONAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO (Curador Ad-Litem)

Se pronunció la demandada, aduciendo no constarle los hechos narrados en el líbelo, así mismo, en cuanto a las pretensiones formuladas, manifiesta, se atiene a lo que resulte probado en el proceso y sea materia de análisis por parte del Juzgado.

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 4 de junio de 2021, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté decidió: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre PROLECHE S.A. y el demandante JOSÉ LUIS BARRERA RHENALS, desde el día 11 de septiembre de 2006 al 10 de septiembre de 2016, advirtiendo que en años anteriores, el demandante prestó sus servicios en PROLECHE S.A., a través de vinculación con las Cooperativas Colaboramos y Gestionar, en el período del 1° de noviembre de 2000 al 10 de septiembre de 2006 y CONDENAR a la empresa PROCESADORA DE LECHE – PROLECHE S.A., a pagar al demandante, por concepto de prima de vacaciones, la suma de $247.942 y $354.202, por concepto de prima de antigüedad convencional, denegando las demás pretensiones de la demanda.

Pudo determinar el a-quo, la terminación del contrato a término fijo celebrado, lo fue por expiración del plazo fijo pactado, es decir de una forma legal, por lo cual no hay lugar a la aludida indemnización por despido injusto.

En lo concerniente al pago de prestaciones, pudo concluir, estas fueron debidamente realizadas, así como el pago de los salarios, por parte de las cooperativas a las cuales estuvo vinculado el demandante, y así mismo fueron realizados por la accionada PROLECHE S.A, atendiendo que la liquidación definitiva estuvo ajustada a derecho.

Con respecto a los derechos convencionales deprecados, luego de un estudio determinó que solo habría lugar al pago de prima de vacaciones y prima de antigüedad convencional.

Finalmente, de la sanción moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., indicó, al no existir mala fe en el actuar de la demandada, mal podría haber lugar a una condena por este concepto.

IV. RECURSO DE APELACION

IV.I. PARTE DEMANDANTE

Argumenta textualmente el apoderado judicial de la parte demandante, lo siguiente:

"*Sea lo primero expresar la inconformidad, en cuanto a no reconocer en primer punto, una relación laboral con PROLECHE como verdadero empleador, desde el*

1 de noviembre de 2000 hasta que se terminó la relación, ósea desconocer por parte del despacho que el verdadero empleador era PROLECHE y que las empresas COOPERATIVAS DEL SECTOR SOLIDARIO GESTIONAR Y COLABORAMOS, fueron meros intermediarios, actuaron como una temporal, algo que es está prohibido por la Ley, y forzaba un pronunciamiento por parte del despacho, en cuanto a declararlos como simples intermediarios y que el verdadero empleador, efectivamente era la empresa PROLECHE.

El segundo punto, se centra en no reconocer el despido injusto por parte del despacho, toda vez que hubieron unas circunstancias, dentro de la terminación de dicho contrato, en cuanto a las incapacidades que sufrió mi cliente estando en un periodo de vacaciones y estando por esa circunstancia, darse una prórroga, en cuanto al término, no puede ser algo plano, y decir ya hasta el día tal, no, eso es por virtud de la Ley, se prorrogó el contrato en cuanto a que se suspendieron las vacaciones en virtud de las incapacidades, y estando todavía a punto de regresar nuevamente fue incapacitada, razón por la cual no podía darse por terminado ese contrato en las circunstancias en que ocurrieron estos hechos, si bien es cierto, existe una carta de terminación de contrato, comunicada a mi poderdante con mucha mayor antelación a un mes, esto es una práctica del empleador, que ocurre todos los años, eso no implica por sí solo de que al vencerse el término, el trabajador no pueda continuar laborando, de tal manera que esa comunicación, si bien es cierto, se dio con mucha antelación al mes, también es cierto que ocurrieron unas circunstancias que obligaron a que definitivamente el contrato se prorrogara y esto generó un despido injusto por parte de la empresa PROLECHE

En cuanto a la sanción moratoria, cuando el legislador diseñó estas sanciones, que yo me referí de inmediato, para advertirle a los empleadores que no incurrieran en estas conductas, la que realmente es intimidante en materia laboral, es el día de salario por cada día de retardo, si el trabajador dentro de los 24 meses no comparece, este trabajador que gana más de un salario mínimo, si el trabajador no comparece dentro de los 24 meses a la jurisdicción, entonces se concederán solamente los intereses moratorios, los cuales no concedió el despacho, es que la buena o mala fe, se predica es frente al incumplimiento del empleador con las obligaciones del trabajador, el despacho hizo una disertación, en cuanto a considerar de que el empleador actuó de buena fe, para exonerarlo de la indemnización, pero eso no implica, la indemnización ya estaba por ley, por jurisprudencia, la que citó el despacho la SL16967 de 2017 entre otras, en precisar que no procedía tal indemnización, porque había superado el término de los 24 meses para incoar su demanda, pero eso más no implica que los intereses moratorios no operen, porque realmente cuando el legislador diseñó la norma sancionatoria de la indemnización de un día de salario por cada día de retardo, es frente al actuar de mala fe o de incumplimiento injustificado por parte del empleador, entonces esa parte de no reconocer los intereses moratorios, igualmente hay una petición de indexación a la que el despacho tampoco hizo alusión, hubo una omisión, pues a lo último nisiquera los intereses moratorios serian reconocidos por la judicatura, entonces procedía pronunciarse sobre la solicitud de indexación.

El otro punto discutible, se refiere al aguinaldo señalado en la convención en el capítulo 7.1, que el despacho considera y así lo manifestó la parte demandada en sus alegatos e interrogatorios, que por no estar vinculada la persona en diciembre, ella no tendría derecho a este aguinaldo de un mes de salario por cada año causado, proporcional, entonces aquí se omite interpretar lo que es la acusación, si bien es cierto, mi poderdante no llegó hasta 31 de diciembre a estar vinculado con la empresa, por las razones que se han discutido en este debate, dentro de este proceso, más la misma no implica que este aguinaldo no se le haya causado en el tiempo en que él estuvo laborando y para ese año en el cual se le terminó la relación de trabajo, y por la cual fue despedido, entonces faltó entender por falta del despacho, la acusación de este aguinaldo proporcional, al tiempo que llevaba al momento del despido injustificado ".

IV.II.PARTE DEMANDADA (PROLECHE S.A.)

Sustentó la demandada PRODUCTORA DE LECHE S.A. sus reparos, de la siguiente manera:

"presento recurso de apelación, respecto a lo desfavorable*, en la sentencia de primera instancia, específicamente en lo que tiene que ver con el pago, mejor en la condena de la prima de vacaciones y la prima de antigüedad que están en la convención colectiva de trabajo, el objeto de este recurso de apelación consiste en que este defensor no comparte la decisión, a la que llegó el despacho cuando le dio plena validez a la convención colectiva de trabajo aportada al plenario, la empresa que represento, nunca a desconocido en primer lugar, la calidad de trabajador sindicalizado del demandante, y en segundo lugar que entre PROLECHE y SINTRAIMAGRA, se han celebrado varias convenciones colectivas de trabajo, eso no ha sido desconocido, así inclusive se ha aceptado desde la respuesta a la demanda, y como lo manifestó el despacho, da cuenta de esa relación colectiva de trabajo, los diferentes pagos realizados por PROLECHE, que tienen que ver con prestaciones extralegales, contempladas en la convención colectiva de trabajo, no obstante lo anterior, es una prueba solemne y para que en un expediente judicial, una convención colectiva de trabajo surta sus efectos, y un demandante pueda solicitar el reconocimiento de los derechos en ese texto, debe también en el expediente, reposar la constancia de depósito ante el ministerio de trabajo, en virtud al art. 469 del Código, que establece los requisitos de una convención colectiva de trabajo y expresamente aduce que sin el cumplimiento de todos estos requisitos, la convención no produce ningún efecto, por consiguiente entonces, el operador judicial, al margen de las manifestaciones que haga la parte demandada, en este caso, la empresa PROLECHE S.A., en cuanto ha aceptado que si existe esa convención, para efectos probatorios, y dada la característica de substancia anactus que tiene es aprueba, es que debe de reposar la constancia de depósito ante el ministerio de trabajo, en el caso objeto de análisis, brilla por su ausencia prueba y por consiguiente el operador judicial, no puede condenar a la empresa que represento a ninguna de las prestaciones extralegales contempladas en ese contrato colectivo, insisto porque probatoriamente ese documento no tiene ningún valor, es como si nunca se hubiera aportado, es como si ese documento fuera invisible a los ojos del operador judicial, por cuanto no existe ese requisito, que es suficiente para que ese documento nazca a la vida jurídica y es la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo, al respecto como lo manifesté en los alegatos de conclusión, existen varios pronunciamientos de la CSJ, en sentencia del 14 de septiembre de 2001, con ponencia del M. P. Toro Correa, expresó: "armonizando lo dispuesto por el art. 469 del Código Sustantivo del Trabajo", con lo que estipula el art 11 de la ley 446 de 1998, admitió que es válida como prueba la copia o fotocopia simple de la convención colectiva, siempre que contenga constancia o sello de depósito, con la mentada norma legal, queda superada cualquier discusión sobre si es válida o no la aducción de copias informales de la Convención Colectiva de Trabajo, por lo tanto, de conformidad con la misma, puede afirmarse que las convenciones y los laudos aportados, gozan de la presunción de autenticidad, en conclusión, hoy en día los convenios colectivos de trabajo, pueden acreditarse con copia simple, de conformidad con el art 34 de la ley 712 de 2001, sin embargo, debe también aportarse la prueba sobre el deposito oportuno de la convención, como lo ordena el art 469 del Cód. Sustantivo del trabajo, tal como lo dejó sentado esta corporación desde sentencia del 20 de mayo de 1976"*

Por consiguiente, deberán revocarse las condenas impuestas a la sociedad PROLECHE S.A., dado que el demandante no aportó la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo y esa convención aportada, así fuese con copia simple, no puede surtir ningún efecto"

V.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

Iníciese el estudio de la presente litis, afirmando que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez) se encuentran reunidos, y por ende la Sentencia será de mérito, pues no se evidencian irregularidades que obliguen a la Sala a proferir fallo inhibitorio.

VI.I.- PROBLEMA JURÍDICO

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar ***i)*** *Si entre la empresa PROCESADORA DE LECHE S.A. y el señor JOSÉ LUIS BARRERA RHENALS existió una relación laboral en los extremos del 1 de noviembre del año 2000 hasta el 15 de septiembre de 2016* ***ii)*** *Establecer si hay lugar al pago de una indemnización por despido injusto y sanción moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T. y,* ***iii)*** *Si tiene derecho el trabajador al pago de los derechos convencionales solicitados.*

Existencia de una relación laboral entre el demandante y la empresa PROCESADORA DE LECHE S.A. en los extremos del 1 de noviembre del año 2000 hasta el 15 de septiembre de 2016.

Solicita el demandante, se declare la existencia de una relación laboral con la empresa PROLECHE S.A. desde el año 2000, esto en razón a que según su criterio, lo acontecido fue una intermediación donde se mantuvo vinculado a través de las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO COLABORAMOS y GESTIONAR, hasta el 2006, data para la cual empezó a laborar de forma directa hasta el 15 de septiembre de 2016, cuando fue despedido.

Pues bien, frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado, cuando los trabajadores ejecutan el contrato en una cooperativa de trabajo asociado, están sujetos a una subordinación de tipo laboral respecto del beneficiario del servicio, es claro, deben ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, en virtud del principio constitucional de Primacía de la realidad sobre las formas **(Vid. Sentencias SL, 6 dic. 2006, rad. 25173; SL,**

26 en. 2010, rad. 32623; y, SL, 25 oct. 2010, rad. 35790, M.P. de ambas Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza), y por tal razón, es la beneficiaria la que tiene la real condición de empleadora.

En consideración a lo indicado, se cita lo transcrito por el Decreto 4588 de 2006, en su artículo 17, donde hace alusión la prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales de las cooperativas, así:

> ***"****Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes".*

En ese orden de ideas, es necesario evaluar las pruebas obrantes dentro del proceso, a fin de verificar si le asiste razón al solicitante, sin embargo, se evidencia, en el caso bajo estudio no existe material probatorio que logre dar fe acerca de las aseveraciones planteadas por el recurrente, teniendo en cuenta en primer lugar, si bien se puede inferir el vínculo sostenido con las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO para los años 2000 a 2006, siendo que además viene advertida su prestación personal del servicio a través de las mentadas cooperativas en el fallo proferido por el a-quo, esto no es óbice para concluir la existencia de una intermediación, puesto que como primer yerro, no se allegaron los contratos suscritos por estas con la demandada PROLECHE S.A., los cuales son esenciales a la hora de determinar la ilegalidad del contrato pregonado.

Aunado a lo anterior y si en gracia de discusión estuviera, le correspondía al actor la carga de probar que efectivamente se ejerció una subordinación por parte de la beneficiaria directa del servicio, o si tal como se dispone en los precedentes antes citados, el tipo de actividades realizadas, eran propias de la empresa usuaria, máxime cuando los únicos indicadores que se tienen son la oferta mercantil anexa como prueba N° 5 del expediente digital y el resumen de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES. Además, del interrogatorio de parte practicado al representante legal de la empresa demandada, no se pueden extraer mayores consideraciones,

toda vez que este afirmó, no conocía al trabajador, sino que solo comenzó a verlo a través de las audiencias judiciales donde han coincidido.

Adicional a lo dicho, se aclara, en el plenario tampoco se practicaron testimoniales, y al no existir prueba alguna que permita inferir la aludida relación laboral, no saldrá avante este punto de la censura, recordándose, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 164 del Código General del Proceso, aplicado por remisión normativa que trata el artículo 145 del CPT y S.S, establece la necesidad de la prueba, dice: "***Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho".***

Asimismo, el artículo 167 del C.G.P, hace referencia a la carga de la prueba, establece: "***Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".*** De acuerdo a lo anterior, se tiene, al interesado le corresponde demostrar los hechos en que funda su acción. Para el caso en concreto no se observa ningún elemento probatorio que permita determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, pues del acervo probatorio no vislumbra documento alguno para la demostración de ello, siendo entonces importante resaltar, la parte demandante, no cumplió con la carga procesal de probar los supuestos de hecho que pretende argüir, es decir, no logró sostener la tesis alegada; concluyendo, esta no se evidencia.

Si tiene derecho el trabajador al pago de los derechos solicitados, de acuerdo con la Convención Colectiva de Trabajo SINTRAIMAGRA – SECCIONAL CERETÉ 2014-2016.

El argumento traído a colación por el recurrente apoderado judicial de la parte demandada PROLECHE S.A., para solicitar la revocatoria de los derechos convencionales otorgados por el juzgador de primera instancia, lo es la falta de prueba de la nota de depósito de la Convención Colectiva de Trabajo en comentario, y en efecto, en sentencia SL3098-2021, M.P. Olga Yineth Merchán CALDERON, se indicó:

> *"En primer lugar, el presupuesto del depósito de la convención colectiva, consagrado en el artículo 469 del CST, no solo debe ser*

> *advertido como indispensable para predicar su existencia, sino también su validez. En efecto, tal requisito se eleva como un acto solemne e indispensable para que el acuerdo extralegal del que se trate, produzca efecto; de tal suerte que para que nazca a la vida jurídica y produzca efectos de igual estirpe es necesario que la convención se consigne en un escrito, se extienda en tantos ejemplares cuantas sean las partes contratantes y, además, que uno de aquellos se deposite en el Ministerio del Trabajo, a más tardar dentro de los quince días siguientes al de su firma, solemnidades sin las cuales «la convención no produce ningún efecto».*
>
> *Se advierte que si bien en la generalidad de los actos jurídicos su existencia y validez son situaciones jurídicas que se presentan en diferentes momentos, pues bien puede existir un acto sin que ello implique que sea válido, esto no ocurre cuando la ley ha establecido que para que un determinado acto nazca a la vida jurídica y produzca efectos de igual estirpe se requiere de una solemnidad, tal como acontece con la convención colectiva. Es por ello que para demostrar la existencia de la convención colectiva, necesaria e inescindiblemente debe acreditarse que se cumplieron los presupuestos establecidos para que se pueda predicar su validez, esto es, las solemnidades de que trata el artículo 469 del CST".*

Sentencia donde además se rememora, providencia del 16 de mayo de 2001, **radicación 15120**, sentencia **CSJ SL8718-2014**, CSJ **SL738-2018** y la **CSJ SL1643-2021**, cuyo tenor literal es el siguiente:

> *"Antes de incursionar en el estudio de la pieza procesal denunciada, y a pesar de la vía seleccionada para el ataque considera la Sala conveniente precisar que el presupuesto del depósito de la convención colectiva, consagrado en el artículo 469 del CST, no solo debe ser advertido como indispensable para predicar su existencia, sino también su validez"*

Y, respecto de la jurisprudencia en cita se advierte, le asiste la razón a aquél, pues, en verdad, brilla por su ausencia dicha nota de depósito de la CCT en la que se fundan las condenas económicas que fueron impuestas por el a- quo, por lo que, sin ésta, no resultan viables. Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral en sentencia **SL265-2018**, expresó:

> "*Tampoco es de recibo afirmar que el derecho reclamado se acreditó con «el aporte de la **copia simple** de la Recopilación de las Convenciones que obviamente fueron depositadas en su oportunidad, vigentes a 1995 (folios 269 a 295)», **pues lo que resulta obvio para la censura, no lo es para la ley, que impone a quien funde sus pretensiones en una convención colectiva de trabajo, aportar esta última junto con la nota o constancia de depósito ante la autoridad administrativa de trabajo, de manera que el juez de la causa pueda verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo***

> ***<u>469 del Código Sustantivo del Trabajo para hacer producir efectos a las disposiciones convencionales,</u>*** *por lo que en criterio de esta Corporación, el Tribunal no se equivocó al concluir que el actor no aportó la prueba con las exigencias legales en comento y, por el contrario, su postura coincide con la fijada por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en las sentencias CSJ SL 8985-2016, CSJ SL 497-2016 y CSJ SL 5882-2016".*

Dicho lo anterior y teniendo en cuenta que brilla por su ausencia el requisito esencial para hacer valer los derechos convencionales reclamados, esto es, *la nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo,* se procederá a revocar las condenas impuestas por los conceptos de prima de vacaciones y prima de antigüedad.

Establecer si hay lugar al pago de una indemnización por despido injusto

En este punto, resulta pertinente analizar lo dispuesto por el artículo 46 del CST, donde se prevé:

> *"El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.*
>
> *1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.*
>
> *2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.*
>
> *PARAGRAFO. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea".*

En ese orden de ideas, se evidencia a folio 136-137, el contrato inicial celebrado por las partes, y se tiene que por encontrarse estipulado por un término inferior a un año, se podía prorrogar hasta por 3 períodos iguales o inferiores como se encuentra establecido en la norma antes transcrita.

Así las cosas, se procederán a verificar las prórrogas realizadas, pues el contrato inicial tuvo lugar desde el 11 de septiembre hasta el 10 de marzo

de 2007, y que la primera prorroga con duración de seis meses, se extendió hasta el 10 de septiembre de 2007, la segunda hasta el 10 de marzo de 2008 y la última hasta el 10 de septiembre de 2008, siendo que de allí en adelante corrieron por un tiempo estipulado de un año sucesivamente hasta la data septiembre de 2016, tal como se indica en la norma antes transcrita.

En ese orden de ideas, es preciso verificar si el empleador comunicó con una antelación no inferior a 30 días la no prórroga del contrato al trabajador, y para el caso en concreto de las pruebas obrantes dentro del proceso, se observa a folio 23 del expediente, misiva de fecha 14 de julio de 2016, a través de la cual se le informa al señor JOSÉ LUIS BARRERA RHENALS, que la finalización de su contrato de trabajo sería el día 10 de septiembre de la misma anualidad; es decir, la demandada PRODUCTORA DE LECHE S.A., cumplió con la obligación de avisar con una antelación no inferior a 30 días la decisión adoptada.

De otro lado, se evidencia a folio 25 del expediente, el empleador otorgó vacaciones al actor desde el 1 al 9 de septiembre del año 2016, las cuales fueron prorrogadas hasta el 14 del mismo mes, esto en razón a que las incapacidades que se le otorgaron, las interrumpieron, ya que tuvieron lugar para los mismos días, sin embargo se avizora, esto no es óbice para olvidar que efectivamente la terminación del contrato de trabajo aquí descrito, terminó obedeciendo a una causa legal, esto es, expiración del plazo fijo pactado.

En ese orden, si bien el recurrente arguye que la comunicación efectuada queda sin efecto, no le asiste razón, pues en esta se dejó en claro que el contrato no sería prorrogado, y se aclara, descarta lo afirmado en la demanda, específicamente en el hecho SEPTIMO, donde se anota "*la empresa PROCESADORA DE LECHE S.A., nunca pasó comunicación de terminado el contrato de trabajo con mi poderdante, solamente hasta el 15 de julio de 2016",* por la postura en comento, la indemnización a la que hace referencia el demandante no podría ser condenada, ya que el empleador terminó conforme a las normas el contrato suscrito.

Sanción moratoria del art. 65 C.S.T.

Modificado por el art. 29 de la Ley 789 de 2002, es del siguiente tenor literal:

> *"Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique*
>
> *(…)*
>
> ***PARÁGRAFO 2o.*** *Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.*

Lo atinente a la condena por sanción moratoria de que trata el artículo 65 de la legislación sustantiva laboral, no opera de pleno ipso iure, sino que es el sentenciador quien está llamado a la tarea de escudriñar dentro de las pruebas oportunamente allegadas, si existió mala fe por parte del empleador demandado, pues no basta la sola prueba de que no hizo efectivo el pago de las acreencias laborales sino que en su negativa, existió mala fe. Lo anterior es apenas lógico si se tiene en cuenta que toda actuación está cobijada por el principio general de presunción de buena fe, de índole constitucional, he aquí el papel del juez natural y sustantivo, pues dicho precepto es también un principio del derecho, respetado criterio que deviene desde los comienzos del inveterado tribunal del trabajo y que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sigue reiterando, ejemplo de ello es sentencia de casación radicada bajo el número 11 436 de 29 de junio de 2016, con ponencia del Honorable Magistrado Dr. Gerardo Botero Zuluaga, explicó:

> *"La absolución de la indemnización moratoria cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo, no depende del desconocimiento del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los respectivos contratos. Ni la condena de esta sanción Radicación n° 45536 23 pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia. Lo anterior porque en ambos casos, se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo, a fin de poder definir si la postura de*

> *éste resulta o no fundada, y su proceder de buena o mala fe. De suerte que la buena o mala fe fluye, en estricto rigor, de otros tantos aspectos que giran alrededor de la conducta del empleador que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de declarar la existencia de un contrato de trabajo, el fallador debe contemplar las pruebas pertinentes para auscultar dentro de ellas, la presencia de los argumentos valederos que sirvan para abstenerse o no de imponer la sanción"*.

Se entiende entonces, la condena debe estar rodeada de un análisis exhaustivo de las pruebas y de las circunstancias de cada caso en particular, en el presente, observamos, se argumenta en el recurso de alzada propuesto por el apoderado judicial del demandante, tenía derecho el trabajador por ley a la sanción en comento y erró el titular del despacho de primera instancia al considerar que esta no procedía; a su consideración los argumentos para negarla fueron, haberse superado el término de los 24 meses para incoar la demanda, y argumenta, eso no implica que los intereses moratorios no operen.

En este punto se aclara, la decisión emitida por el Juzgador de primer grado, no obedeció a las razones argüidas por el recurrente, sino a un análisis del comportamiento del empleador PROLECHE S.A., del cual pudo concluir, se encontraba revestido de buena fe, tesis que cabe resaltar, comparte esta Sala, esto bajo el entendido que como viene sentado, no se encuentran deudas pendientes con el señor Barrera Rhenals, ya que se revocaran las condenas impuestas de primera instancia por concepto de beneficios convencionales, advirtiéndose, tampoco se denota una actitud de la cual se pueda inferir que la demandada quisiera zanjar sus obligaciones con el trabajador, y en consecuencia, se confirmará este punto de la censura.

Finalmente, en lo referente a la solicitud de intereses moratorios e indexación tocada por el apelante demandante, por sustracción de materia y atendiendo que no saldrán avante las pretensiones realizadas, se abstendrá esta Sala de entrar a estudiarla.

VII. Costas

No se condenará en costas por no encontrarse causadas, puesto no existió intervención de las partes en esta instancia. (Art. 365 C.G.P).

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IX. FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo la sentencia apelada, y en su lugar, absolver a la demandada PROCESADORA DE LECHE – PROLECHE S.A., de las condenas impuestas por concepto de primas de vacaciones y prima de antigüedad convencional.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LÒPEZ

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA

SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-162-31-03-001-2018-00024-01 Folio 193-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MANUEL DE JESÚS MESTRA SALCEDO** contra **PROCESADORA DE LECHE- PROLECHE, representada legalmente.**

I.ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la parte actora, se declare sin efecto la finalización del contrato de trabajo que tuvo lugar entre la empresa PROLECHE S.A. y el señor MANUEL MESTRA SALCEDO, en fecha 2 de agosto de 2017, ordenándose el reintegro definitivo del trabajador a las condiciones en las que se venía desempeñando, pago de costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica el actor que laboró ininterrumpidamente para la empresa PROLECHE S.A., desde el mes de mayo de 1998, estando vigente dicha relación hasta la fecha de presentación de la demanda, en el cargo de oficios varios, y sin embargo, desde aquella fecha hasta el mes de septiembre de 2007, estuvo vinculado a través de bolsas de empleo, y en adelante, mediante contratos a término fijo, los cuales se renovaron sin solución de continuidad, para un total de 19 años y 7 meses de trabajo.

- Arguye que desde sus inicios en la empresa PROLECHE S.A., hasta mediados del año 2002, se desempeñaba mayoritariamente como empacador en el área denominada "Secadores de Producción", espacio en el cual se encontraban dos máquinas generadoras de alta contaminación, en turnos de 8 horas, la mayoría nocturnos, sin ser suministrado con elementos de protección auditiva, siendo designado también a otras áreas de mayores ruidos, que a largo plazo le trajeron consecuencias para su salud.

- Explica, a mediados del año 2002, hasta finales de 2007, además de cumplir con tareas de áreas nocivas para su salud auditiva, fue reubicado mayoritariamente en el sector de "*Empaque de leche en polvo en lata*", en el que, si bien los niveles de ruido eran menores, fue expuesto a un esfuerzo físico sobrehumano, teniendo en cuenta, en esta labor, debía cargar con su propio cuerpo bultos de 25 Kilos, para lanzarlos a una maquina mezcladora, desempeñando turnos de ocho horas diarias.

- Relata, como consecuencia de los esfuerzos laborales narrados, sufre una pérdida auditiva total en el oído derecho (HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL PROFUNDA (COFOSIS)), y parcial del oído izquierdo (HIPOACUSIA LEVE), vértigo incapacitante por afectación del oído interno (síndrome de maniere), enfermedades que fueron diagnosticadas por la junta médica de SALUDCOOP precedida por el especialista en Otorrinolaringología Doctor JULIO ZAPATEIRO PEREZ en el año 2011, verificado posteriormente por la doctora LAURA GARCÍA FAJARDO en la clínica JOSÉ A. RIVAS, y ratificada en el año 2013 por la especialista en Fonoaudiología Doctora VIVIANA GUTIERREZ.

- Aduce, su discapacidad lo ha afectado psicológicamente, esto teniendo en cuenta que le cuesta sostener conversaciones en sus entornos rutinarios, fundiéndose en una depresión, tristeza, insomnio crónico, sentimientos de soledad, ideas de muerte, irritabilidad, aislamiento, "Trastorno Afectivo Bipolar", "Episodio Mixto Presente", "Actos e ideas Obsesivas Mixtas", Trastornos del Inicio y Mantenimiento del Sueño y demás padecimientos psicológicos y psiquiátricos.

- Argumenta que en razón a sus labores, así como por un accidente de trabajo ocurrido el 25 de septiembre de 2010, padece de dolores cervicales severos, tal como se confirma del estudio RM de Columna Cervical, realizado por el Doctor JUAN CARLOS RAMIREZ HUERTAS, el cual diagnosticó "Espondilosis Cervical Leve Moderada", deshidratación global de los discos intervertebrales cervicales y enfermedad disco vertebral degenerativa.

- En razón a su deterioro de la salud auditiva, solicitó ante la ARP SURA un estudio del factor del riesgo por presunta enfermedad profesional, la cual determinó que en la fecha del examen, esto es, agosto de 2011, realizaba actividades en un 80% en el área de empaque de leche en polvo, sector donde el índice de ruido lo era de 67.6 DBA de exposición, es decir, inferior al límite establecido.

- Manifiesta también, sus percances de salud, eran de pleno conocimiento PROLECHE S.A., teniendo en cuenta el informe de la ARL y todos los permisos solicitados para asistir a citas médicas, no solo en el municipio de Cereté y Montería, sino en la ciudad de Bogotá y aun así, la empresa no realizó las actividades necesarias, tendientes a verificar que las tareas realizadas, fueran acordes con su condición de discapacitado.

- Continúa relatando, fue despedido el día 27 de mayo de 2016, sin el lleno de los requisitos necesarios para terminar un contrato de trabajo con persona discapacitada, esto es, un permiso ante el Inspector de Trabajo, por encontrarse protegido, al ser beneficiario de ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.

- Ante el despido relacionado, presentó acción de tutela, en la que tanto en primera como en segunda instancia se tutelaron sus derechos, mediante fallo emitido el 5 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cereté y confirmado en segunda instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, donde se ordenó a la empresa Proleche S.A., reintegrarlo a sus labores, cancelarle los salarios, prestaciones dejados de percibir, lo cual fue cumplido por parte de la accionada.

- Y dice, a pesar de haber sido catalogado como una persona de especial protección constitucional, el 2 de agosto de 2017, fue despedido nuevamente, sin el respectivo permiso del inspector de trabajo, bajo causal de finalización del periodo establecido en el contrato, siendo esta decisión objeto de una segunda acción constitucional, que correspondió por reparto al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cereté, la cual mediante fallo emitido el 4 de septiembre de 2017, ordenó un segundo reintegro, siendo confirmada dicha decisión por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, ordenándose, en un término de dos meses, debía presentar demanda ordinaria laboral, para que fuera el Juez quien conociera y dirimiera el litigio.

- Finalmente añade, por la naturaleza de su actividad productiva, le quedaba muy difícil conseguir un nuevo empleo en las condiciones físicas actualmente ostentadas, contando con 56 años de edad, y proximidad a cumplir los requisitos de pensión, pues estaría a punto de cubrir las semanas mínimas y solo le bastaría la edad, a menos que sus condiciones de salud lleguen a empeorar y lo lleven a requerir pensión de invalidez.

II. Contestación de la demanda

II.I. PROLECHE S. A.

Se pronunció la demandada, manifestando oponerse a todas y cada una de las pretensiones, y aclara que el contrato del demandante y PROLECHE S.A., a la fecha de contestación seguía vigente, pues la empresa acató íntegramente el fallo de tutela, que en el año 2017 ordenó el reintegro

del actor, no obstante, asegura para nada deben incidir en la sentencia que hoy se profiera.

Aduce que no existe un Dictamen Médico que acredite una pérdida de capacidad laboral del demandante, por tanto no es una persona discapacitada, ni tiene derecho a una Estabilidad Laboral reforzada, sabiéndose bien que las patologías de los seres humanos pueden regenerarse con medicina, tratamientos y el paso del tiempo, incluso curarse, a lo que se refirió para informar que la patología cervical diagnosticada al demandante en el año 2010, se encuentra curada, pues de la historia clínica se desprende que no tiene ningún problema cervical.

Como excepciones de mérito propone las de "Inexistencia de estabilidad laboral reforzada en favor del demandante", "Inexistencia de dictamen pericial que acredite la condición de discapacitado en favor del demandante", "Hipoacusia diagnosticada antes de celebrarse el contrato de trabajo a término fijo entre el demandante y la demandada", "Pago", "Buena fe", "Prescripción" y "Compensación".

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 2 de junio de 2021, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté decidió: DENEGAR las pretensiones de la demanda, y condenar en costas al demandante.

Pudo determinar el a-quo, al no acreditarse con un Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral o en su defecto con una historia clínica completa, acerca de las patologías padecidas por el demandante, se pudo concluir, la terminación del contrato obedeció a la expiración del plazo fijo pactado, es decir se dio de una forma legal.

IV. RECURSO DE APELACION

IV.I. PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, manifestando en primer lugar, respecto a la prueba del Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral ordenado de oficio por el despacho, realizó múltiples solicitudes, y a pesar de estas, el expediente fue devuelto dos años después.

Manifiesta que a pesar de que se presentaron, derechos de petición radicados con copia al correo del juzgado, estos nunca se respondieron. Continúa explicando, en razón a la mencionada prueba de oficio solicitada, se renunció de común acuerdo a las testimoniales, situación que se tuvo en cuenta para precluir el proceso, pero no para las demás circunstancias a su alrededor.

Y dice, a pesar de manifestarse en el proceso que no se requería la prueba para los efectos de lo que se solicitó, esto es, se declarara que el señor Manuel gozaba de estabilidad laboral reforzada por su disminución en las capacidades de las funciones normales o que se le afectaba su desempeño normal en las funciones en su trabajo, la titular del despacho consideró que dicha prueba si era necesaria para llevar el proceso a su feliz término, por tanto, debió suspender la diligencia y ejercer los poderes coercitivos que le ha otorgado la ley, para efectos de que se suministrara la misma.

Adicionalmente, difiere de las consideraciones del despacho, ya que no comparte el pensamiento de la titular, cuando alude que no había prueba alguna de la situación actual del demandante, sin tener en cuenta todas las historias clínicas aportadas, que si bien es cierto, vienen con fechas anteriores, hay una prueba auditiva que se realizó al momento de la presentación de la demanda, y manifiesta que tampoco se tuvieron en cuenta los interrogatorios de parte practicados, donde manifestó el actor que ha estado incapacitado, así como las afirmaciones del representante legal de la demandada, el cual dijo que el señor Manuel se encontraba en una situación que actualmente le había generado modificaciones a sus condiciones laborales.

En concordancia con los anteriores motivos, solicita la apoderada judicial, se revoque la decisión tomada por el Juez de primera instancia, y se declare que efectivamente el señor Manuel de Jesús Mestra Salcedo, tiene una condición especial de protección, considerado como una persona de especial protección, teniendo en cuenta su condición de disminución y las afectaciones que ha tenido, pues, a nivel físico son evidentes, siendo que camina con el lado izquierdo agachado, no escucha del oído derecho y así está demostrado.

V.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

Iníciese el estudio de la presente litis, afirmando que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez) se encuentran reunidos.

VI.I- PROBLEMA JURÍDICO

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar **i)** si el señor MANUEL DE JESÚS MESTRA SALCEDO gozaba de un fuero de salud o Estabilidad Laboral Reforzada, y en razón a ello tiene derecho a que se ordene como permanente, el amparo de reintegro laboral provisional emitido mediante fallo de tutela.

Pues bien, respecto al alcance del amparo a la estabilidad reforzada que brinda el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, esto es la no discriminación laboral en razón de una discapacidad y bajo la cual ninguna persona puede ser despedida en razón a ella, la Sala Primera de Decisión de la Sala Civil-Familia-Laboral de esta Corporación en sentencia del 06 de marzo de 2018 con ponencia del **Dr. Marco Tulio Borja Paradas**, Sala de la cual hace parte el actual ponente, rectificó posición para sumir que son titulares de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 las personas que **tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda,** requisito que es exigido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Entonces, la Sala Primera de Decisión, adopta la postura de la sentencia SU-049-2017 emanada de la Corte Constitucional, donde se sostuvo:

> *"2.3. Pues bien, observa la Sala que entre las interpretaciones de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, la de la primera asigna mayor amplitud al derecho de la estabilidad laboral reforzada, y por ende, es la más favorable al trabajador, de ahí que, por virtud de los principios pro homine e in dubio pro operario*

y favorabilidad laboral, esta Sala acogerá entonces la de la Corte Constitucional, por lo cual rectifica cualquier criterio anterior haya sido contrario al aquí acogido.

Recuérdese que, por virtud del principio pro homine «debe preferirse aquella interpretación que favorezca la más amplia protección posible de los derechos» (Vid. C-290-2017), el cual aparece consagrado en diversos instrumentos internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 30), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 5), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 5), Convención Americana (Art.29), Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 41), Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Art.4), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art. 23), entre otros.

Y, por fuerza del principio de favorabilidad laboral e in dubio pro operario, ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia SU310-2017 que:

"Los principios de favorabilidad laboral e in dubio pro operario son mandatos constitucionales reconocidos en el artículo 53 constitucional, conforme al cual, el juez laboral debe interpretar el estatuto del trabajo teniendo en cuenta la "(…) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho". En otras palabras, no importa cuál sea la fuente formal del derecho, pues en su aplicación e interpretación, siempre se ha de preferir la situación o el estado de cosas más favorable a los trabajadores. Ocurre así con la jurisprudencia o con la ley, por ejemplo, cuando hay varios enunciados normativos que regulan una misma situación jurídica (favorabilidad) o cuando respecto de un mismo texto legal existen distintas interpretaciones (in dubio pro operario); casos en los cuales le corresponde al operador jurídico aplicar el más favorable al trabajador. Tales mandatos constitucionales se reflejan en el ámbito legal, pues el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 21) los reconoce como principios generales aplicables a toda "norma vigente del trabajo".

Así las cosas, se dilucidará el caso concreto a la luz del criterio de la Corte Constitucional con el cual afirmó unificar la jurisprudencia

> *nacional, es decir, que son titulares de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda."*

En este orden, para activar la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 según el criterio de la Corte Constitucional que hoy se acoge deben concurrir los siguientes presupuestos:

(i) Que el peticionario sea una persona con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta;

(ii) que el empleador tenga conocimiento de la situación al momento de la terminación del vínculo laboral;

(iii) que el despido se efectúe sin autorización del Ministerio del Trabajo.

(iii) que se demuestre un nexo causal entre el despido y el estado de salud.

El primer presupuesto se cumple cuando la afectación de salud impide o dificulta **sustancialmente** el desempeño de las labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda **(Corte Constitucional, SU-049-17).**

El último presupuesto se presume, es decir, *que el trabajador no debe probar un nexo causal entre el despido y el estado de salud*. Pero el empleador le es dable desvirtuar dicha presunción acreditando la existencia de causal objetiva de terminación del vínculo laboral, aun en el evento de haberse efectuado la desvinculación sin la autorización del Ministerio del Trabajo.[1]

VI.II. Afectación de salud del actor que impedía o dificultaba su labor en condiciones regulares y conocimiento de la apelante

En aras de resolver el problema jurídico planteado, se realizará un análisis del material probatorio arrimado al plenario, y en primer lugar, se logra apreciar a través de la documental allegada por el demandante, este no se encontraba en buenas condiciones de salud al momento del despido, lo anterior se puede evidenciar a través de la historia clínica, la cual se hace constar a folio 27 del expediente, y en la misma se observa que para la data 19 de enero del año 2017, fecha en la cual se encontraba el actor prestando sus servicios para la demandada PROLECHE S.A., consultó ante la entidad PROMOSALUD IPS, por motivo de ESPONDILOARTROSIS CERVICAL, y se anota: "*Paciente con dolor cervical crónico de 4 años, que el paciente considera de origen profesional y está pendiente de ser valorado para confirmar dicho origen. El paciente tiene manejo y seguimiento por parte de neurocirugía, el cual venía adelantando en su EPS anterior y que por motivos de cambio forzado de EPS, ha perdido continuidad, el paciente desea retomar controles y manejo",* y como patológicos: "*Espondiloartrosis cervical", "Enfermedad de meniere" y "trastorno del sueño".*

Como tratamiento de la anterior consulta se remite a NEUROCIRUGÍA y a MEDICINA LABORAL y se recomienda: "*evitar cargar objetos sobre la cabeza, evitar dormir boca abajo, evitar hamacas, evitar dormir con más de una almohada, evitar leer o ver tv acostado (a) o recostar la cabeza sobre la cabecera de la cama, evitar jornadas laborales prolongadas frente a un computador portátil, usar un computador de escritorio. Evitar sentarse en sillas sin espalda o con espaldar bajos, evitar realizar tareas en las que tenga que girar o levantar la cabeza repetitivamente".*

Posteriormente, se realizó consulta por los mismos motivos, en fecha 24 de abril de 2017, donde se le diagnosticó *ESPONDILOSIS CON RADICULOPATIA*, y el 4 de junio de la misma anualidad, visita consulta psicológica donde se le diagnosticó *TRANSTORNO AFECTIVO BIPOLAR, EPISODIO MITO PRESENTE, ACTOS E IDEAS OBSESIVAS MIXTOS TRANSTORNOS DEL INICIO Y DEL MANTENIMIENTO DEL SUEÑO,* aunado a que de la historia clínica emitida por FUNDACIÓN LA MANO DE DIOS, da fe acerca de episodios de Trastorno Afectivo Bipolar.

En este orden de ideas, del interrogatorio de parte practicado al representante legal de la demandad PROLECHE S.A., señor MAURICIO JOHNSON MUÑOZ, se obtuvieron las siguientes declaraciones; **se le**

preguntó: "¿Desconoce usted que esas condiciones de salud, le ha pues, otorgado o generado una discapacidad al señor Manuel para realizar sus labores?" **Responde:** "Si, el señor ha presentado incapacidades médicas por su problema de bipolaridad y por su problema de hipoacusia (…) **Y se le interroga: "**Doctor, en concreto, era si usted reconocía, pues como empleador, que esas condiciones de salud, que se le han generado al Señor Manuel, lo incapacitan para realizar las actividades normales de su trabajo, las actividades de su rutina diaria laboral" **Responde: "**Si, él ha presentado incapacidades como lo manifesté". De lo anteriormente expuesto, se evidencia, es dable concluir, efectivamente tenía conocimiento la empleadora PROLECHE S.A. del estado de salud en la que se encontraba el hoy demandante.

En este punto, se advierte, para la Juez a-quo, los anteriores elementos probatorios, no resultaron suficientes para considerar al actor como titular de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, toda vez que a su parecer, al no lograrse obtener oficiosamente la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta Regional de Invalidez de Cartagena, o suministrarse una historia clínica actualizada que pudiera dar fe de los padecimientos del trabajador, a la luz de los precedentes de la H. Corte Suprema de Justicia, no se probó que existiera una pérdida de capacidad laboral, moderada, severa o profunda o que el empleador tuviera conocimiento de ello, por lo cual no habría lugar al beneficio de la estabilidad laboral reforzada, sin embargo, reiterándose el criterio de la H. Corte Constitucional acogido por esta Sala, suficientes se consideran para que el trabajador se hiciera acreedor de las garantías solicitadas.

Quedaría por establecer si los quebrantos de salud de que se duele el actor estaban vigentes hasta la fecha en que aconteció el despido y estos incidieron en su salida de la empresa o si por el contrario, como lo afirma la parte demandada, estos no fueron el móvil de su despido.

Como viene indicado para la Sala resulta claro que los padecimientos de salud del demandante si eran conocidos por su empleador, ahora bien, señálese entonces que la magnitud de la situación de salud, es de carácter sustancial, lo anterior teniendo en cuenta que para la fecha en que ocurrió el despido seguía padeciendo quebrantos de salud, es decir, **el 2 de agosto de 2017.**

En este orden de ideas, al estar probado el estado de debilidad manifiesta en que se encontraba el demandante y quien gozaba de una protección

especial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361, donde se consagra: *"Ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo";* es claro para la Sala, no son argumentos válidos los de la empresa accionada para zanjar su responsabilidad con respecto al despido del actor, ya que el mismo se realizó sin que mediara autorización alguna por parte de la autoridad competente, esto es, Ministerio del Trabajo.

En consecuencia, de lo expuesto, se procederá a revocar la sentencia apelada, concediendo las pretensiones del demandante, en sentido de dejar sin efecto el despido efectuado el dos (2) de agosto de 2017, y ordenar su eventual reintegro en las mismas condiciones al momento del despido, o en mejores.

VI.III. COSTAS

Las costas de la primera instancia, estarán a cargo de la parte demandada y a favor del demandante, esto teniendo en cuenta que salió avante el recurso de este último, siendo revocada en su totalidad la sentencia. (Art. 365, numeral 4). Por otro lado, en esta instancia no se condenará en costas por no existir intervención de las partes.

Como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijaran tales agencias a cargo del demandante y a favor de la demandada PROCESADORA DE LECHE – PROLECHE S.A, en 2 SMMLV en primera instancia y 1 SMMLV en esta segunda instancia que, según numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, montos que se encuentra dentro del rango establecido para los proceso declarativos en general; y, se acude a ese monto por la labor teniendo en cuenta la adecuada labor probatoria de la parte demandada, y la relativa celeridad con la que finaliza el presente asunto, además de no implicar alta complejidad.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, en el sentido de DECLARAR sin efecto la finalización unilateral del contrato de trabajo efectuada al señor MANUEL MESTRA SALCEDO, en fecha 2 de agosto de 2017, y como consecuencia de lo anterior ORDENAR el reintegro laboral permanente del trabajador a la empresa PROCESADORA DE LECHE S.A en mejores condiciones laborales, o iguales a las del momento del despido.

SEGUNDO: Costas según lo explicado en la motiva.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA

SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-001-2019-00172-01 Folio 197-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **VIRGINIA VELASQUEZ HERNANDEZ** contra **DIEGO LUIS ABUCHAR CALLE.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

El actor solicita se declare que entre él y el señor DIEGO ABUCHAR CALLE, existió un contrato de trabajo verbal, desde el 18 de enero de 2006 hasta el 27 de mayo de 2017, con jornada de 3 días a la semana. Asimismo, se declare que la relación laboral terminó por renuncia voluntaria del demandante.

Que se reconozca y se condene al demandado a pagar a favor del demandante la liquidación correspondiente, junto con el pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones por todo el tiempo real laborado.

Además, solicita el pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. Por último, que las sumas reconocidas sean indexadas, se haga uso de las facultades ultra y extra petita, y se condene costas y agencias en derecho a la demandada.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

La señora Virginia Velásquez Hermandades, fue contratada para trabajar 3 días a la semana para desarrollar labores de lavado y planchado los lunes, miércoles y viernes, en casa del señor Diego Abuchar Calle, en un horario de 7:00 am- 3:00 pm, impuesto por el empleador; devengando mensualmente un salario mínimo más auxilio de transporte.

Que desempeñó su labor entre el 18 de enero de 2006 y el 27 de mayo de 2016, por un total de 1530 días; terminando la relación laboral por renuncia voluntaria, sin que a la fecha se haya efectuado el pago de la liquidación, prestaciones sociales de ley y vacaciones en proporción al tiempo laborado.

I.III. Contestación de la demanda

Admitida la demanda, emplazado el demandado conforme a la ley, fue contestada la demanda por el curador Ad- litem nombrado. Frente a los hechos manifestó que no le constan, no propuso excepciones ni aportó o solicitó pruebas.

II. LA SENTENCIA APELADA

A través de providencia de fecha 10 de junio de 2021 el A-quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Declaró que entre la señora VIRINIA DEL CARMEN VELASQUEZ HERNANDEZ y el señor DIEGO LUIS ABUCHAR CALLE existió un contrato verbal de trabajo comprendido entre el 31 de enero de 2006 y el 1 de enero de 2016, por lo cual condenó al demandado a pagar las siguientes sumas de dinero:

- Cesantías: $ 936.941,37
- Intereses a las cesantías: $ 44.723.00
- Primas de Servicios: $ 936.941,37
- Vacaciones compensadas: $ 547.734,00

Argumentó el señor juez, que en el caso particular se aplica la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T. y, que el demandado no desvirtuó la prestación personal del servicio. Sobre el material probatorio netamente testimonial, manifiesta que las declaraciones de Ana Belis Montes y Rosalía Medina, solo dan cuenta de la prestación personal del servicio, pero no de los extremos temporales del mismo, ni aportan convencimiento de las verdaderas circunstancias de la relación.

En lo atinente al testimonio de la señora de Karlina Kerguelen (ex empleadora de la accionante), sostuvo el juez que la narración fue elocuente y demuestra conocimiento directo del trasegar en el tiempo desde 2006 hasta 2016. En la ciencia de su dicho indicó que la actora empezó a trabajar en su casa en 2006, mientras que también lo hacía donde el señor Diego Abuchar Calle, aduciendo que se retiró en 2016 de ambos trabajos por problemas de salud. Dichas fechas fueron la referencia para estipular la duración del vínculo debatido en el proceso.

A su vez, en relación a la sanción moratoria, se estableció que no todo reconocimiento de una relación de trabajo implica su aplicación automática. Por lo tanto, niega la pretensión, en razón a que debe mediar mala fe del empleador y ante la ausencia de elementos probatorios que demuestren el elemento de subordinación esta no se configura, de conformidad con la Sub-regla adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería. Por último, ordenó la indexación de las sumas reconocidas y condena en agencias en derecho a la demandada.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte demandante mostró su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia, pues a su parecer debió reconocerse la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales, estatuida en el artículo 65 del C.S.T.

Arguye que, para el reconocimiento de la sanción, el demandante no debe acreditar la mala fe, sino que del material probatorio se debe extraer la buena fe del empleador, lo que en el caso concreto no se demostró. Por el contrario, hubo un total desinterés en relación con el pago de las prerrogativas laborales y medio mala fe de manera procesal, toda vez que no compareció ni siquiera al proceso. Finalmente, sostiene que la procedencia de la sanción moratoria no debe estar sujeta a la subordinación, tal como desarrolló la providencia apelada y se ha mantenido en la jurisprudencia del Tribunal Superior de este Distrito.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A través del auto de fecha 29 de julio de 2021, se corrió traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión.

Parte demandante: En virtud del término otorgado, presenta alegatos en el siguiente sentido:

Considera que la sanción moratoria si es procedente, ya que el precedente adoptado tanto por este H. Tribunal como por el A quo, no está conforme con lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia que ha reiterado que, si bien la indemnización no opera de manera automática, es necesario revisar puntualmente cada caso y, particularmente, la actitud del empleador, puesto que, lo que deberá demostrarse es la mala fe para que sea procedente. En el caso que nos ocupa se acredita la mala fe por parte del empleador, pues al realizar un examen del comportamiento que asumió en su condición de deudor ante un incomparecencia y desinterés, de la totalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon la relación de trabajo, se evidencia que no existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta y lo ubiquen en el terreno de la buena fe.
Parte demandada: No presenta alegatos tal como se avista en la nota secretarial adiada del 12 de agosto del año en curso.

V. CONSIDERACIONES

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante

V.II. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación y alegatos de conclusión, corresponde a la Sala determinar: **(i)** Procede en el caso concreto el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T, en especial ante la no comparecía del demandando al proceso

V.III. La sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales.

La acusación a desatar en esta oportunidad, propone un error en cabeza del juez de conocimiento, quien, según el representante judicial recurrente, erró al momento de resolver sobre la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, al ignorar que el empleador no demostró la buena fe y ha hecho caso omiso al pago.

Acentuado lo anterior, en referencia a la sanción moratoria como bien lo ha mantenido la Corte Suprema de Justicia y el A-quo en el fallo apelado, opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, sin ser de aplicación automática; en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen. Al respecto, para que un Juez laboral ordene el pago de esta sanción siempre deberá evaluar, la buena o mala fe que el empleador haya tenido al incumplirla. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 2833/17, 2017).

Recuérdese que, este Tribunal ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los servicios, sin que exista prueba de que la parte demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada. Directriz que esta Corporación ha derivado de un análisis global a los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental

para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación.

La Sub-regla referenciada, fue encontrada razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019 y STL, 13 may. 2020, rad. 59396.** En efecto, la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia AL, 30 abr. 2013, rad. 457652, señaló:

> *"Todos esos elementos probatorios evidencian inequívocamente que la subordinación fue una constante en la relación entre las partes, por lo que no es de recibo la excusa del Instituto, de tener una creencia razonable sobre la naturaleza distinta a la laboral de los contratos que suscribió con el demandante, y en esa medida, su actuación no estuvo revestida de buena fe".*

Y, en fin, múltiples precedentes del mentado órgano de cierre siguen la misma orientación expuesta, de la cual este Tribunal ha derivado la sub-regla en comentario (Vid. **SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017 y SL6380-2015)**

Entonces, se destaca la subordinación como elemento central para proceder con el reconocimiento de la sanción moratoria. Valga recordar que los artículos 1º de la Ley 6ª y 2º del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, consagraron los elementos que se deben reunir para que exista contrato de trabajo, así: "a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y c) El salario como retribución del servicio[...]".

Sobre lo anotado, es menester ampliar la concepción de subordinación. En primer lugar, el C.S.T en el literal b del artículo 23, hace referencia a ella, como se transcribe a continuación:

> *"La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país;"*

Por su parte, la H. Corte Constitucional en sentencia C- 934-04 sobre el concepto de subordinación ha manifestado:

> *"La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida,*

> *según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.*

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, se observa que el fallo de primera instancia para reconocer el carácter laboral de la relación entre la señora VIRGINIA VELÁSQUEZ y el señor DIEGO ABUCHAR CALLE, recurrió a la presunción de contrato de trabajo contenida artículo 24 del CST, dando paso sin lugar a dudas a la aplicación de la Subregla descrita con anterioridad.

Esta Corporación valiéndose de los testimonios practicados, como únicos medios probatorios recaudados en el proceso, y en especial el de la señora Karlina Kerguelen, encuentra que, a pesar de ser creíble y verosímil, solo proporciona herramientas para determinar los extremos temporales de la relación en concreto. Sin embargo, no permite inferir ni extraer circunstancias como instrucciones impartidas por el empleador, control de horarios, manera de desarrollar las labores asignadas, cantidad y/o calidad de trabajo impartido, entre otras de las cuales emerge el elemento de subordinación.

Si bien es cierto, el accionado no aporta pruebas para exonerarse de la mala fe, la Sala respalda las consideraciones del juzgado de origen, toda vez que no debe obviarse la imposibilidad de verificar en el plenario la presencia de subordinación en la relación laboral reconocida, que diera lugar al reconocimiento de la sanción moratoria pretendida.

Por otro lado, la recurrente alega la mala fe a partir del "desinterés del demandado en acudir al proceso ordinario". En lo particular, valga aclarar que la figura del Curador Ad-litem se haya regulada en el artículo 29 del C.P.T y SS, resultando aplicable cuando: i) se ignora el domicilio del demandado ii) el demandado no es hallado iii) el demandado impide su notificación. En efecto, en el Sub examine ante la frustrada notificación personal y por aviso del auto admisorio de la demanda, el juez de primera instancia emplazó al accionado y mediante auto de noviembre 13 de 2019 resolvió nombrar a la Doctora RITA PATRICIA CARO DEREIX como Curador del señor Diego Abuchar Calle.

En consecuencia, resulta forzoso descartar que el señor Abuchar obró bajo la mala fe, solo por el hecho de no comparecer al proceso y ser representado por un Curador Ad- Litem, ya que ninguna norma así lo predica, ni esta circunstancia podría resultar adversa o desfavorable, pues lejos de ello, la figura se encuentra estatuida en pro de proteger los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Anudado a lo anterior, no es acertada la postura del apelante al afirmar que no concurrir al proceso da lugar a la imposición de la sanción moratoria, puesto que como ya se dijo, esta procede cuando además de la mala fe, se encuentra plenamente acreditada la presencia subordinación en la relación laboral, por fuera de la presunción normada en el precitado 24 del C.S.T.

Corolario de lo expuesto, se estima suficiente para no imponer la sanción en comento, por lo que se procede a confirmar la sentencia apelada.

V.IV. Costas

Dado que no hubo réplica a la alzada, por las partes, se estima que, no se causaron las costas en el trámite de esta segunda instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 10 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, por lo dicho en precedencia.

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

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA

SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-001-2019-00041-01 Folio 199-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de demandante, de la sentencia de fecha quince (15) de junio de dos mil veintiunos (2021), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido** por **CLEOVIS MANUEL RANGEL GUZMAN** contra la recurrente y beneficiaria de la consulta.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pide el demandante la reliquidación de la pensión que le fue reconocida por ISS, mediante Resolución N° 012366 del 19 de junio de 2009 con un monto pensional del 78% teniendo en cuenta los últimos 10 años, en consecuencia, se le reconozca y pague la reliquidación de acuerdo con el artículo 21 de la ley 100 de 1993, un IBL 2.172.618, y tasa de remplazo

del 87%, conforme 1.195 semanas cotizadas, de manera subsidiaria que las condenas en sumas de dinero sean indexadas al momento del pago, las condenas ultra y extra petita a que haya lugar y se condene en costas y agencias en derecho.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

Como sustento a causa petendi, en resumen, aduce que, el ISS hoy Colpensiones le reconoció pensión de vejez mediante Resolución 012366 del 19 de junio de 2009, por virtud del Acuerdo 049 de 1990, que tan solo tuvo en cuenta 1.083 semanas cotizadas al Sistema General de pensiones, las cuales son inferiores a las 1.195.29 que militan en la historia laboral.

Además, aduce que Colpensiones no reliquidó la pensión conforme a derecho, siendo que el demandante cotizó 1.195.29 semanas, pues dicha entidad reconoce un total de semanas cotizadas de 1.081 semanas.

I.III. Contestación de la demanda

I.III.I. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada Colpensiones contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; Frente a los hechos indicó ser ciertos unos o serlo otros. Propuso las excepciones de fondo que denominó: *inexistencia de la obligación reclamada, prescripción y pago.*

II. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta el A-quo negó a las pretensiones de la demanda, y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada, al estimar en síntesis que la norma aplicable al caso correspondía al artículo 18 del Acurdo 049 de 1990, en concordancia con lo dispuesto en Decreto 1748 de 1995 que modificó el Decreto 813 de 1994, trayendo como sustento jurisprudencial la sentencia SL15021-2015; lo cual le permitió llegar a la conclusión que, si

se tiene el interés de mejorar el monto pensional, puede, de manera concomitante el empleador y trabajador seguir cotizando al Sistema General de pensiones, nunca el empleado de manera independiente.

Y que, en cuanto a la subrogación pensional establecidas por las normas en mención, la obligación de cotizar es del empleador, si pretende subrogarse del pago de la pensión extralegal en este caso reconocida por ISS, lo que descarta los aportes por parte del trabajador que ya goza de una dispensa pensional.

Concluye el A-quo indicando que, de los dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049, infiere que solo cuando el trabajador y el empleador en conjunto realicen aportes al Sistema Pensional se tendrán como válidas dichas cotizaciones, contrario sensu, le es inaplicable, lo cual sin lugar a duda le permitió establecer que la pretensión elevada por el actor no tiene respaldo jurídico.

En cuanto a la pretensión subsidiaria indicó que, luego de efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, en razón de la semana cotizada hasta el 07 de mayo de 2007 y tasa de remplazo del 78%, concluyó que, tampoco es posible efectuar reliquidación habida cuenta que lo obtenido era inferior en comparación con lo que venía devengando.

III. ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes guardaron silencio respecto de la oportunidad para alegar en esta instancia.

IV. CONSIDERACIONES

IV.I. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo el grado jurisdiccional que se surte a su favor del demandante.

IV.II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez que fue reconocida al demandante por el ISS, a través de la Resolución 012366 del 19 de junio de 2009; y en caso afirmativo (**ii)** dilucidar si se establecieron correctamente el IBL, la tasa de reemplazo. **(iii)** si es procedente la condena en costas y agencias en derecho.

V.III. Hay lugar a reliquidar la pensión reconocida al actor por el ISS, a través de la Resolución 012366 del 19 de junio de 2009.

Aduce el actor que, cotizó 1.195,29 semanas, las cuales no fueron tenidas en cuenta por el Instituto de los Seguros Sociales –ISS – para liquidar la pensión reconocida mediante Resolución 012366 de calenda 19 de junio de 2009.

De lo expuesto, es pertinente indicar que, según se observa en la mentada resolución vista a folio 14, la pensión de vejez reconocida al actor tiene el carácter de compartibilidad, lo cual significa que, el empleador (Electricaribe S.A. ESP) cotizó al sistema hasta el cumplimiento de los requisitos mínimos para optar por la pensión de vejez, ello en atención de lo dispuesto en los artículos 5 del Decreto 813 de 1994, en concordancia con el canon 2 del Decreto 1160 de 1994 y 45 del Decreto 1748 de 1995,y el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, por lo que únicamente se debían tomar en cuenta para liquidar la referida prestación económica las cotizaciones efectuadas hasta el 07 de mayo de 2007, data en la cual el actor cumplió los 60 años de edad, tal como y determinó el ISS en la mentada resolución, y que al efectuar la referente operación aritmética por esta Sala, se obtiene un cúmulo de semanas de 1061.86, como se muestra en la tabla ilustrativa.

Semanas a tener en cuenta para la Tasa de Reemplazo	
Semanas Colpensiones	1195,29
Menos :Semanas Cotizadas con Otro Empleador	18,57

Menos: Semanas Cotizadas después de 07 de mayo de 2007	114,86
Total Semanas para liquidar la tasa de reemplazo	1061,86

Así entonces, como en la Resolución 012366 del 19 de junio de 2009, el ISS para liquidar la prerrogativa pensional del actor tomó las 1063 semanas efectivamente cotizadas a fecha 07 de mayo de 2007, se observa que resultan superior a la obtenida en esta instancia que lo fue de 1061,86 semanas, las cuales según se denota del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 corresponde a una tasa de remplazo del 78%, que fue el mismo porcentaje aplicada por el ISS.

Ahora bien, como el actor aduce que se deben tener en cuenta las semanas cotizadas posterior al 07 de mayo de 2007, las cuales equivalen a 114,86, según se observa en la tabla ilustrativa anterior, lo cierto es lo no es posible acceder a tal petición, en razón a que según lo dispuesto por el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1993, las semanas a tener en cuenta será hasta la última efectivamente cotizada al cumplimiento de los requisitos para obtener la dispensa pensional tal y como lo adujo Colpensiones en la pluricitada resolución de reconocimiento pensional.

IV.III. Liquidación del IBL

Teniendo en cuenta que el actor pide se reliquide la pensión con el promedio de los salarios y rentas devengados durante los últimos 10 años; el método indicado para la liquidación del IBL es la establecida por la honorable Corte en las sentencias, SL 1182-2018, SL3355-2021 que, efectuadas las operaciones aritméticas, se obtiene un IBL de $$1.816.019, según se ilustra en la siguiente tabla explicativa.

Período	Ingreso Base de Cotización	Días	Índice Inicial Dic	Índice Final Dic 2006	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio

jun-83	25.530	18	1,14	61,33	1.373.469	6.867
jul-83	25.530	30	1,14	61,33	1.373.469	11.446
ago-83	25.530	30	1,14	61,33	1.373.469	11.446
sep-83	25.530	30	1,14	61,33	1.373.469	11.446
oct-83	25.530	6	1,14	61,33	1.373.469	2.289
ago-97	200.000	30	26,52	61,33	462.519	3.854
sep-97	175.296	30	26,52	61,33	405.389	3.378
oct-97	568.609	30	26,52	61,33	1.314.962	10.958
nov-97	526.314	30	26,52	61,33	1.217.151	10.143
dic-97	364.192	30	26,52	61,33	842.228	7.019
ene-98	364.192	30	31,21	61,33	715.665	5.964
feb-98	364.192	30	31,21	61,33	715.665	5.964
mar-98	375.658	30	31,21	61,33	738.196	6.152
abr-98	585.310	30	31,21	61,33	1.150.178	9.585
may-98	621.068	30	31,21	61,33	1.220.445	10.170
jun-98	509.765	30	31,21	61,33	1.001.727	8.348
jul-98	560.056	30	31,21	61,33	1.100.552	9.171
ago-98	560.056	30	31,21	61,33	1.100.552	9.171
sep-98	508.170	30	31,21	61,33	998.592	8.322
oct-98	421.428	30	31,21	61,33	828.138	6.901

nov-98	1.020.931	30	31,21	61,33	2.006.206	16.718
dic-98	291.514	30	31,21	61,33	572.847	4.774
ene-99	771.703	30	36,42	61,33	1.299.521	10.829
feb-99	1.590.822	30	36,42	61,33	2.678.888	22.324
mar-99	1.173.965	30	36,42	61,33	1.976.916	16.474
abr-99	1.173.965	30	36,42	61,33	1.976.916	16.474
may-99	1.173.965	30	36,42	61,33	1.976.916	16.474
jun-99	1.173.965	30	36,42	61,33	1.976.916	16.474
jul-99	1.173.965	30	36,42	61,33	1.976.916	16.474
ago-99	1.173.965	30	36,42	61,33	1.976.916	16.474
sep-99	1.173.965	30	36,42	61,33	1.976.916	16.474
oct-99	1.173.965	30	36,42	61,33	1.976.916	16.474
nov-99	1.592.383	30	36,42	61,33	2.681.517	22.346
dic-99	1.173.965	30	36,42	61,33	1.976.916	16.474
feb-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471

mar-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
abr-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
may-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
jun-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
jul-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
ago-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
sep-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
oct-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
nov-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
dic-00	1.282.322	30	39,79	61,33	1.976.497	16.471
ene-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
feb-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
mar-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
abr-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471

may-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
jun-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
jul-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
ago-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
sep-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
oct-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
nov-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
dic-01	1.394.525	30	43,27	61,33	1.976.571	16.471
ene-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
feb-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
mar-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
abr-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
may-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
jun-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471

jul-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
ago-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
sep-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
oct-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
nov-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
dic-02	1.501.206	30	46,58	61,33	1.976.577	16.471
ene-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
feb-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
mar-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
abr-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
may-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
jun-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
jul-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
ago-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473

sep-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
oct-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
nov-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
dic-03	1.606.140	30	49,83	61,33	1.976.812	16.473
ene-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
feb-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
mar-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
abr-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
may-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
jun-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
jul-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
ago-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
sep-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
oct-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472

nov-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
dic-04	1.710.378	30	53,07	61,33	1.976.587	16.472
ene-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
feb-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
mar-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
abr-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
may-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
jun-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
jul-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
ago-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
sep-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
oct-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
nov-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471
dic-05	1.804.449	30	55,99	61,33	1.976.547	16.471

ene-06	1.891.965	30	58,70	61,33	1.976.733	16.473
feb-06	1.891.965	30	58,70	61,33	1.976.733	16.473
mar-06	1.891.965	30	58,70	61,33	1.976.733	16.473
abr-06	1.891.965	30	58,70	61,33	1.976.733	16.473
may-06	1.891.965	30	58,70	61,33	1.976.733	16.473
jun-06	1.891.965	30	58,70	61,33	1.976.733	16.473
jul-06	1.892.000	30	58,70	61,33	1.976.769	16.473
ago-06	1.856.000	30	58,70	61,33	1.939.156	16.160
sep-06	1.856.000	30	58,70	61,33	1.939.156	16.160
oct-06	1.856.000	30	58,70	61,33	1.939.156	16.160
nov-06	1.856.000	30	58,70	61,33	1.939.156	16.160
dic-06	1.856.000	30	58,70	61,33	1.939.156	16.160
ene-07	1.902.000	30	61,33	61,33	1.902.000	15.850
feb-07	1.902.000	30	61,33	61,33	1.902.000	15.850

mar-07	1.902.000	30	61,33	61,33	1.902.000	15.850
abr-07	1.902.000	30	61,33	61,33	1.902.000	15.850
may-07	1.902.000	6	61,33	61,33	1.902.000	3.170
		3600	I.B.L.			$1.816.019

De la tabla se observa que, el IBL es calculado con la inclusión de los últimos 10 años efectivamente cotizados anterior al 07 de mayo de 2007, haciendo la salvedad que, no se toman las cotizaciones del 07 de mayo de 2007 hasta el 30 de julio de 2009, habida cuenta que, la pensión deprecada fue reconocida por el ISS, y las misma tiene el carácter de compartibilidad como se explicó en el punto 4.5.

IV.IV. La tasa de remplazo

Aplicando el IBL que corresponde a $1.816.019 por el 78% de la tasa a de remplazo, se obtiene que el monto de la mesada pensional para el 07 de mayo de 2007 correspondía a la suma de $1.416.495.

IBL	$ 1.816.019
TASA DE REMPLAZO	78%
VALOR MESADA AÑO 2007	$ 1.416.495

De lo anterior se observa que, el valor de la mesada pensional obtenida en esta instancia es superior a la reconocida por el ISS en la Resolución 012366 del 19 de junio de 2009. Sin embargo, al efectuarse la operación aritmética del valor de la mesada pensional extralegal de jubilación da cuenta a esta Corporación que, la mesada pensional de jubilación que recibe el demandante al año 2007 asciende a la suma de $ 1.976.726, como se ilustra en la siguiente tabla.

Período	VR. Mesada de Jubilación	I.P.C.
Año 1999	1.173.965	9,23
Año 2000	1.282.322	8,75
Año 2001	1.394.525	7,65
Año 2002	1.501.206	6,99
Año 2003	1.606.141	6,49
Año 2004	1.710.379	5,50
Año 2005	1.804.450	4,85
Año 2006	1.891.966	4,48
Año 2007	1.976.726	5,69

Siendo, así las cosas, no habría razón de ser para que el demandante solicite la reliquidación de la pensión bajo los postulados de la Ley 100 de 1993, cuando, la liquidación de la pensión extralegal de jubilación que actualmente disfruta le es más favorable.

V. Costas

Dado que no hubo réplica, se estima que no se causaron costas en el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°), por ende, no se impondrá condena por este concepto.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada de origen fecha y contenido, por lo dicho en procedencia.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA

SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente N° 23-001-31-05-005-2019-00397-01 Folio 202-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **RUBY MARGOTH DIAZ MONTIEL** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I.ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la parte actora, se condene a PROTECCIÓN S.A. actualizar y capitalizar el valor de su bono pensional hasta el 25 de agosto de 2018, como consecuencia de lo anterior, se condene a PROTECCIÓN S.A. liquidar su bono pensional actualizado y capitalizado desde el 25 de agosto de 2018 hasta el 6 de junio de 2019 (fecha de pago), se condene a la demandada a reconocer y pagar la diferencia existente entre el valor que ha debido cancelarse y el que fue cancelado, así como al pago de los

intereses desde el 6 de junio de 2019 hasta la fecha que se pague, costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica la parte actora, el 10 de agosto de 2016 radicó derecho de petición en interés particular a nombre propio, dirigido al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección en la sucursal de la ciudad de Montería; cuyas pretensiones fueron proteger los derechos fundamentales de petición, debido proceso e igualdad y realizar el cobro y recuperación tanto de su bono pensional como de los aportes a los cuales considera que por Ley tiene derecho, por cumplir con los requisitos para ello.

- Arguye que al momento de recibir su petición le informaron que sería respondida en los próximos cuatro meses.

- Explica, el 23 de diciembre de 2016, se acercó a la oficina de Protección S.A. de Montería, a diligenciar un formato de historia laboral, la cual firmó y le hicieron entrega de una copia de historia laboral del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – oficina de Bonos Pensionales – liquidación, la cual suscribió como señal de estar de acuerdo con los tiempos de servicios y el salario base de liquidación para recuperar su bono pensional.

- Indica además, en el formato laboral que firmó del Ministerio de Hacienda y Crédito Público hay un subtítulo que dice "LIQUIDACIÓN BONO", y una casilla donde dice "fecha de siniestro" apareciendo la casilla de al lado en blanco.

- Advierte que el día 8 de mayo de 2018, nuevamente se acercó a la entidad pública, la cual le efectuó una liquidación que arrojó como

resultado lo siguiente: Municipio de Chinú: $42.389.000, Gobernación de Córdoba: $42.348.000 y Municipio de Montería: $34.782.000, para un total de $119.519.000.

- Comenta que el 24 de mayo de 2018, se acercó nuevamente a la oficina de Protección S.A. de Montería, donde nuevamente firmó un formulario dirigido a Protección S.A.- Departamento de bonos pensionales, como afiliado a autorizar la emisión del bono.

- Dice, el 6 de julio del año 2016, se acercó nuevamente a la entidad pública, averiguando que entidades habían proferido resoluciones reconociendo cuotas partes del bono pensiones, encontrándose con la sorpresa que su historia laboral tenia algunas modificaciones en lo siguiente "En la casilla fecha de siniestro que estaba en blanco la llenaron" con las fechas 13 de septiembre de 2004, y la casilla "causal de redención que estaba en blanco la llenaron con devolución de saldo".

- Manifiesta que el 13 de agosto de 2018, se acercó nuevamente a la entidad pública, la cual le hizo la liquidación arrojando los siguientes resultados: Gobernación de Córdoba: $24.867.000, Municipio de Chinú: $24.891.000 y Municipio de Montería: $20.424.000, para un total de $70.182.000.

- Alude también, se acercó nuevamente el día 14 de agosto de 2018 a la oficina de Protección S.A., comunicándole a la asesora que le corrigieran su historia laboral, ya que estaban desmejorando su liquidación.

- Anota, en fecha 17 de agosto de 2018, presentó derecho de petición dirigido a Protección S.A., solicitando la corrección de su historia laboral, ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público lo más pronto posible, ya que la fecha de redención normal es el 25 de agosto de 2018, fecha en que se estaba acercando el pago, ya que para esa fecha se encontraba programado.

- Y cuenta, con fecha 19 de febrero de 2019, se acercó nuevamente a Protección S.A. para averiguar que entidades habían proferido resoluciones reconociendo cuotas partes del bono pensional y para la data, todavía su historia laboral no había sido corregida de las modificaciones que le habían hecho.

- Esboza, se encuentra inconforme con la respuesta que profirió PROTECCIÓN S.A., en base a la respuesta y modificación de su historia laboral, siendo su bono pensional de tipo A, Modalidad 2, Versión 1, y su primera vinculación laboral se dio antes del 1 de junio de 1992.

- Dice, no está conforme con la liquidación y el pago efectuado por Protección S.A., debido a que el pago fue efectuado el día 11 de junio de 2019, es decir, no es un pago anticipado, porque para serlo debieron cancelarlo antes del 25 de agosto de 2018, fecha de redención normal, por lo que debe considerarse tardío en 9 meses y 16 días.

- Añade, la demandada modificó su historia laboral y capitalizó el valor de su bono pensional hasta el 13 de septiembre de 2004 y no hizo la liquidación y pago conforme lo establece el Decreto 3798 del 23 de diciembre de 2003, en sus artículos 15 y 16.

- Hace saber la demandante, Protección S.A. le giró el cheque N° 040295, de fecha 11 de junio de 2019, por un valor de $72.737.771.

- Finalmente dice, la Alcaldía del Municipio de Chinú expidió las Resoluciones N° 035 y 036 de 24 de enero de 2019 "Por medio del cual hace un reconocimiento de un bono pensional tipo A, a la señora RUBY MARGOTH DÍAZ MONTIEL", y la 036 "Por medio de la cual se reconoce una cuenta por concepto de pago de cuotas partes de bono pensional a un exfuncionario de la Alcaldía Municipal por valor de $44.118.000, consignados a la cuenta corriente de

BANCOLOMBIA N° 599-089004-03 a nombre de la entidad demanda.

II. Contestación de la demanda

II.I. Municipio de Montería (Litisconsorcio necesario)

El vinculado Municipio de Montería, dio respuesta a la demanda impetrada, actuando a través de apoderado judicial, manifestando respecto a los hechos de la demanda, no constarle los mismos, a excepción del decimoctavo, al que aduce, "es cierto lo relacionado al municipio de Montería, corriendo que la suma es de $20.627.000, como se evidencia en la resolución anexa a la contestación, del resto no me consta".

En lo que respecta a las pretensiones solicitadas, se opone a la totalidad de las mismas, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Formula las excepciones de "No configuración del litisconsorcio necesario con respecto al Municipio de Montería", "Inexigibilidad de la obligación demandada", "Prescripción" y la "Genérica o innominada".

II.II. Protección S.A.

La demandada emitió contestación a través de apoderado judicial, en primer lugar, se pronunció respecto a los hechos de la demanda argumentando ser cierto que la demandante presentó derecho de petición en fechas 10 de agosto de 2016 y 17 de agosto de 2018, así como también que a este último se le dio respuesta aduciendo no existir errores en la liquidación del bono pensional, siendo certero además la realización del trámite correspondiente por parte de la actora.

En lo correspondiente a las pretensiones realizadas, se opone en su totalidad, aludiendo que la devolución de saldos se realizó conforme a los dineros abonados en la cuenta individual, debidamente liquidados,

formulando las excepciones de fondo de "No existe valor por pagar por parte de Protección S.A.", "Imposibilidad de reconocimiento de intereses por no haberse causado", "Prescripción", "Compensación" y "Innominada o genérica".

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 17 de junio de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería decidió: ABSOLVER a Protección S.A y a los vinculados como litisconsorcio necesario Municipio de Chinú, Municipio de Montería y Departamento de Córdoba de todas y cada una de las pretensiones elevadas en la demanda ordinaria laboral presentada por la señora Ruby Margoth Diaz Montiel y Declarar probada excepción presentada por Protección S.A Denominada "No existe valor por pagar por parte de Protección S.A", condenando en costas a la parte demandante.

Pudo determinar la a-quo, la demandante señora Ruby Díaz, solicitó la devolución de saldos en el año 2016 e inició trámites para recuperar los bonos pensionales, ante la entidad Protección S.A. el 10 de agosto de 2016, dándosele a conocer el 23 de diciembre de 2016 acerca de su bono pensional, que posteriormente el 24 de mayo de 2018, autorizó la emisión de un bono pensional, y el 25 de mayo se le dieron a conocer los tiempos laborados que se tendrían en cuenta, por tanto se entiende, esta autorizó la devolución del mencionado bono, en fecha anterior a la fecha de redención normal, la cual sería cuando cumpliera la edad de 60 años, tal como lo estipula la normatividad.

Y concluye, de acuerdo con lo *anterior* resulta lógico que las entidades emisoras, hayan entendido que se produjo la redención del bono de manera anticipada.

IV. RECURSO DE APELACION

IV.I. PARTE DEMANDANTE

La demandante actuando en causa propia, presentó recurso de apelación al no estar conforme con los argumentos esbozados por el a quo, manifestando que no fue notificada el 28 de mayo de 2018 como lo afirma la demandada, siendo que además le fue brindada una asesoría en la cual confío y resulta contraria a las actuaciones surtidas.

Y dice, *el art. 66 de la Ley 93*, se compone de dos partes, y una es la devolución de saldos a los 57 años si es mujer y a los 62 años si es hombre, pudiendo recibir un capital que está acumulado en la cuenta de ahorros individual del afiliado, que puede retirar por no cumplir con la expectativa de alcanzar a financiar su pensión, y la otra parte el bono pensional que según le dijo protección, debía ir tramitando para cuando llegara la redención normal, siendo el pago a sus 60 años, que serían para la fecha 25 de agosto de 2018, no debiendo habérselo pagado antes según su criterio.
Finalmente aduce, su redención fue normal, por lo que no entiende porque no le pagaron con normalidad, sino en el año 2019, es decir, once meses después.

V.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES:

VI.I. Presupuestos procesales.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, para ello, iniciase el estudio de la Litis, afirmando que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez) se encuentran reunidos en el presente caso.

VI.II. Problema jurídico.

El núcleo central de la Litis se ciñe en determinar si el derecho de la actora señora RUBY MARGOTH DÍAZ MONTIEL, se trata de la redención de un bono anticipado o normal.

VI.III. Solución al problema jurídico

Es menester señalar que, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la tesitura que deviene de no alcanzar la pensión por no constitución del capital pensional, es la devolución por parte de la administradora, del saldo acumulado en la cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional si a éste hubiere lugar.

En cuanto al concepto de bono pensional, tenemos que conforme lo preceptúa el artículo 115 de la ley 100 de 1993 lo constituyen los aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones; amén la jurisprudencia establece que también los bonos pensionales hacen parte de la devolución de saldos al señalar que el bono pensional y la devolución de saldos no son excluyentes, y el primero no está contemplado únicamente para financiar la pensión de vejez (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 41001, jul. 17/13, M. P. Rigoberto Echeverri)

Tenemos que existen cinco clases de bonos pensionales tipo A, tipo B, tipo C, tipo E y tipo T, pero el sub judice se centra en el bono Tipo A, por ser sobre el cual recae el punto álgido del asunto, toda vez que tienen derecho a bonos pensionales tipo A quienes estén cotizando o hubieren efectuado cotizaciones al ISS o a las Cajas o Fondos de Previsión del Sector Público y al momento del traslado tengan en total más de 150 semanas de cotización, situación en la que encuadra la señora Ruby Margoth Díaz Montiel.

Ahora, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 denota palmariamente que *"quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de*

ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros ***y el valor del bono pensional****, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho."*

De otra parte, los artículos 113, 118, 119 y 121 de la Ley 100 de 1993, regulan la naturaleza, clases y formas de emisión de los bonos pensionales. Igualmente lo hace el Decreto 1299 de 1994, norma que en el artículo 11 prevé que *"el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.-* ***cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.****"*

Atendiendo a lo antes expuesto se tiene que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

En el Sub examine, conforme a la argumentación de la recurrente, en justamente el valor del bono pensional Tipo A que le fue pagado a la accionante, muestra disgusto la misma, primero arguyendo que nunca fue notificada el 28 de mayo de 2018 como afirma la parte accionada, y segundo, que jamás aceptó una liquidación de los bonos pensionales, aduciendo que la asesoría que le brindaron en la oficina de la accionada Protección, no está acorde con lo que ahora afirman, ya que le dijeron, podía irlo tramitando para cuando llegara la redención normal a sus 60 años, mostrando descontento además, al argumentar que el art 66 de la Ley 93, se compone de dos partes, y una es que esa devolución de saldos puede ser a los 57 años si es mujer y 62 si es hombre, pudiendo recibir ese capital, por ser un dinero que está acumulado en la cuenta de ahorros individual del afiliado.

Del descontento planteado por la actora acerca de no haber sido notificada, se verifica en el expediente digital, que efectivamente se le informó acerca de la liquidación del bono solicitado, dándole a conocer los tiempos laborados que se tendrían en cuenta, y observándose en dicho documento su firma, considerándose entonces que en fecha 24 de mayo

de 2018, la señora Ruby Díaz autorizó la emisión de su bono pensional *(Expediente digital, "Archivo Fotos- otros_00000147"),* por lo que lógico resulta que las entidades emisoras hayan entendido que se produjo la necesidad del mencionado B. Anticipado.

Atendiendo lo anterior es de señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1142-2021 M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez reseñó:

> "*En este punto, respecto a la posibilidad de acceder a la devolución de saldos, es preciso hacer una diferenciación, que es de gran trascendencia, sobre la situación de los hombres y de las mujeres, toda vez que no pueden ser considerados de la misma forma.*
>
> *En efecto, nótese que en tratándose de los hombres la edad para acceder a la devolución de saldos, como se explicará más adelante, coincide generalmente con la data de la redención normal del bono -62 años-, de modo que si un hombre arriba a tal edad, no ajustó 1150 semanas de cotización, no reunió el capital suficiente para financiar la pensión de vejez en los términos establecidos en la regulación del régimen de ahorro individual y acude a la figura prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, inexorablemente deberá acceder a ello, pues en dicho evento (i) se cumplieron con los plazos y las condiciones definidos en la legislación para concretar el derecho pensional sin que ello acontezca, y (ii) para redimir normalmente el bono.*
>
> *Por el contrario, cuando se trata de una mujer, como también se explicará más adelante, la edad para acceder a la solicitud de devolución de saldos -57 años- nunca coincide con la de redención normal del bono -60 años en este caso-, de modo que en tales casos debe analizarse detalladamente si es posible la redención anticipada de dicho bono a la edad de 57 años porque a ello podrá accederse solo si se acredita que para la fecha de redención normal del bono tampoco se reuniría el capital suficiente para financiar la prestación de vejez, pues, de comprobarse lo contrario, debe privilegiarse el otorgamiento de la prestación principal periódica -pensión de vejez- sobre la secundaria o subsidiaria -devolución de saldos.*

Téngase en cuenta que la proyección de la rentabilidad del bono no es una operación complicada de hacer dado que ello se efectúa con una variable proyectada -índice de precios al consumidor- y otra cierta o conocida -interés del bono del 3% o 4%-, dependiendo de si la afiliación al régimen de ahorro individual se produjo antes o después del 1.º de enero de 1999, conforme lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994.

Ahora, es necesario tener presente que el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 no incorpora la facultad de negar la devolución de saldos en el caso de las mujeres bajo el argumento que la afiliada tenga la posibilidad real de alcanzar el derecho pensional al llegar a la edad de 60 años, que se reitera, para el caso y como se explicará adelante, es la fecha de redención normal del bono.

Asimismo, que la jurisprudencia ha considerado que la autonomía de elección de la decisión de la persona afiliada de acceder a la devolución de saldos desarrolla garantías fundamentales inherentes a todo ser humano, como la libertad y la dignidad humana (CC C-375-2004).”

Y ulterior compendia la Corte:

“*Conforme lo anterior, la redención normal del bono pensional tipo A se produce cuando ocurre alguna de estas circunstancias: (i) la persona afiliada cumple 62 años si es hombre, o 60 años si es mujer -fecha de referencia o redención normal establecida en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo previsto en los artículos 11, numeral 1) del Decreto 1299 de 1994 y 20, literal a) del Decreto 1748 de 1995-; (ii) completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono -artículo 20, literal c) del Decreto 1748 de 1995- o, (iii) cuando alcance la edad en la que haya trascurrido el tiempo de 500 semanas en los casos de las personas excluidas de dicho régimen en virtud del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, salvo que se manifieste la imposibilidad de cumplir tal exigencia -artículo 20, literal b) del Decreto 1748 de 1995 y CSJ SL4313-2019-; y (iv) por solicitud de la administradora de pensiones privada, una vez esta ha obtenido*

autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión y dicho bono ha sido efectivamente negociado en el mercado secundario de valores -artículo 12 del Decreto 1299 de 1994, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el 5.º del Decreto 1474 de 1998, CSJ SL4305-2018 y CSJ SL196-2019-.

Por otra parte, la redención anticipada ocurre cuando (i) la persona afiliada fallece, (ii) es declarada en situación de invalidez, o (iii) no cumple con el requisito de semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión de vejez, y el bono pensional, si hay lugar a él, no ha sido negociado -artículos 11, numerales 2 y 3 del Decreto 1299 de 1994, y 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el 5.º del Decreto 1474 de 1998."

Entonces, la redención normal del bono en este caso de la accionante es a los 60 años siendo viable la redención anticipada del mismo al momento de presentar su solicitud el 10 de agosto de 2016 porque a la fecha normal de redención, no hay dubitación en que no reuniría el capital suficiente para financiar la prestación de vejez como para haber cuestionado ese pretender de la redención anticipada, luego, no se ve por eso en que acorde a esa voluntad al momento de efectuar la solicitud la accionante haya habido un actuar insidioso por parte de la accionada al darle trámite al mismo en lo que corresponde a las etapas de liquidación, emisión y expedición del bono tipo A las cuales son: *(i)* conformación de la historia laboral del afiliado; *(ii)* solicitud y realización de la liquidación provisional; *(iii)* aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; *(iv)* emisión; *(v)* expedición; *(vi)* redención y *(vii)* pago del bono pensional. (Sentencia SL926-2021 M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez) en cuanto no cumplía con el requisito para la redención normal y sí a la anticipada, por lo que no se demuestra la negligencia de la accionada para adelantar la solicitud de emisión del bono pensional a favor de la actora cuando no ocurrió ninguna complicación del trámite.

Y es de aclarar, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 15 del Decreto 3798 de 2003, cuando se trata de la redención anticipada de bonos pensionales, el proceso de actualización y capitalización del mismo, está sujeto a la fecha de ocurrencia del siniestro, que para el caso de la devolución de saldos, es la fecha en que se efectuó la última cotización al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS.

Observándose, la data de última cotización reportada por la AFP PROTECCIÓN S.A., al momento de elevar la solicitud de emisión y redención anticipada de la demandante, fue el día 13 de septiembre de 2004, fecha que efectivamente fue tomada por la demandada para el pago de la actora, razón por la cual se considera en derecho su actuar.

Y es que la regulación en torno a los requisitos y valor del bono según sea redimido en forma anticipada o normal viene determinado por ley. No entendiéndose que ante la falta de documentos suscrito por la accionante donde se le haya explicitado ello por parte de la administradora de pensiones constituya un engaño o ser inducida en error por parte de la accionada, porque no se puede argumentar el desconocimiento total en torno a la fecha de redención del bono, siendo que la fecha de redención normal estimada sería el día el 25/08/2018 (cuando tuviese la edad de 60 años). De manera que bien no se puede pretender que se reconozca por concepto de redención anticipada de bono pensional, el valor equivalente al que le correspondería si dicho beneficio fuese redimido a la fecha en que se hubiese causado la redención normal del mismo.

Siendo que con lo anterior basta para confirmar la sentencia de primera instancia.

No se impondrá costas en esta instancia por no prosperar el recurso, además no existir replica al recurso de apelación (art. 365 C.G.P)

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 17 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso Ordinario Laboral.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

TERCERO: Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado