



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

Sala Quinta Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 445-21
Radicación n.º 23 001 31 05 002 2019 00178 01
(Discutido y aprobado de forma virtual)

Montería once (11) de julio de dos mil veintidós (2022)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería-Córdoba, integrada por los magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha julio 27 de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 002 2019 00178 01 Folio 445 – 21**, promovido por **ROBERTO TRIANA**, a través de apoderado judicial, contra la **E.S.E. VIDA SINÚ y OTROS**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. A través de apoderado judicial, el señor **ROBERTO TRIANA** presentó demanda ordinaria laboral contra la **ESE VIDA SINÚ**,

EFFECTIVA EST SAS y T-EMPLEAMOS SAS, solicitando que se declare que entre T-EMPLEAMOS SAS, y el demandante existió una relación laboral entre el día 14 de mayo de 2012 al 01 de abril de 2015. De igual forma, solicita se declare que, entre EFFECTIVA EST SAS y el actor existió una relación laboral desde el día 02 de abril de 2015 hasta el 31 de enero de 2019.

En ese sentido, el actor solicita declarar que entre T-EMPLEAMOS SAS y EFFECTIVA EST SAS, se configuró una sustitución de empleadores el día 01 de abril de 2015. Como consecuencia de ello, solicita se declare que entre él y las empresas T-EMPLEAMOS SAS y EFFECTIVA EST existió un solo vínculo laboral, que inició el día 14 de mayo de 2012 y se extendió hasta el día 31 de enero de 2019, bajo un mismo objeto contractual. Adicionalmente, se reconozca a la ESE VIDA SINÚ como la beneficiaria permanente del trabajo durante dicho período, solidariamente responsable junto con las empresas T-EMPLEAMOS SAS y EFFECTIVA E.S.T. del pago del valor de los salarios y prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador.

Por lo anterior, solicita el accionante se condene a las demandadas, al pago de las sumas por concepto de salarios adeudados, prestaciones sociales no pagadas durante el nexo laboral, indemnización por despido injusto, sanción por no consignar las cesantías y sanción moratoria.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Señala que T-EMPLEAMOS SAS es una empresa de servicios temporales (EST) que cuenta con varias empresas usuarias, entre esas la ESE VIDA SINÚ, con la cual se pactó la prestación de mano de obra en el área de servicios generales, aseo, mantenimiento, transporte de

pacientes, celaduría y mensajería, actividades que, naturalmente, debían ejecutarse en la sede de la ESE.

- Relata que, el día 14 de mayo de 2012, suscribió contrato por obra o labor con T-EMPLEAMOS LTDA, hoy T-EMPLEAMOS SAS, la cual lo envió en misión a la ESE VIDA SINÚ, para cumplir la función de conductor de las ambulancias de la ESE en un horario de ocho (8) horas diarias, con un salario mensual de \$1.135.000,00 el cual no incluía horas extras, ni el trabajo desarrollado en días de descanso obligatorio.

- Afirma que, a pesar de haberse pactado un horario de ocho (8) horas diarias, la ESE impuso al trabajador un horario de tres (3) días continuos de 6:00AM a 6:00PM, tres (3) días continuos de 6:00PM a 6:00AM y tres (3) días continuos de descanso, es decir, una jornada laboral de doce (12) horas. Asimismo, señaló los días festivos trabajados durante la relación laboral.

- Narra que, el día 01 de abril de 2015, T-EMPLEAMOS lo llamó para firmar un nuevo contrato y, al llegar a sus instalaciones, se entera que el nuevo contrato era con una nueva entidad, EFECTIVA EST SAS; tal documento tenía el mismo tenor literal que el ejecutado con T-EMPLEAMOS. No se le notificó tal sustitución, pese a lo anterior, siguió prestando sus servicios en la ESE con las mismas funciones y horario.

- Aduce que, el día 01 de febrero de 2017, la ESE VIDA SINÚ le asignó la conducción de una vieja camioneta marca NISSAN, propiedad de la Alcaldía Municipal de Montería (sic.), la cual era usada para trasladar al personal técnico de la ESE al lugar de trabajo. Dicho vehículo fue conducido por el accionante hasta el final de la relación laboral.

- Expresa que, el día 31 de enero de 2019, EFECTIVA EST SAS terminó unilateralmente el contrato de trabajo, argumentando que el cargo se

suprimiría debido a los daños que la camioneta antedicha había sufrido. Agrega que la materia de trabajo, consistente en la conducción de ambulancias de la ESE VIDA SINÚ no dejó de existir luego del despido.

- Manifiesta que el vínculo laboral en mención, fue alimentado por nueve contratos, cuyas variaciones de salarios fueron mencionadas en la demanda, no obstante, asegura el actor que el horario y el servicio que debía prestar a la ESE siempre fue el mismo.

- Señala que le consignaron los aportes a pensión y prestaciones, ambos liquidados con base al salario estipulado en el contrato laboral vigente para la fecha del cálculo, el cual no incluía el valor del trabajo prestado durante horas extras, ni días de descanso obligatorio, ni el día en que se dio por finalizada la relación laboral, además, el contrato no fue liquidado por parte de EFECTIVA EST SAS.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, las entidades accionadas contestaron; la apoderada de la E.S.E. VIDA SINÚ, manifestó en resumidas cuentas que, una vez revisado los archivos de la entidad, se verificó que el demandante no perteneció a la planta de personal de la entidad, y mucho menos se encontró acto administrativo de nombramiento, acta de posesión, ni evidencia alguna de su vinculación con su representada que demuestre que haya sido mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios; propuso las excepciones de *“inexistencia del principio de solidaridad”*, *“prescripción parcial de la acción”* y *“buena fe”*. De la misma manera, llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones, tanto de la demanda como la del llamamiento en garantía, indicando no constarle los hechos de la demanda y proponiendo las excepciones de *“Inexistencia de la relación laboral entre el actor y la ESE VIDA SINÚ”*, *“Inexistencia de sustitución de empleadores”*, *“Prescripción”*, *“Imposibilidad jurídica y legal para*

afectar la póliza de seguro por ausencia de cobertura y exclusión expresamente pactada”.

Por su parte, la apoderada de T-EMPLEAMOS S.A.S., se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que, de las afirmaciones realizadas por el actor en los hechos de la demanda, se desprende que el supuesto vínculo con su representada finalizó el 30 de marzo de 2015, por lo que cualquier reclamación de índole laboral, se encuentra afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción; propuso las excepciones de *“cobro de lo no debido”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción” y “genérica o innominada”*.

Por último, la apoderada de la sociedad EFECTIVA EST SAS, se opuso a las pretensiones de la demanda, ya que su representada no tiene obligaciones pendientes con el actor; sostuvo que la parte actora no tiene derecho a reliquidación salarial o prestacional con la inclusión de unas supuestas horas extras, toda vez que en las cláusulas cuarta y quinta del contrato de trabajo aportado por el accionante, disponen que estas horas extras debían ser autorizadas y reportadas por la empresa usuaria, esta es, la ESE VIDA SINÚ, sin embargo, revisados los archivos, no se halla tal reporte ni autorización. Propuso las excepciones de mérito *“pago”, “cobro de lo no debido”, “prescripción”, “buena fe” y “genérica o innominada”*.

II. FALLO APELADO

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Montería – Córdoba, puso fin a la instancia mediante sentencia del 27 de julio de 2021, donde resolvió declarar probadas las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta por T-EMPLEAMOS SAS y *cobro de lo no debido* propuesta por EFECTIVA EST SAS; seguidamente, se declaró probada

de oficio la excepción de falta de jurisdicción del despacho para declarar existencia de contrato de trabajo entre el demandante y la entidad ESE VIDA SINÚ. En consecuencia, absolvió a las demandadas de todos los reclamos impetrados en la demanda.

Fundamentó el *A quo* su decisión, aduciendo que las accionadas, incumplieron los parámetros establecidos en jurisprudencias, pues, los vínculos contractuales excedieron el lapso que establece la ley, dado que con T-EMPLEAMOS SAS el demandante tuvo una vinculación de 2,88 años, mientras que con EFECTIVA EST SAS tuvo un vínculo contractual por 3,84 años; además incumplieron la prohibición legal de no contratar con la misma EST, ni con otra, los servicios que ya habían superado los 12 meses máximos legales, tampoco acreditaron que el actor haya sido contratado para desarrollar una actividad ocasional, accidental o transitoria, como tampoco para suplir personal en vacaciones, licencia e incapacidad, emergencia, y menos a que obedeciera al incremento de ventas, producción y transporte. Por tanto, la vinculación laboral del demandante no recae sobre las EST, sino en la empresa usuaria, por ende, debe tomarse como verdadero empleador a la ESE VIDA SINÚ. Por lo anterior, no hay solidaridad de la empresa usuaria porque es la verdadera empleadora del accionante.

Destacó que, pese a que la ESE es una entidad que se rige por el derecho privado, su objeto se destina a la prestación de los servicios de salud, circunstancia que amerita la valoración, calidad o naturaleza del vínculo del demandante, por lo cual concluye que el cargo de conductor de ambulancia, no está relacionado con labores de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, pues su labor encaja dentro de las actividades de carácter asistencial, dado que no se trata como una simple acción de conducir, sino que implica, además, el traslado de pacientes en estado crítico, urgente o limitado que exige tener un conocimiento mínimo de atención prioritaria. Por lo anterior, el actor no ostentaba la calidad de trabajador oficial.

En ese sentido, concluye el *A-quo* que carece de jurisdicción para resolver el presente asunto, toda vez que se evidenció que la relación laboral del actor en realidad se dio con la ESE VIDA SINÚ, bajo la calidad de empleado público, por lo cual no es procedente el análisis de la responsabilidad de la llamada en garantía, pues en ausencia de condena, también será absuelta de las pretensiones que están llamadas al fracaso.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte **demandante**, interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, considera que el *A quo* interpretó erróneamente la demanda y no tuvo en cuenta elementos probatorios aportados. Manifiesta no saber en qué momento dijo el juzgador que, a pesar de que el actor manejó la camioneta para el mantenimiento de la ESE VIDA SINÚ por un período corto, no es trabajador oficial

Indica que el *A quo* desconoce que, si bien la jurisprudencia cataloga como empleados públicos a los conductores de ambulancia, ello se da cuando su vinculación es directa y no ocurre en este caso, dado que fue vinculado mediante EST y se pretende que, bajo el principio de primacía de la realidad sobre las formas, sea considerado vía judicial que el actor fue vinculado con la ESE y no con las EST. Por lo anterior, yerra el juez de primera instancia en el sentido de declarar la falta de jurisdicción.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante proveído adiado 03 de diciembre de 2021, se les corrió traslado a las partes para alegar por escrito.

La parte demandante reiteró los argumentos de la apelación y destacó que el fallo fue contradictorio, al declarar la falta de jurisdicción y a su vez resolver las excepciones de fondo.

Por otro lado, el vocero judicial de SEGUROS DEL ESTADO adujo que la ESE VIDA SINÚ no es la verdadera empleadora del actor, por lo que no es procedente reclamarle el pago de salarios y demás acreencias laborales, asimismo, ratificó sus argumentos contenidos en la contestación del llamamiento en garantía.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez, que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S.S., no hay lugar a esclarecer inconformidades que no han sido puestas a consideración.

2. Problema jurídico

Principíese por advertir que el problema jurídico en esta instancia radica en:

- i) *Esclarecer primeramente si la ESE VIDA SINÚ es la verdadera empleadora del actor, o si por el contrario actúa en solidaridad.*

- ii) *Determinar si el A quo erró al declarar la falta de jurisdicción, al no ser probada la calidad de trabajador oficial del señor ROBERTO TRIANA.*
- iii) *En caso de probarse tal calidad, establecer si proceden las condenas pretendidas por el actor.*

3. Relación laboral entre la E.S.E. VIDA SINÚ y el demandante.

Como se indicó en el recuento del proceso, luego del estudio de los elementos del contrato laboral, el juez de primera instancia declaró como empleador a la ESE VIDA SINÚ, asimismo, declaró a las entidades T EMPLEAMOS, y EFECTIVA E.S.T, como responsables solidarias de las obligaciones laborales de aquellas con el actor. Ahora bien, dentro del recurso de apelación, la parte demandante muestra inconformidad en cuanto manifiesta que el A quo erró al declarar la falta de jurisdicción, asimismo, discrepa en la aplicación del principio de la realidad sobre las formas, dado que pretende en la demanda que la ESE responda solidariamente con las EST y no como verdadera empleadora.

Para dilucidar lo dicho, es pertinente indicar que, el proceso laboral que nos convoca tiene su sustento en el *“principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades”* el cual ha sido definido, entre otras, en la sentencia T- 029 de 2016 proferida por la Corte Constitucional, en donde se expuso:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de

trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.”¹

Ahora bien, sabido es que cuando se invoca el principio de la realidad sobre las formalidades, el trabajador – demandante puede optar, bien por la realidad o bien por las formas, es decir, el trabajador, bien puede optar por hacer prevalecer su relación laboral con la empresa T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T, o, por el contrario, hacer prevalecer la relación laboral directa con la usuaria, a no ser que, además, pretenda gozar del régimen salarial y prestacional de los trabajadores o empleados de la empresa usuaria, evento en el cual debe hacer valer su vínculo laboral no con las citadas empresas, sino con la usuaria, en este caso, ESE VIDA SINÚ.

Se percata esta Colegiatura que, las empresas T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T., por medio de contratos por obra o labor y vinculando bajo la figura de trabajador en misión, incumplieron las reglas exigidas en la Ley 50 de 1990 (artículos 70 a 94) y que, a partir de esta maniobra fraudulenta, pretenden que se tenga a la ESE VIDA SINÚ como verdadera empleadora y se nieguen las pretensiones del accionante, dado que mencionan en los alegatos de conclusión que el actor no es trabajador oficial y debe demandar en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, la jurisprudencia ha sostenido que *“nadie puede alegar su propia culpa a su favor”* (**SL 1823 de 2021, SL 9544 de 2014, SL 009 de 2019 y T-122 de 2017**), de igual manera, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades no debe utilizarse para perjudicar al trabajador, sino para salvaguardar las garantías mínimas a las cuales tiene derecho el empleado en virtud de la Constitución Nacional.

Así las cosas, nótese que, en el *sub examine* la parte demandante pretende hacer valer el contrato de trabajo con las empresas T

¹ Sentencia C-555 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T., y que se condene a la empresa ESE VIDA SINÚ por ser la empresa usuaria, esto es, quien se beneficiaba del servicio prestado por la actora, ello tal como se colige del libelo genitor, veamos:

del señor ROBERTO TRIANA como conductor de ambulancias en beneficio de la E.S.E.

6. Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que, la E.S.E. VIDASINÚ fue la **beneficiaria permanente del trabajo** del señor ROBERTO TRIANA como conductor de ambulancias, durante el 14 de mayo del 2012 hasta el 31 de enero del 2019.

7. **DECLARAR** que, la E.S.E. VIDASINÚ, como beneficiaria ininterrumpida del trabajo del señor ROBERTO TRIANA, es solidariamente responsable junto con las empresas TEMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S. del pago del valor de los salarios y prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, en virtud de la relación laboral que éste tuvo con las empresas de servicios temporales y del beneficio que la E.S.E. obtuvo de su labor como conductor de ambulancias.

8. **DECLARAR** que, como consecuencia de la relación laboral entre las empresas TEMPLEAMOS S.A.S., EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y el señor ROBERTO TRIANA, éste último es titular del derecho al pago del salario que por Ley debía devengar, conformado por el valor del trabajo desarrollado en la jornada ordinaria máxima legal de 08 horas, el valor del trabajo desplegado en horas extras y en días de descanso obligatorio.

9. **CONDENAR** a TEMPLEAMOS S.A.S., a EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y a la E.S.E. VIDASINÚ a pagarle solidariamente al señor ROBERTO TRIANA la suma de \$97,939,595.525 por concepto de **salarios mensuales no pagados** desde el día 14 de mayo del 2012 hasta el día 31 de enero del 2019.

10. **CONDENAR** a TEMPLEAMOS S.A.S., a EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y a la E.S.E. VIDASINÚ a pagarle solidariamente al señor ROBERTO TRIANA la suma de **\$46,202,927.037** por concepto de **prestaciones sociales dejadas de pagar** durante toda la existencia del nexo laboral, cifra que se discrimina de la siguiente forma:

2012	\$4,051,653.9
Cesantías	\$1,313,623.9
Intereses de cesantías	\$110,782.2

Luego de demostrarse los supuestos fácticos de las normas jurídicas cuyos efectos se persiguen con esta demanda, señor(a) Juez, se aspira a que usted, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, acceda a las pretensiones declarativas de condena que pasan a esbozarse:

1. **DECLARAR** que, entre TEMPLEAMOS S.A.S. y el señor ROBERTO TRIANA existió una relación laboral entre el día 14 de mayo del 2012 y el 01 de abril del 2015, nutrida por cuatro contratos de trabajo denominados "por obra o labor", cuyos objetos contractuales obedecieron a que, el primero le pagaría la suma de \$1.135.000 mensuales al segundo, al paso que éste prestaría sus servicios personales como conductor de ambulancias en la E.S.E. VIDASINÚ.

2. **DECLARAR** que, entre EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y el señor ROBERTO TRIANA existió una relación laboral desde el día 02 de abril del 2015 hasta el 31 de enero del 2019, surgida de cinco contratos de trabajo denominados "por obra o labor" suscritos entre ambas partes, cuyo objeto contractual consistió en que la primera le pagaría al segundo la suma de \$1.289.800 mensuales, si éste prestaba sus servicios personales como conductor de ambulancias de la E.S.E. VIDASINÚ.

3. **DECLARAR** que, frente a la relación laboral con el señor ROBERTO TRIANA, entre TEMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S. se configuró una sustitución de empleadores el día 01 de abril del 2015.

4. Como consecuencia del pronunciamiento anterior, **DECLARAR** que, entre el señor ROBERTO TRIANA, y las empresas TEMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S. existió un solo vínculo laboral que inició el día 14 de mayo del 2012 y se extendió hasta el día 31 de enero del 2019, bajo un mismo objeto contractual.

5. **DECLARAR** que, TEMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S. son **contratistas independientes** de la E.S.E. VIDASINÚ, en virtud de que las dos primeras contrataron la prestación de servicios

Primas	\$1,313,623.9
Vacaciones	\$1,313,623.9
2013	\$4,649,578.7
Cesantías	\$1,781,447.8
Intereses de cesantías	\$195,959.2
Primas	\$1,781,447.8
Vacaciones	\$890,723.9
2014	\$5,320,583.95
Cesantías	\$2,030,757.275
Intereses de cesantías	\$243,690.8
Primas	\$2,030,757.275
Vacaciones	\$1,015,378.6
2015	\$5,946,092.177
Cesantías	\$2,301,258.9
Intereses de cesantías	\$192,944.977
Primas	\$2,301,258.9
Vacaciones	\$1,150,629.4
2016-2017-2018	\$18,891,716.34
Cesantías	\$6,628,672.4
Intereses de cesantías	\$2,320,035.34
Primas	\$6,628,672.4
Vacaciones	\$3,314,336.2
2019	\$7,343,301.97
Cesantías	\$2,792,130.03
Intereses de cesantías	\$362,976.90
Primas	\$2,792,130.03
Vacaciones	\$1,396,065.01
Total	\$46,202,927.037

11. CONDENAR a TEMPLEAMOS S.A.S., a EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y a la E.S.E. VIDASINÚ a pagarle solidariamente al señor ROBERTO TRIANA el monto de **\$9,168,232.815** por concepto de **indemnización por despido injusto**.

12. CONDENAR a TEMPLEAMOS S.A.S., a EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y a la E.S.E. VIDASINÚ a pagarle solidariamente al señor ROBERTO TRIANA la suma de **\$71,152.9** diarios por concepto de **sanción moratoria** desde el día 01 de febrero del 2.019 hasta que se efectúe el pago total de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador aquí reclamados.

13. En consecuencia, **RECONOCER** que, TEMPLEAMOS S.A.S., EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y la E.S.E. VIDASINÚ le deben *in solidum* al señor ROBERTO TRIANA, en total, sin menoscabo de la sanción moratoria, la suma de **\$153,250,755.377** por concepto de **salarios**

Pues bien, nótese que, en el plenario se encuentra acreditado conforme a las pruebas arrimadas que, el demandante fue contratado por la empresa T-EMPLEAMOS desde el día 14 de mayo de 2012 hasta el 30 de marzo de 2015 (ver páginas 98 y 99 del expediente en PDF) desempeñándose en el cargo de conductor de ambulancia, servicio prestado a favor de la ESE VIDA SINÚ. Asimismo, de la misiva obrante en la página 97 del expediente digital, consta que el demandante laboró para EFECTIVA E.S.T. S.A.S. bajo la modalidad de obra o labor contratada, desempeñándose en el mismo cargo de conductor de ambulancia desde el 1° de abril de 2015 hasta el 31 de enero de 2019, labor que desarrolló igualmente a favor de la ESE VIDA SINÚ.

En ese orden de ideas, es claro que, el contrato de trabajo debió declararse con T – EMPLEAMOS y EFECTIVA E.S.T., pues el actor, como ya se esbozó, se vinculó a éstas mediante contratos de obra o

labor en forma ininterrumpida, desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 31 de enero de 2019. Teniendo en cuenta lo anterior, es menester estudiar si se configuró una sustitución patronal entre las dos EST.

4. Sustitución patronal.

Entrando a dilucidar si hubo o no sustitución patronal, es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 67 del C.S.T., el cual señala:

“ARTICULO 67. DEFINICIÓN. *Se entiende por sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.”*

(Subraya la Sala)

Al respecto, en reiterada jurisprudencia **(SL 4909-2020 y SL 1943-2016)**, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indica:

“Sobre el particular, corresponde decir a la Sala que ha sido criterio jurisprudencial reiterado de vieja data el siguiente:

Vale la pena anotar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte es esencial al fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan determinadas condiciones. “Para que se opere la sustitución de patronos, dijo la Corte, es necesario que concurren tres requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en el servicio. Y no ocurre este último requisito, dejándose de producir, por consiguiente, la sustitución de patronos, cuando el trabajador acuerda con el antiguo patrono la terminación de su contrato y seguir prestando sus servicios al nuevo patrono, en ejercicio de un nuevo contrato, lo cual no quebranta ningún régimen legal.

(...)

Y es que la institución de la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro, cualquiera que sea la causa, ya se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa. Por consiguiente, cuando existe o media la

sustitución patronal, los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono.”

(Subraya la Sala)

Para el presente caso, no se cumplen los presupuestos para que se configure la sustitución patronal, toda vez que es evidente la no continuidad de la empresa T EMPLEAMOS S.A.S. con EFECTIVA E.S.T. S.A.S., dado que ambas actúan de manera independiente y no hay prueba de que entre éstas haya existido una mutación del dominio, enajenación del goce, alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación, fusión o liquidación. Por lo anterior, se tendrán como dos relaciones laborales, las existentes entre el demandante y las empresas T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S., la primera desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 30 de marzo de 2015 y la segunda del 1° de abril de 2015 al 31 de enero de 2019.

5. Contrato a término indefinido por vocación de permanencia.

Ahora, de los testigos y pruebas documentales, se puede colegir que el actor, prestó sus servicios a través de contratos continuos e ininterrumpidos, que celebró T – EMPLEAMOS desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 30 de marzo de 2015, y con EFECTIVA E.S.T. S.A.S. desde el 1° de abril de 2015 hasta el 31 de enero de 2019, cuyos servicios fueron prestados a favor de la ESE VIDA SINÚ.

Por lo anterior, es preciso traer a colación la sentencia **SL4095-2020** radicación No. 72727, donde la H. Corte Suprema de Justicia explicó:

“Es incuestionable que, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, el contrato de trabajo a término fijo «[...] es una de esas modalidades contractuales autorizadas por el legislador, que no ha perdido legitimidad y que puede ser utilizada libremente por el empleador de acuerdo a sus necesidades, dentro de los precisos límites establecidos legalmente» (CSJ SL3535-2015).

*Pero, también ha expresado que esa libertad de elegir la modalidad contractual no es absoluta para el empleador, en la medida en que ella no puede servir de mecanismo para desconocer los derechos de los trabajadores. **Ha dicho, asimismo, que el juez debe examinar si materialmente existió unicidad en el contrato de trabajo, para de allí extraer todas sus consecuencias, pues no en pocas ocasiones se han adoptado estas prácticas «[...] con el ánimo***

de restar antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de las cesantías o para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo» (CSJ SL806-2013).

Al respecto, en la sentencia CSJ SL814-2018 explicó:

*Por ello, en conclusión, si bien las partes gozan de autonomía para suscribir contratos de trabajo a término fijo, así como para variar las condiciones de su vínculo laboral, en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de irrenunciabilidad de derechos laborales, **esa novación de las condiciones del contrato de trabajo solo resulta válida si se corresponde con la realidad, es decir, si se identifica con un cambio real en el objeto del contrato o en sus condiciones y no se queda en el plano meramente formal, de manera que sirve como mera estratagema para eliminar garantías especiales para el trabajador.***

Ahora bien, revisada las documentales encuentra la Sala que el demandante suscribió sendos contratos de trabajo a término fijo con Carvajal S. A

(...)

De ellos se evidencia que el cargo para el cual fue contratado siempre fue como ayudante de movimiento de materiales o de materias primas que en ocasiones se les cambio el nombre pero siempre ejecutó las mismas funciones en el área de carga; además, de ellos se desprende que la entidad demandada hacia firmar el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año y las prórrogas sin dejar que se prolongara el año sin justificación alguna y nuevamente lo vinculaba con interrupciones mínimas que la Sala entiende que eran por los periodos de vacaciones. En esa medida, y bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas reconocido constitucionalmente en el artículo 53 superior, así como en el 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se entiende que, en verdad, la demandada irrumpió la continuidad de la relación laboral sin respaldar su decisión pues, como se advirtió, el demandante volvía siempre a la misma área contratada por un periodo de casi ocho años”.

Pues bien, analizando todas las pruebas aportadas al plenario, se avizora que en los sendos contratos suscritos durante ambas relaciones laborales se pactaron las mismas funciones, incluso no se determina un plazo específico en cada uno; por tanto, se acredita la existencia de una vocación de permanencia en tales contratos y la ausencia de un plazo fijo pactado, por lo que se tendrá dicha relación laboral con ambas empresas de servicios temporales como dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 30 de marzo de 2015, y el segundo desde el 1° de abril de 2015 hasta el 31 de enero de 2019.

6. Del despido sin justa causa.

Pretende la parte demandante que se declare la terminación unilateral del contrato sin justa causa y, como consecuencia, se condene al pago de indemnización por despido injusto. Una vez demostrada la relación laboral y la terminación, corresponde al empleador acreditar la justa causa, tal como lo dispone la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia **(SL3317-2020, SL13260-2016, SL16110-2015, SL592-2014; y SL485-2013)**.

Teniendo en cuenta que los dos contratos declarados son a término fijo, y que no obra en el plenario el preaviso mencionado en el numeral 2° del artículo 47 del C.S.T., se tendrá el despido como injusto conforme al artículo 64 *ibidem*, toda vez que las demandadas tampoco acreditaron el hecho que diera lugar a dicha terminación.

Cabe aclarar que, la indemnización por despido injusto será calculada con base a la relación laboral que existió entre el actor y EFECTIVA S.A.S. E.S.T., dado que la exigibilidad de la misma respecto a la primera relación laboral empezó desde el 31 de marzo de 2015 y, a la fecha de presentación de la demanda, han transcurrido más de tres (3) años, por ende, se declara probada la excepción de prescripción propuesta por T EMPLEAMOS S.A.S.

Ahora bien, procede la Sala a calcular la indemnización del artículo 64 del C.S.T., correspondiente a la relación laboral con la empresa EFECTIVA E.S.T. S.A.S., así:

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA					
DESDE	HASTA	SALARIO MENSUAL	SALARIO DIARIO	DÍAS A MULTIPLICAR	TOTAL
1/04/2015	30/03/2016	\$ 1.380.000	\$ 46.000	30	\$ 1.380.000

1/04/2016	30/03/2017	\$ 1.380.000	\$ 46.000	20	\$ 920.000
1/04/2017	30/03/2018	\$ 1.380.000	\$ 46.000	20	\$ 920.000
1/04/2018	31/01/2019	\$ 1.380.000	\$ 46.000	16,7	\$ 768.200
TOTAL					\$ 3.620.771

Se toma como salario base el último devengado, el cual según el contrato más reciente aportado en el plenario, tiene un valor de \$1.380.000,00. Por lo tanto, se condenará a EFECTIVA E.S.T. S.A.S. a pagar la suma de \$3.620.771,00 por concepto de indemnización por despido injusto.

7. Del pago de salarios y reajuste de prestaciones sociales.

Pretende el actor el pago de salarios y prestaciones conforme a las horas extras que, de conformidad con los hechos de la demanda, laboró diariamente incluyendo días domingo, festivo y horario nocturno. Sobre este punto de censura, se emitió sentencia de segunda instancia con radicado No. **23-001-31-05-002-2018-00248-01 Folio 611-18**, proferida por la Sala Segunda de Decisión Civil-Familia-Laboral de este Tribunal, donde con ponencia del Dr. Marco Tulio Borja Paradas se explicó:

*“3.1. Tal como lo revelara la A quo en la sentencia apelada, este Tribunal, ha señalado que, según la jurisprudencia de la Corte, es obligación del demandante– trabajador, aportar los elementos de prueba que ofrezcan **certeza** para que el enjuiciador profiera una decisión favorable a dicha pretensión, acreditando, por tanto, **fehacientemente** a qué días se refiere la pretensión de horas diurnas y nocturnas y relacionando su cantidad y fecha, pues, de no ser así sería imposible realizar cualquier liquidación. Lo anterior, tiene su sustento jurisprudencial, en muchas sentencias de la Sala de Casación Laboral; por ejemplo, en la **SL, 15 de jul. 2008, rad. 31637**, señaló:*

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

*Lo que dice el anterior precedente, lo ha vuelto a decir ese mismo órgano de cierre, por ejemplo, en las sentencias **SL433-2018**, **SL7578-2015**, **SL**, **SL9318**, **22 jun. 2016**, **rad. 45931**; **SL9997-2014**; y, **SL 25 my. 2010**, **rad. 38382***

3.2. *Pues bien, el apelante aduce que, a parte demandada, al contestar la demanda, termina confesando que el actor laboraba 6 horas extras semanales y 24 mensuales, porque, al responder el hecho 6 de la demanda, dice que aquél ingresaba a partir de las 8 a.m. hasta las 6 p.m.*

Al respecto, cabe señalar que, la contestación de la demanda también cabe apreciarla en su conjunto, más no mirar aisladamente solo lo que se afirma al responder un hecho de la demanda. Esto viene a cuento, porque, si se aprecia en su conjunto dicha contestación, la conclusión no es que, en tal contestación, no es que se haya pretendido decir que el actor, de lunes a viernes laboraba de 8 am a 6 pm continuamente, es decir, sin descanso, todas las 10 horas que hay entre esas dos horas, sino que su hora de ingreso era a las 8 a.m y su hora de salida a las 6 p.m., no pudiendo la parte demandada precisar el tiempo de descanso, porque el actor cumplía su labor por fuera de las instalaciones del empleador.

Si lo anteriormente concluido no fuese así, no tendría sentido otros apartes de la contestación de la demanda, como, por ejemplo, cuando se da respuesta al hecho 26 del libelo introductorio, se afirma que, cuando el actor laboró horas extras, las mismas se pagaron, de lo que se infiere que no siempre las laboró.

*Incluso, en un caso muy similar a lo aquí acontecido, la Corte concluyó que no se podía concluir con que el demandante-trabajador haya laborado diariamente 1 hora extra adicional, por el hecho de las horas de ingreso y de salida que se habían señalado en la contestación de la demanda, en tratándose de labores cumplidas fuera de las instalaciones de la empresa. se haya expresado su hora de ingreso y hora de salida. Así lo expresó la Corte en la sentencia **SL**, **25 may. 2010**, **rad. 38382**:*

“Del examen al documento que denuncia el censor como erróneamente apreciado, esto es, el que obra a folio 123 del expediente, estima la Corte razonable la deducción que hizo el Tribunal para negar el reconocimiento y pago de la jornada suplementaria o de horas extras que reclamó el actor, por cuanto, el aludido medio de prueba, solo da cuenta de las horas de entrada y salida, que estableció la demandada de manera general para el personal de ventas de la empresa, sin que, por lo tanto, se imponga admitir, que el demandante laboró una hora extra semanal durante todo el tiempo de vigencia de la relación contractual laboral y, menos aún, que entonces le asista el eventual derecho a su remuneración.

Lo anterior, en atención a que la prueba que eventualmente da derecho al respectivo pago del recargo por horas suplementarias, es aquella que ofrezca verdadera certeza sobre la real y efectiva prestación de los servicios más allá de la jornada máxima legal o convencional, lo cual no aparece acreditado en este caso, pues conforme a la información que se consigna en el citado documento, las actividades laborales de ventas se desarrollaban por fuera de las instalaciones de la empresa. Es así como el horario que la demandada para sus vendedores, está circunscrito a la

hora de entrada a la demandante, la del regreso después del recorrido diario y la de salida definitiva”.

3.3. *De otra parte, ha de recordarse que, de los precedentes invocados, también se desprende que, para el tema en comentario, no basta que se alegue la prestación del servicio por fuera de la jornada máxima legal, se requiere, además, que el demandante cumpla con su carga de demostrar el trabajo suplementario, no de cualquier forma, sino de una manera tal que no ofrezca duda alguna al respecto. Y, precisamente, sobre esto, fue el propio demandante, con su dicho en el interrogatorio de parte que absolvió, quien desvirtúa lo expresado en la contestación de la demanda al responderse el hecho 6° de ésta, ya que dijo él que algunas veces regresaba a las 5 de la tarde, que en una ocasión regresó a las 2 de la tarde y en otras veces, cuando iba a municipios, algunas veces no regresaba. Es decir, no hay certeza de las horas extras que precisamente laboró el demandante.*

Así las cosas, este reparo de la apelación no prospera.”

Acorde con el criterio citado, esta Colegiatura no accederá a esta pretensión, toda vez que en la práctica de pruebas no se logró acreditar con exactitud la causación de horas extra, conforme a los presupuestos señalados, pues, generan duda en cuanto a su número exacto y jornada laboral en que presuntamente se causaron, lo mismo ocurre con los días domingos y festivos, de tal manera que no puede entrar la Sala a calcular a partir de suposiciones.

Como quiera que no prospera el cargo, misma suerte corre la petición de reajuste de prestaciones sociales, toda vez que el accionante en el interrogatorio y hechos afirmó que le fueron canceladas, conforme al salario recibido mensualmente.

8. Del pago Sanción Moratoria.

Entrando a resolver lo concerniente al pago de la sanción moratoria, es pertinente indicar que el artículo 65 del C.S.T. señala de manera expresa los conceptos cuyo incumplimiento generan la sanción moratoria, estos son “*salarios y prestaciones*”, por lo que, si se adeudan otros conceptos como la indemnización por despido injusto, esta condena no va a prosperar.

En el caso concreto, quedó acreditado en el plenario que el salario y las prestaciones sociales fueron cancelados en debida forma, y que solo se adeuda la indemnización por despido sin justa causa, por ende, es improcedente la condena al pago de sanción moratoria y debe absolverse a las accionadas de esta pretensión.

9. De la condena solidaria a la ESE VIDA SINÚ.

Pretende el accionante en la demanda una condena solidaria a cargo de la ESE VIDA SINÚ, así de entrada se advierte que, el usuario de una EST, cuando el respectivo contrato entre ellos se ajusta a la normatividad legal, no se hace deudor solidario de las obligaciones laborales que se han adquirido con los trabajadores en misión, aunado a lo anterior, tampoco podemos pregonar de él, la figura del contratista independiente de que trata el artículo 34 del C.S.T, dado que, claramente la EST se limitó a suministrar personal más no ejecutó la obra o servicio de forma directa.

Así lo ha dejado sentado la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las sentencias, **(Vid. Sentencias SL16350-2014; SL, 20 abr. 2010, Rad. 33275; SL, 31 may. 2000, Rad. 12382; SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435)**, para reforzar lo dicho basta traer a colación, lo indicado en la sentencia **SL, 20 abr. 2010, Rad. 33275, reiterando la SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435**, en donde la Corte esgrimió:

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen

in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

“Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobrecosto sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento”.

Y, en sentencia **SL16350-2014**, expresó:

“siendo indiscutible que durante el período ya mencionado el actor le prestó sus servicios como trabajador en misión, por ser trabajador directo de la empresa de servicios temporales igualmente demandada, en modo alguno estaba llamada a responder solidariamente por las acreencias laborales que la empleadora dejó de pagarle oportunamente a su trabajador y por la cual fue condenada a pagar la indemnización moratoria que el juez de la alzada confirmó con la precisión de la fecha de su causación. Y ello es así, porque, en verdad, no podía tenersele como una contratista laboral independiente y en manera alguna contrató a la empresa usuaria la realización de una obra, simplemente lo que les ató fue la remisión de trabajadores en misión, como aquí ocurrió con el actor.

Sean suficientes las razones esbozadas para negar la condena solidaria a cargo la ESE VIDA SINÚ, consecuentemente, cae por su propio peso la condena solicitada por esta entidad sobre la llamada en garantía, por lo que ambas serán absueltas.

No habrá lugar a condena en costas en esta instancia, por haber prosperado parcialmente el recurso.

En mérito de lo expuesto, **el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de fecha julio 27 de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 002 2019 00178 01 Folio 445 – 21**, promovido por **ROBERTO TRIANA**, a través de apoderado judicial, contra **ESE VIDA SINÚ Y OTROS**.

SEGUNDO. DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la accionada **T EMPLEAMOS S.A.S.**; asimismo, **DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia del principio de solidaridad, invocada por la **E.S.E. VIDA SINÚ**; adicionalmente, **DECLARAR NO PROBADAS** las demás excepciones propuestas por el resto de demandadas.

TERCERO. DECLARAR que entre el señor **ROBERTO TRIANA** y la empresa **EFFECTIVA E.S.T. S.A.S.**, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que se extendió desde el día 1° de abril de 2015 hasta el 31 de marzo de 2019, el cual fue terminado por parte de dicha empresa sin justa causa.

CUARTO. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la empresa **EFFECTIVA E.S.T. S.A.S.**, a pagar al señor **ROBERTO TRIANA** la suma de \$3.620.771,00 correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa. La suma anterior será indexada conforme al IPC, a la fecha en que se pague la misma.

QUINTO. ABSOLVER a las accionadas **T EMPLEAMOS S.A.S., E.S.E. VIDA SINÚ y SEGUROS DEL ESTADO S.A.** de los demás reclamos deprecados en la demanda, en consecuencia, **NEGAR** el resto de pretensiones invocados en la misma.

SEXTO. Sin costas en esta instancia.

OCTAVO. Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

Sala Quinta Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 432-22
Radicación n.º 23 001 31 05 001 2020 00029 01
(Discutido y aprobado de forma virtual)

Montería once (11) de julio de dos mil veintidós (2022)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería-Córdoba, integrada por los magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha noviembre 08 de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **RIGOBERTO ANTONIO GALINDO CABEZA** , contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** radicado bajo el número 23 001 31 05 001 2020 00029 01 Folio 432, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El señor RIGOBERTO ANTONIO GALINDO CABEZA demandó a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, con la finalidad de que se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo invalido desde el 2 de julio de 2016, fecha del deceso de su madre, la señora DIANA ESTHER CABEZA TOSCANO.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago del retroactivo de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo invalido, por las mesadas comunes y adicionales causadas y dejadas de percibir por el actor desde la fecha de fallecimiento de su señora madre. Asimismo, se condene al pago de intereses moratorios y/o indexación de las condenas, y se falle atendiendo los principios extra y ultra petita.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Relata que, el día 02 de julio de 2016 falleció la señora DIANA ESTHER CABEZA TOSCANO, quien en vida estuvo afiliada al Sistema General de Pensiones obligatorias administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL, hoy Colpensiones.

- Señala que, en razón al fallecimiento de su señora madre, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo invalido de la causante.

- Aduce que, mediante Resolución No. SUB 56597 de febrero 28 de 2018, la administradora de pensiones accionada denegó la petición incoada por el actor, sosteniendo que, dicha entidad se encontraba adelantado una *“investigación administrativa especial”* por *“presunto*

fraude” en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que le había sido otorgada al señor FREDIS DARIO JAMES CHAGUIZ, en calidad de compañero permanente de la fallecida.

- Indica que, contra el anterior acto administrativo interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, así las cosas, mediante comunicación fechada junio 16 de 2018, radicado BZ 2018_6875737, Colpensiones informó que aún estaba en curso la investigación administrativa especial contra el señor JAMES CHAGUIZ.

- Expone que, a través de la Resolución SUB 301654 de noviembre 20 de 2018, se ordenó la redistribución de la pensión de sobrevivientes en un 50% para el señor Fredis James y en un 50% para el accionante.

- Asimismo, manifestó que la entidad demandada expidió la Resolución No. SUB 104053 de abril 30 de 2019, en donde se revocó totalmente la Resolución No. GNR 388172 de diciembre 22 de 2016 en cuanto al reconocimiento de la pensión al señor Fredis Darío James, al determinarse que este derecho se reconoció de forma irregular y mediante la utilización de *“maniobras fraudulentas”*-

- Conforme a lo anterior, Colpensiones reconoció mediante Resolución No. DPE 2388 de abril 30 de 2019, el derecho pensional, a su favor, en un 100%.

- Por último, esboza que solicitó ante la entidad demandada, el retroactivo pensional causado, empero, hasta la fecha de presentación de la presente demanda no había obtenido respuesta alguna.

3. Dentro de la demanda, la parte actora solicitó como petición especial, se vinculara en calidad de tercero ad excludendum al señor LESNER DOMINGO VERTEL ECHEVERRY, a lo cual accedió el a quo a través del auto adiado marzo 03 de 2018. No obstante a lo anterior, el señor Vertel Echeverry no contestó la demanda.

Notificada en legal forma la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** la contestó, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la misma, ya que todas ellas carecen de sustento jurídico y fáctico, asimismo aduce que, el demandante no logra acreditar los requisitos para que le fuese reconocido el retroactivo de pensión de sobrevivientes, en consecuencia, no es posible acceder a las demás pretensiones incoadas en el libelo inicial.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de obligación a cargo de Colpensiones por no cumplir los requisitos de ley, inobservancia del principio de equilibrio financiero, imposibilidad de aplicación de una norma derogada, cobro de lo no debido, improcedencia de pago de intereses, prescripción, innominada o genérica.

II. FALLO APELADO

Mediante proveído de fecha noviembre 08 de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, declaró que le asiste el derecho al señor RIGOBERTO GALINDO a que COLPENSIONES le reconozca y pague el retroactivo de la pensión de sobrevivientes de la causante DIANA ESTHER CABEZA TOSCANO (QEPD) a partir del 1 noviembre de 2017 hasta el 30 noviembre de 2018, asimismo, declaró que no le asiste el derecho al señor LESNER DOMINGO VERTEL sobre la pensión de sobrevivientes de DIANA ESTHER CABEZA TOSCANO, además, condenó a COLPENSIONES a pagar en favor del señor RIGOBERTO GALINDO la suma de \$10.806.813,00 por concepto de mesadas adeudadas desde el 01 noviembre de 2017 hasta el 30 noviembre de 2018, asimismo, condenó también a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 01 enero de 2018 hasta la fecha que se efectúe el pago de la misma y, al pago de costas a cargo de la parte demandada a favor de la parte demandante, en lo equivalente a un SMMLV (\$908,526,00), por otro lado, declaró probada parcialmente las excepciones de inexistencia de

la obligación a cargo de COLPENSIONES por no cumplir los requisitos de ley, cobro de lo no debido y la denominada inobservancia del principio de equilibrio financiero y no probada las demás.

Así las cosas, dispuso que, el derecho se causó el 2 de julio de 2016, pero consideró que no era viable reconocer el retroactivo desde esa fecha, señalando que, de la prueba documental allegada al plenario, se denota que se solicitó el pago del retroactivo pensional el 1º de noviembre de 2017, entonces, en las Resoluciones en donde se negó ese derecho al actor, sin justificaciones fácticas y jurídicas por parte de Colpensiones argumentando un fraude del cual no se indica de donde vendría o cual era la causa de dicho fraude, y mucho menos, ya obrante en el expediente la condición de beneficiario del actor, probada desde su calidad de hijo invalido y su calidad de dependencia económica. Así las cosas, atendiendo que, la solicitud del actor fue a partir del 1º de enero de 2017, no resulta viable el reconocimiento de las mesadas causadas desde el 2 de julio de 2016.

En ese orden, indicó que no puede reconocerse el retroactivo pensional desde la fecha de causación del derecho que, en últimas, le corresponde al demandante repetir contra quien percibió dicho derecho pensional.

Por otro lado, respecto a las mesadas que van desde el 1º de noviembre de 2017 y el 30 de noviembre de 2018, indicó que, lo antes expuesto aquí no aplica, dado que, lo que se busca es que la administradora tenga razones para negar el reconocimiento del derecho pensional, pero en el presente caso, tenemos que, se presentó una reclamación administrativa ante Colpensiones y sin existir razones jurídicas o fácticas, no lo reconocieron a partir de ese momento, por lo que estimó que al actor se le debía reconocer su pensión a partir del 1º de noviembre de 2017, fecha de la reclamación.

Por otro lado, entró a estudiar lo concerniente a los intereses moratorios, indicando que, el demandante le da una interpretación que no

corresponde a la sentencia SU-075 de 2018. Debe verificarse si la negación del derecho obedece a causas que lo justifiquen, se deben imponer dado que en el plenario no existe razón jurídica y fáctica para denegar el pago de la pensión, así las cosas, los reconoció a partir del 1º de enero de 2018.

Asimismo, en cuanto al llamamiento en calidad de interviniente ad excludendum al señor LESNER DOMINGO VERTEL ECHEVERRY, el A-quo solo dispone del reconocimiento que se hizo en su momento sobre la pensión de sobrevivientes y, la resolución posterior que lo dejó sin el derecho por fraude, por ello, no existe otro medio probatorio que aduzca a que la pensión disputada debe ser del 100% en cabeza del actor, el señor RIGOBERTO GALINDO.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

3.1. El apoderado judicial de la parte **demandante** interpuso recurso de apelación contra de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que, en principio se debe reconocer el retroactivo pensional desde el 02 de julio de 2016 hasta el 30 abril de 2019, alegando en que desde el 02 de julio de 2016 hasta el 30 noviembre de 2018, COLPENSIONES le adeuda la totalidad de las mesadas equivalente a un SMLMV, desde el 01 diciembre de 2018 hasta el 30 abril de 2019 le adeuda un 50% de la mesada pensional y los intereses moratorios van desde el 02 marzo del 2018 hasta el 31 de mayo de 2019, ya que desde el 01 de junio le empezaron a pagar el 100% de la mesada, asimismo, desde el 01 de junio hasta la actualidad, solicita la indexación, ante ello, el retroactivo pensional sería de \$25.810.678,00.

Además de ello, el demandante solicitó a COLPENSIONES reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el 01 noviembre de 2017, y le fue reconocida el 20 noviembre de 2018 bajo resolución SUB 301654 en un 50%, ingresada a nómina en el período 2018-12 y se empezó a pagar en el período 2019-01, sin reconocimiento y pago

del retroactivo pensional, posterior a ello, el 30 de abril de 2019, la resolución SUB 104053 revocó la GNR 388172 del 22 de diciembre de 2016 (Donde se reconoce pensión de sobrevivientes al señor FREDIS DARIO) y revocó parcialmente la SUB 301654 del 20 de noviembre de 2018, en el sentido de que la pensión de sobrevivientes reconocida al señor FREDIS DARIO fue mediante fraude y se ordenó su retiro, por ello, COLPENSIONES expidió la resolución DPE 2388 del 30 abril de 2019, la cual modificó la resolución SUB 301654 ordenando el acrecimiento de la mesada pensional a favor del demandante de un 50% a un 100%, ingresada a nómina el período 2019-05, la cual se pagó en el período 2019-06 sin reconocimiento y pago del retroactivo pensional.

Por otro lado también alega que, COLPENSIONES expidió un acto administrativo ordenando al señor FREDIS DARIO a que reintegrara los recursos que recibió mientras ostentó la calidad de beneficiario de la pensión de forma fraudulenta, por ello aduce que, COLPENSIONES tiene acciones y mecanismos idóneos para obtener el pago de los recursos cancelados en indebida forma, y por esto mismo, es la misma COLPENSIONES quien debe soportar la carga y consecuencias del mal procedimiento de auditoría de campo y posterior pago a favor del señor FREDIS DARIO, por ello no debe ser el actor quien soporte esa carga, ante ello arguye que, se le debe reconocer y pagar a su favor el retroactivo pensional desde el 02 de julio de 2016, sin condicionamiento alguno.

En otro punto del recurso aduce que, en cuanto al llamamiento en calidad de interviniente ad excludendum al señor LESNER DOMINGO VERTEL ECHEVERRY, éste no contestó la demanda, por lo que se presume que no está interesado en acceder a la pretensión, ratificando el hecho de que el demandante tiene el derecho de acceder al 100% de la pensión de sobrevivientes, y en cuanto al fenómeno de la prescripción, éste no opera en este caso en concreto, ya que la solicitud realizada por el demandante fue el 01 de noviembre de 2017, e interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la

resolución SUB 56597 del 28 febrero del 2019, la cual fue denegada la prestación el 26 de marzo del 2018, y la demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2019, por ello, no debe operar la prescripción frente al retroactivo pensional causado desde el 02 de julio de 2016.

Ante lo anterior, solicita que se declare y condene al retroactivo pensional de la pensión de sobrevivientes en favor del demandante por tener la calidad de hijo invalido, desde el 02 de julio de 2016, fecha del fallecimiento de su madre, la señora DIANA ESTHER CABEZA TOSCANO (QEPD), asimismo, que se condene al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales tienen cavida en el asunto por la naturaleza resarcitoria ante la mora de la entidad.

3.2, Por su parte, la apoderada judicial de la parte demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación aduciendo que, mediante resolución GNR 3881752 del 22 de diciembre de 2016, le reconoció al señor FREDIS JAIMES CHAGUIZ pensión de sobrevivientes en calidad de compañero permanente de la causante señora DIANA CABEZA TOSCANO, mientras que el 01 de noviembre de 2017 el señor RIGOBERTO GALINDO solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, a la cual mediante resolución SUB 56597 del 28 febrero de 2018, le niega la petición, manifestándole que se encontraba en curso investigación administrativa por presunto fraude por parte del señor FREDIS JAIMES CHAGUIZ, posterior a ello, mediante resolución SUB 104053 del 30 abril de 2019, revoca la resolución GNR 3881752 del 22 de diciembre de 2016, en la cual se le reconoce pensión de sobrevivientes al señor FREDIS JAIMES CHAGUIZ ya que arrojó como resultado que la pensión se obtuvo de manera fraudulenta, por ello, COLPENSIONES expide la resolución DPE 2388 del 30 de abril de 2019, la cual modificó la resolución SUB 301654 del 20 noviembre del 2018, donde se ordenó acrecentar la mesada pensional al señor RIGOBERTO GALINDO en un 100%, por ello, el retroactivo pensional no es procedente.

En cuanto a las costas aduce que, se opone a las mismas ya que COLPENSIONES durante el proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de buena fe, además, dentro del mismo no se encuentra prueba alguna que evidencie la acreditación de las mismas, ya que no hay facturas, soportes de pagos o viáticos que demuestren que hubo un gasto asumido por la parte demandante, ya que según lo dicho por el artículo 365 del Código General del Proceso en su numeral 5, solo habrá lugar a costas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, cuestión que no ocurre en este caso.

IV. TRASLADO EN SEGUNDA INSTANCIA-

Mediante auto adiado diciembre 02 de 2021, se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención del apoderado judicial de la parte demandante y el demandado (Colpensiones)

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que corresponderá a esta Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia por haber sido adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ende, están en juego dineros de la Nación.

2. Problema jurídico

Corresponderá a la Sala:

- Establecer si resulta procedente la condena a COLPENSIONES del pago del retroactivo pensional a favor del señor RIGOBERTO ANTONIO GALINDO MEZA.

- Si proceden o no, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en el presente caso,
- Si procede o no, la condena en costas a la entidad demandada.

3. Del retroactivo pensional

Pues bien, pretende la parte demandante le sea reconocido el retroactivo pensional a partir del 02 de julio de 2016, fecha en la cual falleció su señora madre, y de igual forma, los intereses moratorios correspondiente, no obstante, considera esta Sala que ello no es procedente, conforme a lo que pasamos a exponer:

La señora Diana Ester Cabeza Toscano falleció el día 02 de julio de 2016, en virtud de ello, se presentó a reclamar el derecho pensional, el señor Fredis Darío James Chaguiz, el cual le fue reconocido mediante Resolución GNR 388172 de diciembre 22 de 2016, a partir del 2 de julio de 2016. No obstante a lo anterior, el hoy accionante, en su condición de hijo de la señora Cabeza Toscano, solicitó el reconocimiento y pago de dicha pensión, el día 1º de noviembre de 2017, sin embargo, a través de la Resolución No. SU 56597 de febrero 28 de 2018, no se accedió a dicha solicitud, toda vez que la entidad accionada, Colpensiones, se encontraba adelantando investigación administrativa especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 243 de la Ley 1450 de 2011 y la Resolución Interna No. 555 de noviembre 30 de 2015.

Más adelante, mediante Resolución No. DPE 2388 de abril 30 de 2019, se acrecenta la pensión en un 100% a favor del hoy accionante, empero, éste pretende el reconocimiento del derecho pensional, a partir de la fecha de causación del derecho, esto es, desde el 02 de julio de 2016. Asimismo, pretende el reconocimiento de los intereses moratorios-

En ese orden de ideas, ha sido criterio inveterado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y acogido por este Tribunal Superior, que cuando de buena fe la Administradora de Pensiones viene reconociendo la pensión de sobrevivientes a uno de los beneficiarios, y con posterioridad aparece uno que alega tener mejor o igual derecho, no es dicha administradora la obligada a reconocer el pago del retroactivo, sino que será el beneficiario que indebidamente viene percibiendo las mesadas, el obligado a realizar la devolución, pues, aceptar lo contrario, implicaría a voces de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral *“una doble erogación del tesoro público, en contravía del mandato previsto en el artículo 128 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 48 ibidem, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, que consagra la sostenibilidad financiera del sistema pensional como uno de los principios fundantes del derecho a la seguridad social”*. (ver sentencia en la sentencia SL17408, radicación N° 52345 del veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2017)).

Y es que lo anterior resulta lógico, pues, si la administradora viene reconociendo, de buena fe, el derecho pensional en un 100% hasta antes de proferirse la sentencia de primera instancia, mal podría condenarse a ésta pague un retroactivo pensional desde que se causó el derecho en proporción del 50% de la pensión de sobrevivientes, pues, ello implicaría que la pensión de sobrevivientes se cancele en monto superior al 100%.

Así lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL 2904 de 2017 donde se estableció lo siguiente:

“No obstante que el causante falleció el 19 de enero de 1985, la Sala reconocerá el derecho a la señora Olga María Martínez Florián, a partir del 18 de febrero de 1986, momento en que la entidad suspendió la cancelación del derecho pensional a favor de la cónyuge Paulina Cayón Linero, en virtud de sentencia judicial, pues ordenarlo desde fecha anterior conduciría a un doble pago en contra de la entidad demandada.”

Igualmente, en la SL 930 de 2018 la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral aduce lo siguiente:

*“En ese sentido, a juicio de esta Sala la cancelación de la pensión de forma íntegra en favor de Gloria Elena Díaz García, debe realizarse a partir del último pago que hizo la empresa a sus hijos, y que, según se reportó en la prueba que se surtió, previo a expedir esta determinación y sobre la cual las partes tuvieron la oportunidad de pronunciarse, lo fue el 1 de septiembre de 2002. Por ello, es a partir de allí se dispondrá su cancelación, sin perjuicio de aquella, **si lo considera pertinente, pueda adelantar trámite para repetir en contra de quienes recibieron el 100%, para ese modo recuperar el valor de la pensión del 50% que se originó tras el deceso de su compañero permanente, sin que sea posible imponer una doble carga, menos tratándose de dinero del erario**” (Subraya la Sala)*

Acorde a lo precedente, no es dable reconocer el retroactivo pensional desde la fecha solicitada por el actor, quien, en últimas, como lo supone la jurisprudencia, deberá repetir contra quien devengó la mesada pensional desde la data en que se causó el derecho. En ese orden, se revocará el numeral primero y tercero de la sentencia apelada, en el sentido de absolver a Colpensiones del pago del retroactivo pensional.

4. De los intereses moratorios.

Por otro lado, en lo atinente a los intereses moratorios, ninguna razón de ser encuentra la Sala en el reconocimiento de los mismos desde la fecha en que los reconoció el enjuiciador de primera instancia, esto es, el 01 enero de 2018, pues, si bien la parte actora elevó solicitud de reconocimiento de pensión desde el 1º de noviembre de 2017, lo cierto es, que la Administradora de pensiones se encontraba realizando una investigación administrativa especial, que impidió el reconocimiento de la pensión, la cual arrojó como resultado que la pensión reconocida al señor FREDIS JAIMES CHAGUIZ fue obtenida de manera fraudulenta, lo cual impide que se reconozcan los aludidos intereses, pues, si la jurisprudencia considera no viable reconocer las mesadas desde la causación, con más razón los intereses de mora sobre éstas. Así las cosas, se revocará el numeral cuarto de la sentencia antes referenciada, y, en consecuencia, se absolverá a la accionada del reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

5. De la condena en costas.

Como quiera que se está revocando la sentencia apelada, se condenará en costas tanto en primera como en segunda instancia a la parte demandante, ello conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000,00) de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

6. Por colofón

Se revocarán los numerales primero, tercero y cuarto de la sentencia de fecha y origen antes anotados, atinente al reconocimiento del retroactivo pensional y los intereses moratorios, asimismo, se impondrán costas tanto en primera como en segunda instancia a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, tercero y cuarto de la sentencia de fecha noviembre 08 de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 230013105001-2020-00029-01, folio 432 promovido por RIGOBERTO ANTONIO GALINDO CABEZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, atinentes al

reconocimiento del retroactivo pensional y los intereses moratorios, y en su lugar, absolver a Colpensiones de las aludidas condenas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada

TERCERO: Costas en primera y segunda instancia a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000,00)

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado