

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

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-001-2019-00224-01 Folio 336-2021

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintiocho (28) de septiembre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia de veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **VICTOR HUGO DEJANON VILLADIEGO** contra **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones

Pretende la parte actora, se declare la nulidad o ineficacia del artículo 51 del Acuerdo extraconvencional del 18 de septiembre de 2003, entre ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P. – ELECTROCOSTA y algunas de sus directivas sindicales, así como de la modificación realizada sobre el art. 18 de la Convención Colectiva de Trabajo, en consecuencia, se declare que el señor VICTOR HUGO DEJANON VILLADIEGO, tiene derecho a la pensión convencional establecida en dicho artículo, equivalente al 100% del salario promedio devengado en los últimos tres (3) meses de servicio, a partir del día 30 de julio de 2010, fecha en la cual la demandada negó la pensión convencional.

Se condene a ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. en intervención a pagar las mesadas pensionales causadas y debidas desde la negación de la pensión convencional hasta cuando se reconozca la pensión extralegal, sin tener en cuenta los salarios devengados como trabajador activo desde el momento de la negación de la misma por parte de la demandada, costas y agencias en derecho e indexación.

I.II HECHOS

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

- Indica el actor, inició una relación laboral con la empresa ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA S.A. E.S.P. hoy ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P., a partir del día 12 de octubre de 1988, mediante contrato de trabajo a término indefinido, bajo el cargo de OPERARIO SS EE en distrito Córdoba.
- Informa que desde el 12 de octubre de 1988 se vinculó al Sindicato De Trabajadores De La Energía De Colombia – SINTRAELECOL, hasta la actualidad.
- Arguye que la empresa ELECTROCORDOBA celebró contrato de sustitución patronal con la empresa ELECTRIFICADORA DE COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P. (ELECTRO COSTA), el día 4 de agosto de 1998, manteniendo en su totalidad los beneficios contractuales y convencionales de los trabajadores.
- Dice que el día 24 de julio de 1988, se celebró y depositó ante la autoridad del trabajo, CCT 1998-1999 entre ELECTROCORDOBA y SINTRAELECOL subdirectiva de Córdoba, estableciendo en el art. 18 lo concerniente al nuevo régimen de jubilación.
- Aduce que, el 18 de septiembre de 2003, entre SINTRAELECOL y ELCTRO COSTA, sin previo conflicto colectivo o denuncia de la Convención Colectiva, se celebró ACUERDO EXTRA CONVENCIONAL en el cual, su artículo 51 modificó las condiciones pensionales establecidas en el artículo 18 de la convención colectiva vigente, incrementando los años de servicio para acceder a la pensión convencional para el distrito Córdoba desde el 1 de enero de 2006 en adelante en tres años de servicio adicionales.
- Afirma además, el mentado acuerdo extra convencional, no era aclaratorio sobre algún punto confuso de la convención colectiva, sino que por el contrario, fue modificadorio, y no en el sentido de mejorar las condiciones de los trabajadores, sino en hacer más gravosos los requisitos pensionales.
- Comenta, el 26 de julio de 2010, mediante escrito solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por haber cumplido los requisitos establecidos en la CCT, lo cual fue respondido de manera negativa el 30 de julio, argumentando que el cumplimiento de sus requisitos se materializaba el 12 de octubre de 2013.
- Finalmente añade, no tuvo otra opción que seguir laborando al servicio de la accionada, para mantener su única fuente de ingresos económicos y poder acceder posteriormente a la pensión de vejez establecida en la Ley.

I.III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I.III.I. ELECTRICARIBE S.A. ESP EN INTERVENCIÓN.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por la demandada, a través de su apoderado judicial, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Relata que la empresa y el sindicato llegaron a un acuerdo extraconvencional el día 26 de septiembre de 2003, que modificó los requisitos de jubilación de carácter convencional, pero, el demandante a la fecha que se suscribió el acuerdo, no tenía ningún derecho adquirido en materia pensional, y dice, no puede perderse de vista que dicho acuerdo también concedió otros beneficios económicos a todos los empleados, siendo el actor uno de los beneficiados.

En su defensa formuló las excepciones de "Prescripción", "Buena fe", "Compensación", "Inaplicabilidad del artículo 18 de la Convención Colectiva de trabajo al actor", "Inaplicabilidad de la Convención Colectiva al actor por falta del cumplimiento de los requisitos legales", "Improcedencia de doble pago a cargo del empleador: salario y pensión convencional en forma simultánea".

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 21 de septiembre de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería decidió: DECLARAR la ineficacia del acuerdo extralegal de fecha 18 de septiembre del año 2003, suscrito entre la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A E.S.P y la ORGANIZACIÓN SINDICAL, SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD DE COLOMBIA – SINTRAELECOL, como consecuencia de lo anterior, que el señor VICTOR HUGO DEJANON VILLADIEGO, tiene derecho a la pensión convencional reglada en el artículo 18 de la convención, vigente para los años 1998- 1999, a cargo de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A E.S.P, a partir del 30 de julio del año 2010, fecha para la cual se debe hacer la liquidación correspondiente, cuyas mesadas se deberán indexar anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la ley 100 de 1993, esto es, dándole aplicación plena al artículo 18 de la convención colectiva. En cuanto al salario base a tener en cuenta, alude que será el dispuesto en la convención colectiva y Condenar a la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A E.S.P, aquí representada por el PATRIMONIO AUTONOMO FONDO NACIONAL DE PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A E.S.P FONECA, en su calidad de sucesor procesal reconocido, a pagar la pensión anunciada. Imponiéndose el pago de mesadas, a partir del día 31 de julio del año 2016, hasta la fecha en que se incluya en nómina como pensionado y se procedan a pagar las mesadas correspondientes a título de mesadas retroactivas.

Indexar las sumas correspondientes a las mesadas pensionales conforme se causaron y hasta el momento en que se verifique el pago total de esta obligación para ello, se debe utilizar la formula $VR = VH * I.P.C \text{ FINAL} / I.P.C \text{ INICIAL}$.

Pudo determinar el a-quo, al ser el Acuerdo celebrado el día 18 de septiembre de 2003 desconocedor de derechos convencionales, se torna ineficaz.

Sobre la pensión de jubilación deprecada adujo, esta se causó el 27 de abril de 2010, fecha en la cual cumplió el actor con los requisitos de edad y tiempo de servicio para la demandada, debiendo pagarse desde el momento en que fue solicitada, esto es, el 26 de julio de 2010.

III. RECURSO DE APELACION

III.I. Parte demandada

Presentó recurso de apelación la apoderada judicial de la parte demandada, argumentando que la jurisprudencia es clara al decir que las actas extra convencionales tienen todo el respaldo constitucional y legal, por tanto, considera que se debió declarar la eficacia las actas extra convencionales que se encuentran en disputa.

Por otro lado, manifiesta en lo que toca al cumplimiento de los requisitos del art. 18 de la CCT, es clara la norma al disponer que su aplicación era extensible a los trabajadores vinculados a ELECTROCORDOBA a 31 de octubre de 1985, con un tiempo de servicio continuo de hasta cinco años, jubilándose los mismos con el plan 72, y teniendo en cuenta que el señor Víctor empezó a laborar el 12 de octubre de 1988, al 31 de octubre de 1985 no cuenta con el beneficio de la disposición plasmada.

Adicionalmente manifiesta, no es posible que se reconozca al actor una pensión convencional con efectos retroactivos al 30 de julio de 2010, fecha en que solicitó a la empresa demandada la pensión, ya que como él mismo narró en su demanda, continúa prestando sus servicios en forma activa para la empresa ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., razón por la que a su criterio no es posible acceder a tal reconocimiento, dado que ello implicaría un doble pago a su representada, lo que no es permitido a voces de la H. Sala Laboral de la CSJ, que en casos similares así lo planteó.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. Parte demandada

El apoderado judicial de Electricaribe S.A, presentó alegatos de conclusión, ratificándose de lo argumentado en la sustentación del recurso. La contraparte guardó silencio.

IV.II. Parte demandante

La parte no apelante guardó 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 de fondo el recurso de apelación, interpuesto por las partes.

V.II. Problema jurídico

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas por la parte demandada en su recurso, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si erró el a-quo al declarar la ineficacia e inaplicabilidad del acuerdo de fecha 18 de septiembre de 2003. **(ii)** determinar si el señor Víctor Hugo Dejanon Villadiego tiene derecho al pago de la solicitada pensión convencional contemplada en el art 18 de la CCT 1998-1999 suscrita entre SINTRAELECOL y la empresa ELCTROCORDOBA.

(i) Inaplicación del Acuerdo extra convencional del 18 de septiembre de 2003 suscrito por ELECTROCOSTA S.A. E.S.P y SINTRAELECOL:

Ha de iniciarse el presente asunto, anotando que el acuerdo en mención comporta una desmejora de las condiciones pensionales pactadas en la CCTA 1965 – 1999, concretamente el derecho pensional.

Siendo así las cosas, es evidente que el mentado Acuerdo contraviene, los artículos 53 de la Constitución, 13, 14 y 43 del CST, entre otros. Es que, tal Acuerdo extraconvencional, respecto del cual no está acreditado que haya sido producto de un proceso de negociación colectiva o instado por denuncia o revisión, no podría desmejorar las condiciones laborales y pensionales de los trabajadores previstas en CCT preexistentes (**Vid. sentencias SL1495-2019, SL740-2019, SL584-2019, SL4455-2018, SL4526-2018, SL3933-2018, SL-2417-2018; SL9165, 9 jun. 2014, rad. 54116, CSL SL12138, 3 sept. 2014, rad.59682 y CSJ SL2105, 11 feb. 2015, rad. 49370**, precisamente en procesos en los que ha sido parte demandada la misma empresa que aquí funge con ese mismo rol.

Lo anterior significa que, el susodicho Acuerdo debe ser inaplicado para el demandante, más no declararse su ineficacia de forma abstracta, porque ello solo podrá ser pretendido por las partes del mismo, y, en tratándose de sindicatos, los trabajadores individuales no llevan su representación, y así se indica en la **Sentencia SL3933-2018, reiterada en la SL4526-2018 y SL4455-2018**.

En conclusión, el Acuerdo Extraconvencional en comentario contraviene la Constitución y la Ley, por lo que procede su inaplicación para el caso, y, por tanto, no prospera la apelación respecto a este tópico.

(ii) Causación del derecho pensional deprecado.

Pues bien, en la convención colectiva de trabajo suscrita entre LA ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA S.A. y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE EMPRESAS DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA SUBDIRECTIVA DE CORDOBA, en su art. 18, se estipuló lo siguiente:

"ARTIICULO 18. NUEVO REGIMÉN DE JUBILACIÓN

La Electrificadora de Córdoba S.A. E.S.P. jubilará a sus trabajadores, de acuerdo a los siguientes requisitos:

(...) d) Los trabajadores que ingresen a la empresa a partir del 1º de noviembre de 1985 se jubilaran con el plan setenta y dos (72) consistentes en veinte años de servicios continuos o discontinuos exclusivamente con la empresa y un tope mínimo de cincuenta (50) años de edad".

Ahora, de acuerdo con la documental aportada al expediente, se demuestra que efectivamente el actor para la fecha 27 de abril de 2010, cumplía con los requisitos exigidos por el artículo en cita para adquirir el estatus pensional, teniendo en cuenta que a *folio 22 del cuaderno de primera instancia obra copia* de Registro Civil de Nacimiento del señor Victor Hugo Dejanon Villadiego donde se verifica, que a esa fecha contaba con 50 años de edad. así mismo, se prueba que ingresó a laborar para la empresa demandada el 12 de octubre de 1988,

situación que no es objeto de debate al ser aceptada por la contraparte, contando con 21 años de servicio para la data en comento, por lo tanto, se encontraba causado el derecho a adquirir la pensión de jubilación; no obstante, según bien sentado está por la jurisprudencia, el disfrute de la misma, se encuentra condicionado a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, *se requiere la desafiliación del régimen*¹, entendiéndose este, como el momento a partir del cual se genera el pago de las mesadas retroactivas.

En este orden de ideas, el disfrute de la pensión del actor se encontraba condicionado al retiro del servicio o desafiliación del sistema, aspecto decantando en la sentencia SL22068 del 6 de diciembre de 2017, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, que indicó:

"Además de lo discurrido en sede del recurso extraordinario, importa a la Sala destacar que el disfrute de la pensión de jubilación reconocida al actor --en sede de instancia-- quedará supeditada al retiro efectivo del servicio en razón a que mediante sentencia SL20195-2017 (radicación 45686) del 29 de noviembre de 2017, esta Sala de la Corte ordenó el reintegro del señor José María Nanclares Zamora "al cargo de AUXILIAR DE OPERACIONES Y MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURA ELECTRÓNICO OCCIDENTE – URABÁ, con sede en Apartadó, o a otro de igual o superior categoría, a partir del 26 de julio de 2006".

Y posteriormente, también en la sentencia SL3824 del 22 de agosto de 2018, en una situación similar contra la empresa ELECTRICARIBE S.A. se dijo:

"En atención a esa situación, el disfrute de la pensión de jubilación convencional, quedará supeditado al retiro efectivo del servicio, posición que esta Sala ya ha adoptado, aunque en juicios seguidos en contra de otro demandado, pero que igualmente son aplicables a este asunto, pues de ordenar el reconocimiento de la prestación, desde el momento en que se reunieron los requisitos previstos en el acuerdo extralegal, esto es, el 15 de marzo de 2009, se le impondría al empleador una carga doble de sus obligaciones laborales".

De lo anterior es fácil inferir, no hay lugar al disfrute de la pensión de jubilación convencional en los términos esbozados por el a-quo, es decir, desde el momento en que se presentó la solicitud ante la empresa demandada, sino que esta se encontrará condicionada al retiro efectivo del servicio prestado por el actor, el cual a sus voces, continuaba vigente hasta la fecha en que se presentó la demanda, siendo esto aceptado por la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P, representada por el PATRIMONIO AUTONOMO DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. FONECA, lo anterior en aras de prevenir la imposición de una doble carga al empleador, siendo estos motivos suficientes para modificar en este sentido la sentencia objeto de estudio.

VI.VI. Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que el recurso de apelación prosperó parcialmente y no hubo contradicción de la parte no apelante en esta instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del 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, administrado justicia en nombre la República de Colombia;

VIII. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **PRIMERO, SEGUNDO** y **TERCERO** de la sentencia apelada, en el sentido de DECLARAR la ineficacia del acuerdo extraconvencional de fecha 18 de septiembre de 2003, suscrito entre la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. y la ORGANIZACIÓN SINDICAL, SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD DE COLOMBIA – SINTRAELECOL, con respecto al demandante señor VICTOR HUGO DEJANON VILLADIEGO, y en consecuencia, DECLARAR que el demandante tiene derecho a la pensión convencional reglada en el artículo 18 de la convención colectiva, vigente para los años 1998-1999, a cargo de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P., a partir de la desvinculación de la entidad, prestación que se deberá liquidar con el 100% del salario promedio devengado en los últimos tres meses de servicio.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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

ORDINARIO LABORAL
Expediente: 23-001-31-05-005-2020-00104-01 Folio 348-2021
DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintiocho (28) de septiembre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la demandante respecto de la Sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **SARA MARITZA GARCIA DE ORTIZ** contra **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

La demandante llamó a juicio a las Administradora de Pensiones Colpensiones, a fin que le reconozca y pague pensión de vejez desde marzo del año 2000 bajo la egida del Acuerdo 049 de 1990, el pago de mesadas atrasadas junto con el retroactivo y el incremento de que trata el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la misma norma e indexación de las condenas.

I.II. Hechos

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

Relata la demandante nació el 27 de diciembre de 1932, es decir, a la presentación de la demanda ostenta la edad de 87 años.

Que mediante resolución 000299 de marzo del año 2000, el ISS negó su derecho a la pensión de vejez, bajo el argumento de no contar con el requisito de semanas cotizas.

Afirma que, en fecha 10 de julio de 2019 presentó ante Colpensiones solicitud de pensión con radicado 2019-9148757, la cual fue resuelta por medio de oficio de fecha 12 de julio negando la pensión de vejez por segunda vez, con el argumento que los formularios 1, 2 y 3 estaban incompletos y que solo los recibían en *cetii*, por lo que tuvo que nuevamente solicitarlos a la Gobernación

de Sucre, trámite que se extendió por cinco meses para que los volvieran a expedir.

Asimismo, indica que laboró en las siguientes entidades públicas y privadas:

Entidad	Tiempo	Semanas
Simón Araujo	01 de abril 1968 al 30 de enero de 1973	248.14
Normal Superior	01 de marzo de 1975 al 15 de mayo de 1976	62.14
Bellas Artes	17 de febrero 1972 al 03 de marzo de 1978	311
Distrimusical	26 septiembre 1983 a 01 de julio de 1984	39

Colegio Eucarístico	14 de marzo 1994 a 01 diciembre de 1994	37.57
Religión Mercedes	01 marzo 1996 al 30 de noviembre de 1996	38.57
Religión Mercedes	01 febrero de 1997 al 30 de noviembre de 1997	38.58
Colegio Eucarístico	01 febrero de 1998 al 30 noviembre 1998	42.86
Colegio Eucarístico	01 febrero 1999 al 31 de diciembre 1999	47.14

Finalmente indica que, el 27 de abril de 2020 nuevamente solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión, la cual fue negada por tercera vez aduciendo que no cumplió los requisitos contenidos en el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1996, como tampoco el acto Legislativo 01 de 2005, en razón a que tan solo acreditó 714 semanas y el régimen no le fue extensivo.

III. Contestación de la demanda

III.I. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la administradora de pensiones Colpensiones contestó, oponiéndose a todas las pretensiones; respecto de los hechos adujo ser ciertos unos, no serlo otros y no constarle los demás.

Como medios de defensa formuló las excepciones de mérito que denominó; inexistencia de las obligaciones reclamadas por no acreditar requisitos legales, buena fe, prescripción e innominada o genéricas.

IV. SENTENCIA APELADA Y CONSULTA

El A-quo negó las pretensiones a la demandante, declaró probadas las excepciones de "inexistencia de las obligaciones reclamadas por no acreditar requisitos legales" propuesta por Colpensiones; absolvió a dicha entidad de todos los reclamos y condenó en costas a la actora en un salario mínimo legal mensual vigente.

Como sustento de la decisión adujo que, la demandante tuvo varias vinculaciones que permitieron inferior que contaba con 510 semanas, las cuales

fueron cotizadas a Cajanal en calidad de empleada pública, sin que a esa fecha existieran cotizaciones al ISS.

Asimismo, indicó que las cotizaciones efectuadas al ISS fueron desde el 14 de marzo de 1994 al 31 de diciembre de 1999, para un total de 204,71, las cuales no fueron contabilizadas por Colpensiones, lo que verificó con la historia laboral actualizada a 24 de agosto de 2020, y que asimismo observó que existía periodos en mora por el empleador Distrimusical, que tampoco fueron acogidos por Colpensiones desde la data de 16 de septiembre de 1983 al 01 de julio de 1984, con reporte de 40 semanas.

Indicó el A-quo que, respecto de la mora patronal la Corte Suprema de Justicia había establecido que, en esos casos la parte demandante debía acreditar en el proceso que existió para esa data un contrato laboral, circunstancia que no acreditó la actora, respecto de la empresa Distrimusical, más cuando para la fecha en la cual indica que se desarrolló el contrato laboral el mencionado empleador se encontraba en proceso de concursal con sus acreedores lo que generó un mar de dudas sobre la existencia o no del vínculo laboral; que pese a ordenar pruebas de oficio, tampoco fueron suficientes para evidenciar la existencia de la relación laboral alegada.

Así entonces, que para determinar el régimen aplicable, y teniendo en cuenta las 510 semanas cotizadas procedió a estudiar los requisitos legales para obtener la pensión de vejez bajo el régimen de transición, observando que la demandante cumplió el requisito de edad en 1994, es decir, que acredita el primero de los requisitos; respecto de las semanas cotizadas indicó que, como el mencionado régimen fue modificado por acto Legislativo 01 de 2005, la demandante debía acreditar a la entrada en vigencia del mencionado acto Legislativo 750 semanas, lo cual no aconteció, si se tiene en cuenta que tan solo cotizó un total de 510 semanas, las que fueron insuficientes para superar el régimen de transición.

Por ello, declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas por no acreditar requisitos legales propuestas por Colpensiones y condenó en costas a la demandante en un SMLMV.

V. RECURSO DE APELACIÓN POR EL DEMANDANTE

Oportunamente el apoderado judicial del demandante en desacuerdo con la decisión del A-quo, presentó recurso de apelación indicando que la H. Corte Constitucional ha establecido que la historia laboral es un documento administrado por Administradoras de pensiones sean públicas y privadas y que se nutre de los aportes de los afiliados.

Que son dichas entidades las principales responsables de la custodia de la información y por tanto deben responder por ella y no endilgarles responsabilidades a los afiliados.

Aduce que el alto Tribunal Constitucional recordó que, las administradoras de pensiones tienen la obligación de cobrar a las empresas que omitan el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones y no trasladar esta obligación a los afiliados.

Finalmente solicita, sea revoca la condena en costas impuesta, dado que la demandante padece graves enfermedades, a la fecha tiene 82 años, edad que

le impiden laborar, y que una condena como esta agravaría más la situación económica.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta etapa procesal, oportunamente la apoderada judicial de la Administradora de Pensiones Colpensiones presentó alegatos de conclusión apuntando a que la demandante no acreditó los requisitos legales contenidos en el Acuerdo 224 de 1966 como tampoco del Acuerdo 049 de 1990.

VII. CONSIDERACIONES

VII.I. 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 y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la demandante.

VII.II. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas por la parte demandante corresponde a la Sala determinar; **I)** Si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En caso afirmativo. **II)** Su derecho pensional debe ser reconocido a la luz del Acuerdo 049 de 1990. De salir avante el anterior tópico. Determinar, **III)** La cuantía pensional, número de mesadas al año, fecha de disfrute, y retroactivo; **IV)** La excepción de prescripción; **V)** Intereses moratorios; **VI)** Costa de primera instancia.

VII.III. Marco Normativo y Jurisprudencial aplicable al asunto.

Habida cuenta que la demandante reclama el reconocimiento de la dispensa pensional de vejez a luz del régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y bajo las prescripciones normativas del Acuerdo N°049 emanado del extinto ISS, conviene aquí citar el tenor literal de dichas normas y algunos pronunciamientos que sobre tales prescripciones ha hecho tanto el H. Consejo de Estado como la H. Corte Constitucional.

El Legislador Nacional al expedir la Ley 100 de 1993 por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral buscó además de la modernización del sistema pensional al diseñar 2 tipos de regímenes basado claramente en los principios de legalidad, universalidad y solidaridad, no obstante, y a fin de salvaguardar los derechos adquiridos en materia pensional por todos aquellos trabajadores afiliados a los regímenes preexistentes, se estableció en el artículo 36 de la citada normatividad el régimen de transición normativo, cuyo tenor literal es el siguiente:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema*

tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

Ahora bien, una de las normatividades preexistentes a la Ley 100 de 1993 que regulaba el emolumento pensional de los empleados públicos era el Acuerdo N° 049 de 1990 emanado del antiguo ISS, dicho Acuerdo fue reglamentado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 758 de 1990, el cual sobre la pensión de vejez preceptuaba en su artículo 12;

ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:
a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

Sobre la aplicación de este régimen anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y sus efectos ultraactivos ha decantado lo siguiente la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 9 de junio de 2020. Exp. 1117-09.

"Debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36- conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.

En virtud del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990. Igualmente, en virtud del régimen de transición, también es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general –establecida en la Ley 33 de 1985- como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100. En este contexto del régimen de transición, es posible también para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social,

ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo como cotizado servidor público a cajas de previsión. De esta manera, la pensión de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional."

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Congreso de la República expidió en el año 2005 el Acto Legislativo N° 01 de dicha anualidad, el cual en su parágrafo 4to estableció una fecha límite para la aplicación e invocación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley de 1993, la disposición antes dicha es del siguiente tenor literal:

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

Sobre la naturaleza jurídica y aplicación de la disposición del parágrafo 4to del Acto Legislativo 01 de 2005, ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional- Sentencia T-596 de 2016. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, lo siguiente:

"En síntesis, una vez se expidió el Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones sustanciales al Sistema General de Pensiones, entre ellas, la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, lo que significa que, en principio, se extendieron los efectos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solo hasta dicha fecha, por lo tanto quienes hubieren causado un derecho pensional hasta ese momento (cumplimiento de edad y tiempo de servicios), tienen un derecho adquirido, en los términos del artículo 48 de la Constitución Política. Ahora bien, con el fin de proteger las expectativas de quienes en un futuro logren acreditar lo que la hipótesis normativa contempla, se extendieron estos efectos hasta el 31 de diciembre 2014, para quienes cumplieron un número mínimo de 750 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, 25 de julio.

Con lo anterior, el legislador buscó unificar algunas reglas en materia pensional y eliminar beneficios desproporcionados y según lo ha entendido esta Corporación, el criterio de la sostenibilidad financiera, en conjunto con principios constitucionales de la seguridad social como la universalidad y la solidaridad, justifica medidas como la limitación temporal del régimen de transición y la posibilidad de variar algunas reglas aplicables a sus beneficiarios. En el mismo sentido, la Corte ha señalado que en virtud de este criterio y de los principios que rigen la seguridad social, es necesario no permitir la continuidad de interpretaciones del régimen de transición que den lugar a ventajas pensionales desproporcionadas."

VIII. Del caso en concreto.

VIII.I. Del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Pues bien, para resolver el tópico planteado, se parte por determinar si la demandante SARA MARITZA GARCIA DE ORTIZ, en principio es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al momento de la entrada en vigencia (*en vigencia de la Ley 100 de 1993 fue el 30 de junio de 1995 para los niveles departamental y municipal*) del nuevo sistema de seguridad social contaba con 63 años de edad según se observa de la fecha de nacimiento visible en la copia del documento de identidad, en razón a que nació el 27 de diciembre de 1932 (fl.26), lo que permite concluir que es beneficiaria del mentado régimen pensional.

VIII.II Del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, teniendo en cuenta el mandato establecido en el párrafo cuarto del Acto Legislativo 01 de 2005; debe considerarse si al momento en que fenecía el régimen transicional previsto en dicha reforma constitucional, la actora tenía consolidados los requisitos exigidos por el régimen pensional aplicable, en este caso el previsto en el Acuerdo 049 de 1990 emanado del antiguo ISS para acceder a la pensión de vejez. En ese sentido se tiene ciertamente que el requisito de la edad se encontraba superado pues para la fecha de fenecimiento del régimen transicional, a saber, el 31 de julio de 2010 la demandante contaba con 78 años de edad, superando los 60 que exigía el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 (*Por medio del cual el Ministerio del Trabajo aprobó el acuerdo 049 de 1990*), la misma suerte ocurre con el segundo requisito en lo que atañe al número de semanas cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación, en razón a que, si se observa detenidamente, la demandante nació el 27 de diciembre de 1932, los 20 años anteriores de que trata el literal *b*) de artículo en mención, los cumplió el 27 de diciembre de 1987, data para la cual, según se observa en la historia laboral emanada por Colpensiones actualizada a 21 de julio de 2020, la demandante entre 1968 a 1976 había cotizado 621 semanas (fl.28-35), superando con ello las 500 exigidas, razón por la cual era procedente el reconocimiento de la prerrogativa pensional de vejez a la señora SARA MARITZA GARCIA DE ORTIZ por virtud del Acuerdo 049 de 1990. Así las cosas, concluye la Sala que no fue acertada la decisión del A-quo en negar el reconocimiento pensional como tampoco la de Colpensiones, y que por tanto como ya se dijo, era procedente el reconocimiento pensional.

De acuerdo con lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada y consultada y continuará con el estudio de los demás tópicos planteados.

VIII. III Fecha de disfrute de la pensión de vejez

En relación al disfrute de la pensión de jubilación la Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral en sentencia SL5263-2021-Radicación N° 80384 indicó;

"En lo relativo al disfrute de la pensión especial de vejez, esta Sala adoctrinó que, conforme los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, se requiere la desvinculación formal del sistema general de pensiones. Sin embargo, también precisó que, ante situaciones particulares, es posible acudir a otras posibilidades interpretativas y, en consecuencia, pagar la

pensión con antelación a dicho acto, cuando, por ejemplo, el afiliado continúa cotizando por la negativa injustificada de la entidad de conceder la prestación pedida oportunamente o en el supuesto en que la conducta del afiliado evidencie su voluntad de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema (CSJ SL5603-2016)."

Así entonces, en el caso sub examine se evidencia que la señora SARA MARITZA GARCIA DE ORTIZ, efectuó su última cotización el 31 de diciembre de 1999, es decir, que fue su voluntad de no seguir realizando cotizaciones al Sistema General de pensione, y por consiguiente, la desvinculación del sistema, por lo que, para la Sala, será desde esta fecha sobre la cual se efectúa el disfrute de la prerrogativa pensional de vejez.

En cuanto al monto de la pensión de vejez, el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para determinar el monto de la pensión serán las últimas 100 semanas así; *"el salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas"*. Se anexa tabla ilustrativa.

LIQUIDACIÓN I.B.L. 100 ULTIMAS SEMANAS			
Período	I.B.C.	Días	Semanas
ago-97	256.563	10	1,43
sep-97	256.563	30	4,29
oct-97	256.563	30	4,29
feb-98	302.744	30	4,29
mar-98	302.744	30	4,29
abr-98	302.744	30	4,29
may-98	302.744	30	4,29
jun-98	302.744	30	4,29
jul-98	302.744	30	4,29
ago-98	302.744	30	4,29
sep-98	302.744	30	4,29
oct-98	302.744	30	4,29
nov-98	302.744	30	4,29
feb-99	375.284	30	4,29
mar-99	375.284	30	4,29
abr-99	375.284	30	4,29

may-99	375.284	30	4,29
jun-99	375.284	30	4,29
jul-99	375.284	30	4,29
ago-99	375.284	30	4,29
sep-99	375.284	30	4,29
oct-99	375.284	30	4,29
nov-99	375.284	30	4,29
dic-99	375.284	30	4,29
	7.925.253	700	100,00

Luego de efectuada las operaciones aritméticas correspondientes, se obtiene una tasa de remplazo de 57% y un monto de mesada pensional en cuantía de \$ 195.603, la cual resulta ser inferior al SMLMV establecido para el año 2000 que lo fue de \$ 260.100., por lo que será este último el valor de la mesada para ese respectivo año. Ver tabla ilustrativa.

MONTO PENSIONAL	
SUMA DE SALARIOS DE LAS 100 ULTIMAS SEMANAS	7.925.253
CENTENCIMA PARTE	79.253
MULTIPLICADO POR 4,33	343.163
TASA DE REEMPLAZO	57%
MONTO DE LA MESADA	195.603

VIII.IV De la excepción de prescripción

Respecto a esta excepción, se observa que la demandante presentó reclamación administrativa a Colpensiones el 27 de abril de 2020, luego entonces en aplicación del artículo 488 CST y 151 del CPTSS, las mesadas pensiones causadas antes del 27 de abril de 2017 hacia atrás se encuentran prescritas, por lo que así se declarará.

VIII.IV Monto, número de mesadas y retroactivo pensional

Por virtud del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, para la pensión de vejez, la cuantía básica será del 45% del salario mensual base, con los respectivos incrementos.

Luego entonces, teniendo en cuenta que el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 el cual establece que, "«El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual

vigente”, ello significa que el monto de la pensión lo será el salario mínimo mensual vigente con los respectivos incrementos de cada año.

La demandante tendrá derecho a 14 mesadas, pues su derecho pensional se causó antes del año 2011, de acuerdo con el mandato 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

En consecuencia, al efectuar la operación aritmética tendiente a establecer el valor del retroactivo pensional desde el 01 de abril de 2017 hasta el 28 de febrero de 2022, arroja por ese exclusivo concepto el monto de \$ 57.654.505. Se anexa tabla ilustrativa:

LIQUIDACIÓN DE RETROACTIVO DESDE EL 01 DE ABRIL DE 2017 HASTA EL 28 DE FEBRERO DE 2022				
Desde	Hasta	Valor Mesada	Numero de Mesadas	Valor
1/04/2017	31/12/2017	737.717	11	8.114.887
1/01/2018	31/12/2018	781.242	14	10.937.388
1/01/2019	31/12/2019	828.116	14	11.593.624
1/01/2020	31/12/2020	877.803	14	12.289.242
1/01/2021	31/12/2021	908.526	14	12.719.364
1/01/2022	28/02/2022	1.000.000	2	2.000.000
TOTAL				57.654.505

No obstante, se autoriza a COLPENSIONES a efectuar los respectivos descuentos por aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo cual tiene respaldo jurisprudencial en la SL2624-2019, en la que se anotó;

"Sobre este argumento, encuentra la Sala que, en efecto, el inciso 2º del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización en salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este sistema en el régimen contributivo, tal como lo determina la misma ley en los artículos 157 y 203, se encuentra en su totalidad a cargo de aquéllos. En consonancia con ello, se encuentra no solo el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley en mención, que establece que las entidades pagadoras de las pensiones deben descontar las cotizaciones en mención y transferirlas a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el pensionado y girar un punto porcentual de aquéllas al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud -FOSYGA- sino también los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, los cuales señalan que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deberán ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes y que los aportes de éstos se calcularán con base en su mesada pensional."

VIII. V. De los intereses moratorios

La condena al pago de intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es procedente contra Colpensiones, por cuanto el simple retardo en el pago de las mesadas pensionales, con independencia de las circunstancias particulares de la discusión en torno a la procedencia del derecho pensional, la clase, fuente u otras calidades de la prestación a que haya lugar, no era óbice para negar el derecho pretendido, así se enseñó en la providencia

CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512, reiterada, entre otras, en la CSJ SL1389-2021- SL 2004-2021.

VIII.VI. De la condena en costas.

En lo pertinente a las costas del asunto, estas estarán a cargo de la administradora de pensiones Colpensiones, en ambas instancias, por haber resultado vencida en los términos del numeral 4 del canon 365 del CGP.

Y, 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 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.

Colorario de lo expuesto, las anteriores dilucidaciones son suficientes para revocar la sentencia apelada y Consultada.

IX. 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,

X. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, y en su lugar declarar que la demandante SARA MARITZA GARCIA DE ORTIZ, es beneficiaria del Régimen de transición, en consecuencia, **CONDENAR** a la administradora de pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante a partir del 27 de abril de 2017, en cuantía correspondiente a un SMLMV, que equivale para el año 2017 la suma de (\$737.717), para el año 2018 la suma de (\$781.242), 2019 la suma de (\$828.116), para el año 2020 de (\$877.803), al año 2021 la suma de (\$908.526) y para el año 2022 la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), con derecho a 14 mesadas según lo expuesto en la motiva, con los incrementos de Ley.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de pensiones Colpensiones a pagar a la demandante la suma de (\$ 57.654.505) por concepto de retroactivo, ocasionado por las mesadas pensionales causadas desde el 01 de abril de 2017 hasta el 01 de enero de 2022, monto del cual se descontará lo correspondiente al sistema de seguridad social en salud.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a PAGAR a SARA MARITZA GARCIA DE ORTIZ los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas insolutas a partir del 27 de abril de 2017, hasta la fecha en que se cancele la obligación pensional.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora de Pensiones COLPENSIONES hacer las respectivas deducciones de los aportes para salud de cada una de las mesadas que se generen y causadas según lo dicho en la parte motiva.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES que denominó, "inexistencia de las obligaciones reclamadas por no acreditar requisitos legales, y buena fe.

SEXTO: DECLARAR probada las excepciones de mérito de prescripción propuestas por COLPENSIONES, en atención de lo expuesto en la motiva.

SEPTIMO: ABSOLVER a la entidad de pensiones COLPENSIONES de los demás reclamos contenidos en la demanda.

OCTAVO: Condenar en Costas de ambas instancias a COLPENSIONES, se fijarán tales agencias 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,

NOVENO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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

ORDINARIO LABORAL
Expediente N° 23-162-31-03-002-2018-00244-01 FOLIO 350-21
APROBADO Y DISCUTIDO VIRTUALMENTE

Montería, veintiocho (28) de septiembre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver por escrito el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **HUMBERTO GALVAN LAFONT** contra **PROAGROCOR S.A y otros**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones

Pretende la parte actora, se declare que entre el señor Elías José Milane Calume, Lilly María Calume de Milane y PROAGROCOR S.A. existió una sustitución de empleadores, así mismo, que entre el señor Humberto Joaquin Galvan Lafont y los demandados existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó injustamente por causas atribuibles al empleador, y como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas de servicio, dotaciones, cotizaciones a pensión, vinculación procesal, indemnización por despido injusto, indemnización por no consignación de cesantías, sanción moratoria de que trata el art. 65 CST, se ordene a COLPENSIONES, realizar la liquidación y calculo actuarial de las cotizaciones que adeuda el empleador a favor del demandante y lo allegue al proceso, a COLFONDOS S.A. recibir las cotizaciones que con sus cálculos actuariales deberá pagar y consignar el empleador, con destino a la masa pensional del actor, indexación o intereses moratorios.

I.II. Hechos

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

- Afirma el demandante que se vinculó laboralmente mediante la modalidad de un contrato de trabajo verbal, con el señor Elías José Milane Calume y Lily María Calume de Milane desde el 1 de enero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2016.
- Dice que sus empleadores sólo lo afiliaron a la Seguridad Social en pensiones, desde el 9 de marzo de 1995, por lo que le adeuda cotizaciones en pensión por el período de enero de 1989 hasta 9 de marzo de 1995.
- Aduce, consta en la historia laboral de Colpensiones, que el 9 de marzo de 1995, fue afiliado a la Seguridad Social en Pensiones, apareciendo como empleadora registrada la cónyuge del señor ELIAS JOSÉ MILANE CALUME, es decir la señora LILY MARIA CALUME, pero su verdadero empleador seguía siendo el primero, adeudando semanas de cotización es de los períodos, y que en el año 1999 fue afiliado a la Seguridad Social en Pensiones a COLFONDOS, en las mismas condiciones hasta 2002.
- Manifiesta que laboró siempre bajo la continuada dependencia y subordinación del señor ELIAS JOSÉ MINALE CALUME y LILY MARIA CALUME DE MILANE, quien distribuía y disfrazaba la carga y obligaciones laborales que tenía con sus empleadores, en nóminas separadas a cargo de su esposa e hijos.
- Alude que en el año 2002, el señor ELIAS JOSÉ MILANE CAUME y su núcleo familiar, conformaron una empresa llamada PROAGROCOR S.A., la cual tiene como objeto social, la explotación agrícola y ganadera en todas sus formas, dedicada a cultivar, vender, comprar y comercializar productos agrícolas, siendo vinculado a esta el 1 de enero de 2003.
- Argumenta además, solo hubo un cambio de administración y de razón social, pero que no tuvo variación alguna en su trabajo, funciones, salario, horario, sitio o subordinación, porque mantuvo la continuidad en su labor, tal como lo hacía antes del 2003 como OPERADOR DE MAQUINARIA PESADA Y/O CARGADOR, sin firmar contrato de trabajo.
- Añade, su horario de trabajo era de lunes a sábado de 7:00 am a 5:00 pm en tiempo ordinario y en época de cosecha de 6:00 pm a 6:00 am, de lunes a domingo, prorrogándose algunas veces hasta las 9:00 pm, incluso festivos, con último salario devengado de \$724.400.
- Posteriormente indica, el 31 de diciembre de 2016, el representante legal de PROAGROCOR S.A. terminó en forma intempestiva, unilateralmente y

sin justa causa, liquidándolo con el valor de \$4.453.414, omitiéndose la liquidación y pago del período 2003.

- Comenta, el 5 de abril de 2017, presentó reclamación administrativa al señor ELIAS JOSÉ MILANE CALUME y a PROAGROCOR S.A., para obtener el reconocimiento de las prestaciones sociales y cotizaciones en pensión adeudadas, la cual fue negada el 25 de abril por la segunda y el 26 de abril, por parte de la señora LILY CALUME DE MILANE, a través de apoderado judicial.

- Por último, indica que a la fecha de presentación de la demanda, le adeudan los emolumentos laborales consecuentes a la relación laboral sostenida, así como las sanciones por su incumplimiento y que cuenta con 55 años de edad y un período total de 27 años de servicios, debiendo tener cotizadas 1404 semanas, sin embargo COLFONDOS registra 1070 semanas, arrojándose una diferencia en cotizaciones contra el empleador evasor.

I.III. CONTESTACIÓN

I.III.I Productora agropecuaria de Córdoba S.A. – PROAGROCOR S.A.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada a través de apoderado judicial por parte de la demandada, manifestando no constarle la existencia relación laboral alguna entre el demandante y los señores ELIAS JOSÉ MILANE CALUME y LILY MARÍA CALUME DE MILANE.

Así mismo aduce, no ser cierto que el actor trabajó desde el 1 de enero de 1989, dado que la sociedad PROAGROCOR S.A. solo se constituyó como empresa en el mes de septiembre de 2003, siendo imposible antes de esa fecha cualquier contratación con la misma.

En lo que respecta a las pretensiones de la demanda, se opone a todas y cada una de ellas.

II. SENTENCIA APELADA

La referida audiencia se llevó a cabo el día 27 de mayo de 2021 y en ella, el juez de la causa, resolvió DECLARAR la existencia de la relación laboral del demandante HUMBERTO JOAQUIN GALVÁN LAFONT con LILY MARÍA CALUME DE MILANE desde el 1 de abril de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2002, con PROAGROCOR desde el 1 de enero de 2003 hasta el 15 de noviembre de 2016, DECLARAR probadas las excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PAGO DE LO NO DEBIDO y MALA FE, relacionadas con las pretensiones, Declarar que la señora LILY MARÍA CALUME DE MILANE, debe efectuar el aporte de pensiones con el cálculo actuarial que determina el fondo

de pensiones a que se encuentra afiliado el demandante por el tiempo comprendido entre julio a octubre de 1997, enero y julio de 1999, denegando las demás pretensiones.

El Juez pudo determinar que el demandante laboró para la demandada LILI MARIA CALUME DE MILANE a través de una serie de contratos a término fijo, los cuales fueron prorrogados y se extendieron hasta el año 2002, siendo demostrado a través de la documental que dicho vínculo no lo fue desde el año 1989 como se afirma en la demanda sino desde 1995, y así mismo que laboró para la demandada PROAGROCOR a través de contrato a término fijo desde el año 2003 hasta noviembre de 2016, terminando el contrato por vencimiento del plazo fijo pactado, dándosele un previo aviso como lo exige la ley.

En lo concerniente a las prestaciones sociales, argumenta fueron canceladas conforme lo ordena la ley.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I. Parte demandante

Argumentó la parte recurrente, no cabe asomo de duda que entre el señor ELIAS MILANE CALUME, la señora LILY MILANE DE CALUME y la empresa PROAGROCOR S.A. existió una relación laboral, regida por un contrato laboral, en principio a término indefinido, que se inició el 1 de enero del año 1989 y culminó en el año 2016, extendiéndose en el tiempo sin solución de continuidad.

Y dice, en el año 2002 el señor ELÍAS JOSÉ MILANE CALUME y su núcleo familiar, conformaron la compañía PROAGROCOR S.A., desarrollándose en esta las mismas actividades que se realizaban anteriormente, por lo tanto, a su criterio nos encontramos frente a la figura jurídica de la sustitución patronal, a la luz del art. 67 y 68 del CST.

Alude, se ha tachado de sospechosa una testigo, por los vínculos de afinidad que sostiene con el demandante y ello no puede llevar a que sea descalificada la veracidad de su dicho, porque precisamente por su cercanía, pudo conocer de primera mano, a través de conversaciones y de lo que le relataba su cuñado, las situaciones ocurridas en su trabajo, así como el cumplimiento de horarios, y aclara, el señor ALFREDO SEPULVEDA MORGAN, relató sobre la relación laboral mantenida por el demandante con los esposos MILANE CALUME y posteriormente con PROAGROCOR, siendo enfático en señalar, que empezó a laborar en el año 1989, para las mismas empresas del grupo empresarial MILANE CALUME, señalando, los testigos no pueden recordar con absoluta precisión, sobre todo hechos que sucedieron en el pasado.

Finalmente esboza, hay una certificación del señor JAIRO RODRIGUEZ MORENO, jefe de personal, con pagos precisamente de ELIAS MILANE CALUME, que no se tuvo en cuenta por el a-quo.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. Parte demandante:

El apoderado judicial de la parte demandante allegó escrito con alegatos de conclusión, argumentando que no cabe asomo de duda que entre el actor, el señor Elías Milane Calume, la señora Lily Milane de Calume y la empresa PROAGROCOR S.A. existió una relación laboral, regida por un contrato laboral a término indefinido que inició el 1 de enero de 1989 y se extendió con sus patronos como personas naturales hasta el 31 de diciembre del año 2002, año en el cual la familia Milane Calume, conformaron la empresa que hoy se demanda, absorbiendo a todos los trabajadores que laboraban para ellos en su condición de personas naturales, existiendo a su parecer, una sustitución patronal, lo cual se demostró a su parecer con el interrogatorio de parte del señor HUMBERTO GALVAN LAFONT, así como el testimonio del señor LUIS SEPULVEDA, y la prueba documental expedida por JAIRO RODRÍGUEZ MORENO en su calidad de jefe de personal, registrándose como fecha de inicio de labores el 1 de enero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2016.

Aduce además, para el fallo de primera instancia solo se tuvo en cuenta la prueba testimonial rendida por la señora Auriestela Flórez Castilla, ignorándose el principio de conjunción de la prueba.

Finalmente insiste el recurrente, manifestando que no se tuvo en cuenta el período de tiempo laborado por el demandante entre el 1 de enero de 1989 hasta el 9 de marzo de 1995.

IV.II. Parte demandada

La parte no apelante guardó 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 **(i)** si existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor HUMBERTO JOAQUIN GALVAN LAFONT y los demandados ELÍAS JOSÉ MILANE CALUME, LILY MARÍA CALUME DE MILANE y PRODUCTORAAGROPECUARIA DE CÓRDOBA S.A. – PROAGROCOR S.A. desde el día 1 de enero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2016, de ser así **(ii)** dilucidar si se configuró la aludida sustitución patronal propuesta por el recurrente y como consecuencia, hay lugar al pago de los emolumentos solicitados.

(i) Sí existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor HUMBERTO JOAQUIN GALVAN LAFONT y los demandados ELÍAS JOSÉ MILANE CALUME, LILY MARÍA CALUME DE MILANE y PRODUCTORA AGROPECUARIA DE CÓRDOBA S.A. – PROAGROCOR S.A.

Ahora bien, respecto al contrato de trabajo el artículo 22 del Código Sustantivo del trabajo, señala “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”.

Igualmente, para que pueda estructurarse un contrato de trabajo es necesaria la coexistencia de los elementos esenciales, tipificados en el artículo 23 C.S.T., que reza:

“1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
- b) 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; y*
- c) Un salario como retribución del servicio.*

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

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).**

Arguye la parte actora que laboró para la demandada LILI MARIA CALUME DE MILANE y para la empresa PRODUCTORA AGROPECUARIA DE CÓRDOBA S.A., a través de un contrato de trabajo de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2016, desarrollando labores como OPERADOR DE MAQUINARIA PESADA Y/O CARGADOR, de manera personal, directa y subordinada, por tanto, considera que se demuestra la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido.

Así las cosas, se procede a evaluar las pruebas obrantes en el expediente, a fin de verificar si le asiste razón al recurrente en su dicho, advirtiéndose de las documentales allegadas las siguientes pruebas:

- A folio 27 del expediente, Certificado Laboral expedido por el señor Elías Milané Calume a HUMBERTO JOAQUIN GALVAN LAFONTH, en el cargo de OPERADOR DE CARGADOR, fechado 16 de noviembre de 2001.
- A folio 28, Constancia expedida al señor HUMBERTO GALVAN LAFONT, en la nómina de Doña Lily María Calume de Milane, como OPERADOR DE MAQUINARIA PESADA, certificando un tiempo de servicio desde el 1 de enero de 1989, indicando que para la fecha de expedición se encontraba laborando (13 de marzo del 2000)
- A folio 29, misiva enviada por PROAGROCOR S.A. al señor HUMBERTO JOAQUIN GALVAN LAFONT en fecha 9 de noviembre de 2016, informando que su contrato de trabajo a término fijo no sería prorrogado, venciendo el día 31 de diciembre de 2016
- A folio 30, misiva enviada por PROAGROCOR S.A. al señor HUMBERTO JOAQUIN GALVAN LAFONT en fecha 15 de noviembre de 2016, informándole que su contrato de trabajo sería liquidado en esa fecha.
- A folio 31 del expediente, ACTA DE LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE CONTRATO DE TRABAJO de los extremos laborales del 1 de enero de 2003 hasta el 15 de noviembre de 2016, por PROAGROCOR S.A.
- En folios 34-39, REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES actualizada al 12 de marzo de 2017 por parte de COLPENSIONES al señor HUMBERTO JOAQUIN GALVAN.
- A folio 66 del expediente, CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO suscrito entre el señor HUMBERTO JOAQUIN GALVAN LAFONT y PROAGROCOR S.A., para el cargo de oficios varios, con fecha de iniciación 1 de enero de 2003 y vencimiento el 31 de diciembre del mismo año.

- A folio 74, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE VACACIONES del demandante, por el período de causación del 1 de enero de 2010 al 31 de diciembre del mismo año.
- A folio 75, oficio otorgando disfrute de vacaciones al actor para el período correspondiente desde el 1 de enero de 2010 al 31 de diciembre del mismo año, firmada por el gerente de la demandada PROAGROCOR S.A.
- A folio 77 del expediente, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE VACACIONES del demandante, por el período correspondiente desde el 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre del mismo año.
- A folio 78, DISFRUTE DE VACACIONES otorgado por PROAGROCOR al hoy demandante, por el período del 1 de enero al 31 de diciembre de 2011.
- A folio 80 del expediente, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE VACACIONES por el periodo de causación 1 de enero al 31 de diciembre de 2012.
- A folio 81 del expediente, DISFRUTE DE VACACIONES, por el período comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2012.
- A folio 83, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE VACACIONES por el periodo de causación 1 de enero al 31 de diciembre de 2013.
- A folio 84, DISFRUTE DE VACACIONES desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2013.
- A folio 86, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE VACACIONES, por el período de causación del 1 de enero al 31 de diciembre de 2014.
- A folio 87, DISFRUTE DE VACACIONES del 1 de enero al 31 de diciembre de 2014.
- A folio 89, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE VACACIONES, por el período de causación del 1 de enero al 31 de diciembre de 2015.
- A folio 98, DISFRUTE DE VACACIONES del 1 de enero al 31 de diciembre de 2015.
- A folio 92-100, CONSTANCIAS DE PAGO al demandante, de Dotaciones para los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.
- A folios 101-141, CONSTANCIAS DE PAGO (Aportes Parafiscales SENA, ICBF y COMFACOR) salud, pensión y riesgos profesionales, para los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.
- A folio 142-182, CONSTANCIA DE PAGO CESANTÍAS, años 2003, 2004, 2005, 2007, 2008, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 a HUMBERTO GALVAN LAFONT.
- A folio 183-, CONSTANCIA DE PAGO DE INTERESES DE CESANTIAS del señor HUMBERTO GALVAN, para los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015.
- A folio 207-, Constancias de pago de PRIMAS DE SERVICIO para los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

Y en lo que respecta a las testimoniales, se recepcionaron las declaraciones de los señores **AURISTELA ROSA FLOREZ CASTILLA**, la cual adujo ser amiga del demandante, pero que se logró determinar, la unen lazos de afinidad con este, ya que el hoy actor se encuentra casado con una hermana suya, aspecto que omitió referir el señor HUMBERTO GALVAN en su interrogatorio, evidenciándose una intención clara de favorecerlo, lo que le resta credibilidad a

su dicho, máxime cuando manifestó no acordarse de los extremos temporales en que laboró el trabajador que hoy nos ocupa.

Se resalta, además, afirmó conocer el horario del demandante, pero esto sin fundamento, dado que mal podría afirmar las circunstancias de tiempo que rodeaban el horario de ingreso y salida del trabajador, cuando indica que para aquella época del año 1989 vivían en barrios distintos en la ciudad de Cereté, incluso, que esa información la conoce porque así se lo expresó el señor Galván.

Y del testigo, señor **LUIS ALFREDO SEPULVEDA MORGAN**, tenemos que manifestó, el demandante laboró para el señor Elías Milane a partir del año 1989, porque él comenzó en el año 1988, sin expresar con claridad hasta que momento perduró la aludida relación laboral, esto teniendo en cuenta que mencionó la existencia de otras empresas, adicionales a **PROAGROCOR**.

Aclarándose, llama la atención de esta Sala su manifestación, donde indica que él trabajaba también para el señor Elías, pero que estaban los dos vinculados con empresas diferentes, esto es, **TALLERES MANTENIMIENTO y GRUPO FAMILIA ELIAS MILANE**.

Del dicho de los testigos referenciados, hay que recordar que uno de los aspectos 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 3º, del CPC, hoy 221, numeral 3º, 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 Yáñez Arrieta**).

De las pruebas en mención, es dable colegir, el demandante laboró para la señora LILY MARÍA CALUME DE MILANÉ, desde el 1 de enero de 1989, a través de un contrato de trabajo a término fijo, siendo renovado de manera continua, desprendiéndose tal afirmación de la documental adosada con la contestación de la demanda efectuada por los demandados Lily María Calume Milane y Elías José Milane Calume, donde se puede observar Contratos individuales de trabajo a término fijo, Liquidaciones, y preavisos de terminación de contrato, los cuales fueron prorrogados anualmente hasta el 31 de diciembre del año 2002, data de terminación aceptada por la demandada a través de la mentada contestación.

En lo que respecta a la aludida relación laboral con **PROAGROCOR S.A.S.**, se observa, aconteció igualmente bajo los parámetros de un contrato de trabajo a término fijo, desde el 1 de enero del año 2003, entendiéndose prorrogado automáticamente, de manera anual hasta el año 2016, tal como aconteció en la relación contractual antes descrita con la señora Lily Calume Milane, dándose un preaviso oportuno en el mes de noviembre, y finiquitándose dicho vínculo

en diciembre de 2016, tal como lo indica la normatividad del Art. 46 del CST, que al respecto dispone:

"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 lo que respecta a los pagos pretendidos, hay que indicar que tal como se describió, fue allegado por parte de la demandada PROAGROCOR S.A., acta de liquidación definitiva de contrato de trabajo, indicándose así como fecha de ingreso el 1 de enero de 2003 hasta el 15 de noviembre de 2016, cancelándosele todas las prestaciones que surgieron como obligación de su empleador dentro de la relación laboral, ya que además se incluyó una indemnización de 45 días, concerniente al lapso de 16 de noviembre a 31 de diciembre de 2016, es decir, los días faltantes para la expiración del plazo fijo pactado en el último contrato suscrito, acreditándose las respectivas cotizaciones a salud y pensión, así como el pago de vacaciones, concluyéndose entonces, se le cancelaron al trabajador todos los emolumentos de ley que se generaron en los años laborados.

De lo dicho, lo cierto es que los contratos a término fijo fueron no solo preavisados por expiración del término pactado, sino además liquidados, y bajo tales circunstancias, los contratos no mutan en indefinido, según lo tiene dicho la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL9643-2017, del 3 de mayo de 2017, Magistrado Ponente GERARDO BOTERO ZULUAGA, en la que al respecto reiteró:

"Frente a alegación del recurrente, que promueve la tesis de la mutación de un contrato laboral de plazo fijo, a uno a término indefinido, la Corte considera importante recordar que su jurisprudencia ha sido uniforme en orientar que el contrato laboral a término fijo se puede renovar de manera sucesiva, porque así lo permite el artículo 46 del Código Sustantivo Laboral, que lo regula.

*Al respecto, en la sentencia CSJ 35901 de diciembre 2 de 2001, expresó:
 "De hecho la ley prevé que los contratos a término fijo se prorroguen*

automáticamente, si no se ha hecho oportunamente el respectivo preaviso; y aún en caso de que este se hubiera formulado, nada impide que se prescinda de él, y en lugar de que opere la prórroga se suscriba un nuevo contrato, sin solución de continuidad.”

Y siguiendo el hilo de la sentencia citada, también se expresó:

“E incluso, en un paso conceptual más adelante, la Sala también ha explicado que la sucesiva renovación del contrato laboral a término fijo, no lo trasfigura en uno a término indefinido. Así lo dejó consignado en la sentencia CSJ 19343 del 7 de febrero de 2003, cuando puntualizó:

Consecuente con lo anterior, de ninguna manera puede pensarse por el recurrente que al demandante no se le podía dar por finalizado el vínculo contractual, luego de haberse dado el aviso que señala el precepto en comento, porque de verdad que no le servía el argumento consistente en que mientras subsistieran las causas que le dieron origen, el vínculo permanecería vigente en el tiempo, lo que sería como cambiarle el término de fijo por el de indefinido sin más, cuando el precepto solo habla de renovación, que de ninguna manera cambia la naturaleza del contrato, lo cual solo depende del acuerdo de voluntades.”

En conclusión, vislumbra, no hubo sustitución patronal dado que el contrato de trabajo celebrado con la señora LILY MARIA CALUME fue terminado por expiración del plazo pactado y la vinculación a PROAGROCOR S.A. se inició por otro contrato escrito en el año 2003. Siendo factible legalmente la celebración de contratos sucesivos a término fijo, dado que, ello, no los muta a indefinido y en lo que respecta a las pretensiones referidas a los aportes a pensión por cualquier tiempo efectuada, advierte esta Sala, del reporte de semanas cotizadas efectuadas por la señora Lily Calume, no fueron realizadas las correspondientes desde enero de 1989 hasta febrero de 1995, julio a octubre de 1997 y enero-julio de 1999, por lo que se procederá a condenar al pago de las mismas.

V.III. Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo réplica del recurso de apelación formulado, por ende, se estiman no causadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del C.G.P.

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 y por Autoridad de la Ley,

VII. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **PRIMERO** y **TERCERO** de la sentencia apelada, de fecha 15 de septiembre de 2021, los cuales quedaran así:

"PRIMERO: DECLARAR LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO entre el demandante, HUMBERTO JOAQUIN GALVAN LAFONT y la demandada LILY MARÍA CALUME DE MILANE desde el día 1 de enero de 1989 y hasta el 31 de diciembre de 2002 y con el demandado PRODUCTORA AGROPECUARIA DE CÓRDOBA S.A. – PROAGROCOR S.A. desde el 01 de enero de 2003 y hasta el 15 de noviembre de 2016.

"TERCERO: DECLARAR que LILI MARÍA CALUME DE MILANE debe efectuar el aporte de pensiones con el cálculo actuarial que determine el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante, por el tiempo comprendido entre "enero de 1989 a febrero de 1995", "julio a octubre de 1997", "enero y julio de 1999", por lo ya dicho".

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

**PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente**

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 004 2019 00436 01 Folio 223 -2021

Aprobado por Acta N. 113

Montería, veintiocho (28) de septiembre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación formulado por los contrincantes contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **NADRA ESTHER POSADA ALCALÁ** contra **ARAUJO & SEGOVIA DE CÓRDOBA S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. Apoderada, la señora **NADRA ESTHER POSADA ALCALÁ**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad **ARAUJO & SEGOVIA DE CÓRDOBA S.A.**, a fin de que se declare que entre ellos, existió una relación laboral que inició el 26 de agosto de 1992 y terminó el 26 de diciembre de 2016, sin justa causa imputable al empleador.

Además, pide que se declare que los pagos realizados por concepto de bonificación ocasional, bonificación por cumplimiento, bonificación participación de utilidades y otros pagos realizados por fuera de nómina, son factores constitutivos de salario.

Igualmente, ruega que se declare que el último salario devengado lo fue de \$19.689.416. Asimismo, que el promedio del salario devengado durante los años 2009 a 2016, son los siguientes:

- Año 2009 \$1.342.333
- Año 2010 \$2.232.833
- Año 2011 \$7.274.916
- Año 2012 \$5.568.166
- Año 2013 \$10.465.690
- Año 2014 \$11.047.250
- Año 2015 \$13.216.000

- Año 2016 \$19.689.416

Como consecuencia de lo anterior, pretende el actor que se condene a la demandada a pagar las diferencias de los valores consignados por cesantías y el valor que realmente corresponde, así:

- Año 2012 \$2.568.166
- Año 2013 \$7.215.690
- Año 2014 \$7.834.250
- Año 2015 \$9.855.202
- Año 2016 \$16.133.318

En igual sentido, pide se condene a la encausada a pagar el cálculo actuarial por las diferencias dejadas de cancelar.

Adicionalmente, depreca el pago de la diferencia de lo pagado por primas de servicio, vacaciones e intereses a las cesantías, con base a las que realmente se debían cancelar con los salarios reales desde el año 2009 a 2016.

También, pide se condene al pago de la sanción moratoria por no consignación completa de las cesantías por los años 2009 a 2016, así como la sanción moratoria por el no pago completo de prestaciones sociales.

Por último, persigue que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, se indexen las condenas, se falle ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Pretensiones subsidiarias

Aplicar el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, en el sentido de sacar, de lo que se considere no constituir salario, el 40% del salario básico y reliquidar las pretensiones señaladas con anterioridad.

2. La causa petendi puede sintetizarse así:

- Relata la accionante que laboró para Araujo & Segovia de Córdoba S.A., desde el día 22 de agosto de 1992 hasta el 26 de diciembre de 2016, a través de contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de gerente de operaciones, devengando como último salario \$3.596.054 mensuales, más una bonificación mensual de \$15.000.000.

- Narra que suscribió Otrosí, donde se establecía que algunas sumas de dinero entregadas por la empresa no constituían salario, mencionando las siguientes:

- (i) Comisiones y/o bonificaciones por arriendos y/o ventas.
- (ii) Comisiones y/o bonificaciones por recaudo de cartera y/o gestión de cobro.
- (iii) Comisiones y/o bonificaciones por elaboración y/o gestión de avalúos, habituales u ocasionales.
- (iv) Gasolina para el vehículo.
- (v) Auxilio de alimentación, alojamiento y vestuario.

- (vi) Participación de utilidades.
- (vii) Viáticos ocasionales y permanentes u otros.
- (viii) Gastos de representación.

- Manifiesta que solo a partir del año 2009, cuando fue ascendida a Gerente de Operaciones, fue que entró a devengar algunas de las sumas atrás mencionadas.

- Expresa que estos pagos eran realizados de manera periódica, mes a mes, empero, se duele de que los mismos no fueron incluidos para el pago de prestaciones sociales, seguridad social y parafiscales, menos al momento de la terminación del contrato.

- Menciona que las bonificaciones por cumplimiento de metas o bonificación por participación de utilidades fueron las siguientes:

- Año 2009 \$1.075.000
- Año 2010 \$4.000.000
- Año 2011 \$82.434.000
- Año 2012 \$30.818.073
- Año 2013 \$121.070.286
- Año 2014 \$101.511.000
- Año 2015 \$133.050.000
- Año 2016 \$191.200.000

- Dice que ninguno de los valores enunciados se estableció como constitutivos de salario pese a que eran cancelados de manera periódica mes a mes, disfrazados por la empresa como bonificación ocasional, bonificación por cumplimiento y/o bonificación participación de utilidades. Los cuales, además, no fueron tenidos en cuenta para liquidar prestaciones sociales, seguridad social y parafiscales, sin embargo, afirma que los mismos sí se reportaban ante la DIAN como ingresos por salarios.

- Señala que los reales salarios promedios mensuales son los siguientes:

- Año 2009 \$1.342.333
- Año 2010 \$2.232.833
- Año 2011 \$7.274.916
- Año 2012 \$5.568.166
- Año 2013 \$10.465.690
- Año 2014 \$11.047.250
- Año 2015 \$13.216.000
- Año 2016 \$19.689.416

- Argumenta que, por todo lo anterior, le asiste derecho al pago de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

- Allende, refiere que el día 26 de noviembre de 2016, se le dio por terminado el contrato de trabajo, a su juicio, sin justa causa, y, por tanto, le asiste derecho a la indemnización establecida en el artículo 64 del CST.

TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la sociedad Araujo & Segovia De Córdoba S.A., la contestó aceptando la existencia de un contrato de trabajo entre las

partes, dentro de los extremos temporales señalados con el genitor, empero, se opuso a las demás pretensiones, argumentando que las bonificaciones pagadas a la accionante no son factores constitutivos de salario. No obstante, afirma que le fueron pagadas todas sus prestaciones sociales con base a su salario fijo.

Propuso como excepciones de fondo las de "*prescripción de las acciones, falta de causa para demandar, excepción de compensación, excepción de buena fe y la excepción genérica*".

4. Efectuada la audiencia de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de pruebas y tramitado el proceso en legal forma, se dictó sentencia.

II. FALLO APELADO

El Juzgado de conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Montería, mediante sentencia de fecha 28 de junio de 2021, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las acciones.

Asimismo, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, que inició el día 26 de agosto de 1992 y finalizó con justa causa el día 26 de diciembre del año 2016.

En consecuencia, condenó a la parte demandada, la sociedad Araujo & Segovia De Córdoba S.A., a pagar a la demandante, las siguientes sumas y conceptos, debidamente indexados:

CESANTÍAS:

La suma de \$7.901.505, discriminados así:

- ✓ Para el año 2011: \$6.333.333
- ✓ Para el año 2012: \$1.568.172.

Intereses a la cesantía:

La suma de 948.180 discriminados así:

- ✓ Para el año 2011: \$760.000.
- ✓ Para el año 2012: \$188.180

También, condenó a la convocada a cancelar, previo cálculo actuarial, a la Administradora de Fondos de Pensiones, en la cual se encuentre afiliada la demandante, los aportes a pensión adicionales, correspondientes a los siguientes periodos de cotización, así:

- 1) mayo de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$10.500.000.
- 2) junio de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$10.500.000.
- 3) agosto de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$20.000.000.
- 4) noviembre de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$5.000.000.

- 5) diciembre de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$30.000.000.
- 6) Marzo de 2012: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$6.818.073.
- 7) Abril de 2012: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$1.000.000.
- 8) Junio de 2012: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$8.000.000.
- 9) Julio de 2012: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$3.000.000.

Por último, absolvió a la enjuiciada de las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, inicialmente señaló el A Quo que en el proceso, la parte pasiva no desconoce la existencia de un contrato de trabajo desde el 26 de agosto de 1992 hasta el 26 de diciembre del año 2016.

En tal sentido, procedió a estudiar el real salario devengado por la actora durante el período comprendido desde los años 2009 a 2016, expresando, primeramente, que no existe discusión frente a la asignación básica de la accionante, de acuerdo a la certificación aportada por la demandada, que para el año 2016 fue de \$3.600.000. No obstante, centró su análisis en determinar si la bonificación de \$15.000.000, plasmada en la certificación se puede considerar o no como factor salarial, para así liquidar las prestaciones sociales e ingreso base de cotización en los aportes a pensión.

Así las cosas, entró a auscultar las pruebas obrantes en el plenario, y con ellas determinó que, en lo relativo al Otrosí, denominado cláusula adicional al contrato de trabajo, suscrito entre las partes, en el mismo se observa que la actora aceptó formalmente que las sumas adicionales que reconozca Araujo & Segovia SA, diferentes al salario convenido, tales como (i) Comisiones y/o bonificaciones por arriendos y/o ventas, (ii) Comisiones y/o bonificaciones por recaudo de cartera y/o gestión de cobro, (iii) Comisiones y/o bonificaciones por elaboración y/o gestión de avalúos, habituales u ocasionales, (iv) Gasolina para el vehículo, (v) Auxilio de alimentación, alojamiento y vestuario, (vi) Participación de utilidades, (vii) Viáticos ocasionales y permanentes u otros, (viii) Gastos de representación, no constituyen factor salarial y que en consecuencia no generaría prestaciones sociales ni pagos parafiscales ni aportes patronales, y así, la impulsora, renuncia a cualquier reclamación en ese sentido. No obstante, aduce que si bien la accionante manifiesta, en su interrogatorio de parte, que se vio obligada a firmar dicho acuerdo de voluntades, determinó que tal afirmación no resulta probatoriamente posible tenerla en cuenta, ello conforme al principio de que nadie puede crear su propia prueba.

De igual manera, al estudiar el fallador inicial cada uno de los valores pagados como bonificación a la convocante, encontró un soporte de contabilidad (folio 76) en el que consta que ella recibió la suma de \$15.000.000, por concepto de anticipo de bonificación por participación en utilidades del mes de febrero del año 2016, apreciando que estos valores son pagados por la compañía encartada periódicamente, tal como se aprecia en la certificación laboral aportada por la demandante. Por consiguiente, pasó a estudiar si esta bonificación pagada a la actora corresponde o no a ser parte integrante de su salario, y en caso afirmativo, si debía ser tenida en cuenta como emolumento salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales y cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

Para resolver lo anterior, examinó si es legal o no que se hubiere pactado entre las contrincantes dicha estipulación contractual denominado Otrosí, como parte del contrato de trabajo o si, por el contrario, tal estipulación vulnera derechos laborales de los que es titular la demandante, para ello citó el artículo 128 del CST, junto con las sentencias C-521 de 1995 y C-710 de 1996, para referir que dicha normatividad permite a las partes que integran un vínculo de trabajo, previo acuerdo entre éstas, disponiendo que determinados beneficios que reciba el trabajador como contraprestación de sus servicios, respecto de su empleador, no se incluyan como factores salariales para liquidar prestaciones sociales, siempre y cuando en el acuerdo no se trate de modular emolumentos que reciba el trabajador que por su esencia sean salarios, pues, de ser así se desnaturalizaría la esencia de dichos acuerdos.

No obstante, lo anterior, concluyó el A Quo que en el caso de marras, en principio, tiene plena validez el mencionado acuerdo realizado entre las partes (folio 32), por tanto, consideró que dichos pagos no podían tenerse en cuenta para liquidar prestaciones sociales, sin embargo, examinó las demás pruebas que militan el paginario, a fin de determinar si, en efecto, los pagos realizados a la demandante por fuera del salario básico mensual, se constituyen o no en parte integrante de su salario.

En tal sentido, frente a los documentos denominados "*anticipos de bonificación por participación de utilidades*", para evaluar si tales emolumentos se encuentran o no excluidos como factor integrante del salario de la demandante, es decir, si al alcance y contenido de los mismos les es o no aplicable la cláusula denominada "*cláusula adicional al contrato número 5772371 de trabajo suscrito entre las partes*", cuya cláusula estableció que las sumas adicionales, que reconozca Araujo & Segovia SA, diferente al salario convenido, tales como participación de utilidades, no constituyen factor salarial, por ello, a juicio del A Quo resulta claro que se excluyó como factor salarial la mencionada participación de utilidades, en los términos del artículo 128 del CST.

De otra parte, explicó que el artículo 30 del Decreto Legislativo 2474 de 1948, mediante el cual se fija la participación, establece lo atinente a que se exime a la participación del trabajador de las utilidades de la empresa como remuneración o salario. Asimismo, citó el artículo 7º del Decreto 260 de 1950, mediante el cual se reglamenta la participación de los trabajadores en las empresas, reafirma el criterio establecido en el Decreto Legislativo 2474 de 1948.

Por lo anterior, consideró el sentenciador singular que no solamente con el acuerdo de voluntades suscrito entre las partes, se plasmó que dichos pagos no constituyen factor salarial, sino que previamente y con antelación a dicho acuerdo, las disposiciones jurídicas antes mencionadas deniegan que dichas erogaciones puedan constituirse como parte integrante del salario y de la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, concluyó que tales estipendios se encuentran excluidos como generadores de factor salarial a favor de la demandante y, en general, de cualquier trabajador.

De otra latitud, frente a los pagos catalogados como bonificación, participación, señaló que los mismos hacen referencia a la erogación ampliamente conocida como participación de utilidades.

Lo anterior argumentando que: (i) No está probado en el proceso que dichos pagos, en la realidad, se hubiesen constituido como retribución directa del servicio, V. gr. con tales

emolumentos se encubra el pago de trabajo suplementario o que se trate de bonificaciones habituales diferentes a la expresamente excluida por el ordenamiento jurídico sustancial laboral o que el salario se hubiese convenido en una suma específica de dinero y su pago se hubiera encubierto con dichas bonificaciones; que por ello, al revisar el expediente, no se logra acreditar que estas bonificaciones obedezcan a una génesis distinta a la del pago de participación de utilidades respecto de la trabajadora; (ii) tampoco está probado dentro del plenario que los pagos de participación de utilidades vulneren los topes legales que sirven para calcular dichas sumas de dinero, ello acorde a lo dispuesto en el artículo 4° del mencionado Decreto Legislativo 2474 de 1948, artículo 4°, y Decreto Reglamentario 260 de 1950, en sus artículos 10 y 11, los cuales reseñan que la participación de utilidades tendrá en cuenta *"la participación de utilidades tendrá por base las ganancias en exceso del 12% sobre el patrimonio, liquidada a la empresa de acuerdo con las normas generales del impuesto sobre la renta y complementarios"*. *"La liquidación de la suma global de utilidades distribuibles entre los trabajadores de una empresa, corresponden a los respectivos Administradores de Hacienda Nacional, y tendrá por base de ganancias o utilidades, como se definen o determinan en el artículo siguiente., en cuanto tales utilidades, como se definen o determinen excedan del 12% con relación al patrimonio total (imponible y no imponible), poseída por la empresa al final del periodo gravable en que se cause el impuesto sobre la renta y complementarios"* *"Las ganancias o utilidades distribuibles entre los trabajadores de una empresa, se fijaran así: De la renta líquida determinada para los efectos del impuesto sobre la renta con inclusión de la renta exenta de impuesto y de la no gravable en cabeza del contribuyente, se harán las siguientes deducciones: 1º El 12% del patrimonio de que trata el artículo 10 de este Decreto"*.

No obstante, partiendo de lo expuesto, el A Quo señaló que en el proceso, no se encuentra probado ni el patrimonio de la empresa demandada, como tampoco las aristas o factores relativos a las ganancias que obtuvo en los períodos en lo que laboró la accionante, en los que se le reconoció las bonificaciones por participación de utilidades, para así determinar, acorde con los derroteros de la ley sustancial, si en el presente asunto se realizaron pagos que no justifiquen la participación de utilidades según el alcance de las normatividades atrás referenciadas, y como quiera que no se demostró dicha premisa, no es posible determinar si lo pagado excede o no lo solventado por este rubro, siguen siendo legales estos pagos y los mismos deben imputarse a título de participación de utilidades de la empresa, al no haberse desvirtuado por la parte accionante la naturaleza de dichos pagos.

Adicionalmente, expuso, el Juez de la pasada instancia, que los pagos recibidos por la promotora y que se denominaron *"bonificación por participación de utilidades"*, no se pueden considerar como parte integrante de su salario y, por tanto, no se pueden contabilizar para el pago de acreencias laborales y pago de seguridad social.

De otra parte, se pasó a estudiar la naturaleza de las demás bonificaciones recibidas por la inicialista en vigencia de la relación laboral que unió a las partes, precisando que, en el año 2009, recibió dos bonificaciones relativas al área de cartera, que, partiendo de la cronología en la que fueron recibidas, las consideró ocasionales y por tanto tampoco ostentan calidad de factor salarial.

Por su parte, para el año 2011, la accionante recibió diferentes bonificaciones con varias denominaciones *"bonificación reconocimiento de gerencia"* *"dirección de empresa"*, observando que las mismas no se encuentran excluidas en el acuerdo constitutivo del Otrosí, siendo estas constantes en gran parte del año, por lo que, al no ser ocasionales, sino habituales, y no están expresamente excluidos como parte integrante del salario, sí

deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales de esa anualidad, cuyos pagos ascienden a la suma de \$76.000.000.

Para el año 2012, la actora recibió bonificaciones por cumplimiento de metas en los meses de marzo, abril, junio y octubre, así como una bonificación de direccionamiento en el mes de julio, las cuales no se encuentran expresamente excluidas en el acuerdo ya referido, las cuales, a su juicio, fueron constantes en gran parte del año, considerando que debían ser tenidas en cuenta como factor para liquidar prestaciones sociales en esa anualidad, pagos que accidenten a la suma de \$18.818.073.

Para el año 2013, la demandante percibió bonificación por cumplimiento de metas en los meses de enero y julio, por tanto, al ser pagos ocasionales, sostuvo que no hacen parte del salario de la actora.

En el año 2014, encontró que la accionante solo recibió bonificaciones por participación de utilidades, sin embargo, como lo explicó en precedencia, no son factor salarial que pueda emplearse para liquidar prestaciones sociales

Con relación al año 2015, la actora recibió pagos por "*anticipo autorización gerencia general*" por valor de \$16.584.000 y por valor de \$13.416.000, en el mes de agosto, bonificación que, al ser ocasional, pues no se reiteró en ese año, no puede tenerse en cuenta para liquidar prestaciones sociales.

Para la vigencia 2016, data en la que feneció el vínculo de trabajo, la accionante solo recibió una bonificación por "*cumplimiento de metas*" en un valor de \$2.000.000, en el mes de enero de 2016, bonificación que se exterioriza como ocasional y, por tanto, no constituye factor salarial para liquidar prestaciones sociales.

De otra parte, dentro de los hechos de la demanda se acepta y reconoce que a órdenes de la administradora de pensiones y cesantías Porvenir SA, le fueron consignadas las cesantías de la demandante (hechos 28 y 30 de la demanda).

Con relación al Despido sin justa causa, consideró el A Quo que una vez culminadas las actuaciones disciplinarias realizadas por la parte empleadora, a la accionante se le dio por terminada la relación laboral con justa causa el día 26 de diciembre de 2016. No obstante, en el proceso disciplinario, según el criterio de la accionada, existen hechos que constituyen falta grave por el incumplimiento de los deberes y obligaciones que le fueron asignados a la trabajadora, argumentando "*su conducta y actuaciones estuvieron en desacato con sus responsabilidades y competencias como trabajadora de confianza de la empresa empleadora, pues de alguna manera actuó en beneficio de terceros, en beneficio propio, poniendo en peligro el patrimonio de la empresa, cuya guarda y protección le correspondía, igualmente, su conducta ha sido flagrantemente violatoria de las políticas de la empresa en cuanto a préstamos de los propietarios por cuanto se deben otorgar teniendo en cuenta (i) el término de vigencia del contrato de arriendo (ii) el valor neto a recibir el canon mensual de arriendo, la temporalidad del arriendo por terminación del contrato por su desocupación anticipada o venta del inmueble conlleva a la desaparición inmediata del canon, por lo que deben realizarse a corto plazo y por valores manejables en su recuperación.*"

En tal sentido, para el Despacho de instancia el proceso disciplinario se llevó a cabo respetando las garantías constitucionales de audiencia, defensa y contradicción, sin que los cargos fueran controvertidos probatoriamente por parte de la actora, en el presente proceso.

Además, adujo que los testigos traídos al juicio no sustentaron situaciones de tiempo modo y lugar que hicieran nugatorios los soportes documentales disciplinarios que gravitan en el expediente y que contienen las actuaciones disciplinarias aludidas. También, con estos testigos tampoco se logra desvirtuar las aristas referentes a los hechos que llevaron a la terminación con justa causa el contrato de trabajo de la accionante, como consecuencia de las referidas actuaciones disciplinarias.

Acorde a todo lo expuesto, y de las pruebas practicadas por el A quo, éste concluyó que con los hechos debatidos en el proceso disciplinario, se logró acreditar la justa causa alegada, pues, la actora realizó una serie de préstamos a propietarios de inmuebles, actuando en desacato de sus responsabilidades y competencias funcionales, poniendo en riesgo el patrimonio de Araujo & Segovia; además, intervino en la compra de un inmueble que trajo consecuencias negativas para la empresa. Por ello, considera que existió una justa causa para despedir.

En cuanto a la remuneración devengada por la actora, sostuvo que, conforme a las probanzas recaudadas, se identifica como último salario básico mensual de la demandante el correspondiente a \$3.600.000, sin embargo, previo al análisis de las acreencias laborales deprecadas, procedió a estudiar la excepción de prescripción, en la que determinó que las pretensiones de la demanda se desprenden desde el año 1992 hasta el año 2016, observando, además, que en el expediente milita una reclamación del derecho de fecha 11 de abril de 2019, por lo que concluyó que las acreencias laborales causadas con anterioridad al 11 de abril de 2016 se encuentran prescritas, salvo las vacaciones y el auxilio de cesantías, donde las primeras se encuentran prescritas desde el 11 de abril de 2015, mientras que las cesantías, su término de prescripción inicia a partir de la terminación del vínculo contractual, sumado a los aportes a pensión, los cuales indicó ser imprescriptibles. En ese orden, procedió a liquidar tales rubros.

- Cesantías: frente a estas, estimó que la parte accionante, en los hechos de la demanda, expresó que las mismas fueron consignadas (hechos 18 y 30 de la demanda) por lo tanto, consideró el A Quo que solo se le adeudan las diferencias por concepto de las bonificaciones que no están expresamente excluidas de su naturaleza salarial, las cuales ascienden a las siguientes sumas:
 - (i) Año 2011 \$6.330.333
 - (ii) Año 2012 \$1.568.172

Calendas en las que se generaron las aludidas bonificaciones, las cuales, en el estudio previo, constituyen salario.

- Intereses a las cesantías:
 - (i) Año 2011 \$760.000
 - (ii) Año 2012 \$188.180

Calendas en las que se generaron las aludidas bonificaciones, las cuales, en el estudio previo, constituyen salario.

- Primas de servicio: Indicó que las causadas para los años 2011 y 2012, las mismas se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.
- Vacaciones: Señaló que las mismas, las de los años 2011 y 2012, se encuentran afectadas por la prescripción.

- Sanción moratoria del artículo 65 del CST: Manifestó que a la terminación de la relación laboral no quedaron pendiente pago de prestaciones sociales y los que quedaron pendientes se encuentran prescriptos, por tanto, no evidencia mora en el pago de estas acreencias y, en consecuencia, no se hace posible condenar a sanción moratoria. De otra parte, indicó no avizorar una conducta que exteriorice mala fe o intención defraudatoria en el extremo pasivo, por tanto, no había lugar a esta sanción.
- Sanción moratoria por la no consignación de cesantías en un fondo: expuso que la reliquidación de cesantías reconocida en el plenario se genera con ocasión al reconocimiento de las bonificaciones correspondientes a los años 2011 y 2012, sumado a que, de los hechos de la demanda, se constata que estas cesantías sí fueron consignadas en el fondo cesantías Porvenir SA, por lo que no impuso condena por esta sanción. Aunado a que, la sanción que se materializaría por los años 2011 y 2012, se exterioriza la prescripción de la misma.
- Aportes a seguridad social en pensión:
 - mayo de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$10.500.000.
 - junio de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$10.500.000.
 - agosto de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$20.000.000.
 - noviembre de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$5.000.000.
 - diciembre de 2011: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$30.000.000.
 - Marzo de 2012: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$6.818.073.
 - Abril de 2012: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$1.000.000.
 - Junio de 2012: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$8.000.000.
 - Julio de 2012: Partiendo de un Ingreso Base de Cotización o IBC, adicional, correspondiente a \$3.000.000.

Por último, ordenó la indexación de las condenas irrogadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

- **Parte demandante**

El extremo activo sustentó la alzada bajo los siguientes argumento

Despido sin justa causa

Manifestó el vocero judicial que la justa causa alegada por el empleador no se encuentra establecida dentro de las taxativas que señala el CST en su artículo 62, como tampoco dentro de las faltas que se consideran como graves, las cuales tienen que estar dentro

de los reglamentos internos de trabajo, y, en el presente proceso, no se encuentran. No obstante, expresa que no entiende de dónde el A Quo sacó las faltas graves en las que basó su decisión para decir que existía justa causa.

Asimismo, indica que en la carta de terminación del contrato se alega como causal del despido el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el juzgador inicial lo pasó por alto. Además, se menciona en este documento que "*la ley comercial atañe a los deberes de conducta especial que deben cumplir los administradores, gerentes o representantes de la sociedad para proteger los intereses de los asociados y de la propia persona jurídica*", siendo este el fundamento de la causa del despido.

También, en la carta de despido, se hace hincapié, pero no como causal de despido, el numeral sexto del literal a) del artículo 62 del CST, en concordancia con el numeral 1º y 5º del artículo 58 *ídem*, pero no se refiere a que el trabajador los hubiese infringido, porque la carta de despido no lo dice, empero, el A Quo si lo concluyó en su decisión. No obstante, explicó la censura que las causales de terminación del contrato son taxativas y no hay otras diferentes a las establecidas en el artículo 62 *Id.*

Por consiguiente, y acorde a lo esgrimido, considera que las causales que establece el CST en el artículo 62 son taxativas y no enunciativas, sin que se puedan plantear otras nuevas o similares, no obstante, no podría tener como justa causa las que estipula la empresa. Aunado a que lo que se alega como justa causa comprendido en el artículo 23 de la Ley 222, pues esta ley establece quienes son los administradores que tienen sus funciones y si se tiene en cuenta todo lo establecido en ese artículo, la actora no tenía ninguno de esos cargos por lo que no se le podía aplicar, en el eventual caso de que el artículo 23 de la Ley 222 fuese una justa causa, para dar por terminado el contrato de trabajo, citando la sentencia CSJ SL375-2018, resaltando consigo que, en el reglamento interno de trabajo no existen las faltas graves, ni siquiera el empleador en la carta de despido lo manifestó, sin embargo, el fallador de la pasada instancia calificó como grave la falta, sin que sea dable abrogarse esa facultad, sumado al hecho de que se basó en argumentos diferentes a los que se alegaron al momento de la terminación del contrato de trabajo; doliéndose, además, de que el Juez A Quo hubiese acogido, únicamente, el dicho del testigo traído por la parte accionada, perdiendo de vista las ambigüedades que éste mostraba en su declaración, restándole credibilidad a los de la parte actora.

En igual sentido, mencionó que a la parte accionante le corresponde la carga de probar el hecho del despido, correspondiéndole la carga de probar la justa causa al empleador, sin embargo, la empresa no pudo probar, con su único testigo, de que existiera una justa causa, pero la decisión de instancia fue que la demandante con los testigos no había podido acreditar de que no existiera una justa causa, invirtiendo las cargas probatorias que se encuentran establecidas cuando se trata este tema (citó la sentencia Rad 2019 – 00021 -01 de este Tribunal, MP Marco Tulio Borja Paradas, para referirse al estudio de testigos). Por lo tanto, afirma que con el testigo traído por la parte pasiva no se logró probar la justa causa invocada.

De otra latitud, señaló que las pruebas que tenía el empleador en el procedimiento disciplinario para citar a descargos a la trabajadora no le fueron entregadas, siendo este un requisito indispensable que establece la sentencia de la Corte Constitucional que versa sobre los procedimientos para citar y diligenciar el llamado a descargos para que conlleve a un despido o una sanción.

Por todo lo anterior, estima que se debe condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Factores salariales

Expresa que el artículo 128 del CST, establece todos los pagos que no constituyen salario, y dentro de estos se encuentra "*la participación de utilidades*", siendo este el único factor comprometido. No obstante, considera que no es lo mismo la "*participación de utilidades*" que "*bonificación por participación de utilidades*", explicando que en todos los pagos realizados a la actora se habla de bonificación por participación de utilidades, y, en el Otrosí, que adicionó el contrato, se habla de participación de utilidades. Y, de la prueba documental aportada, tanto por la impulsora como por la accionada, como son las certificaciones de retenciones y de los pagos que se realizaron, todos hablan de "*bonificación por participación de utilidades*" y no otra cosa. Frente a las adiciones de los contratos, trajo a colación la sentencia SL68303-2018, refiriéndose a que si existe duda frente a si constituye o no salario, esa duda se debe resolver a favor del trabajador.

De otra parte, menciona que si se miran los valores que devengaba la accionante por esas bonificaciones, todas se encuentran en los libros de contabilidad desde el año 2009 hasta el año 2016.

También resalta las deposiciones hechas por sus testigos, que al referirse a uno de ellos señaló: "*la bonificación era para compensar el sueldo de ella pues como gerente de operaciones no era el que merecía, pero para que no se le incrementara la empresa le daba esa figura*" por ello considera el recurrente, que el Otrosí firmado era solo un disfraz por parte de la empresa para evadir algunas prebendas del trabajador y algunas situaciones de seguridad social. No obstante, resalta, lo anterior da cuenta que las bonificaciones recibidas por la trabajadora deben incluirse como salario.

En igual sentido, se refirió a los límites de los pagos que no constituyen salario, señalando que frente a este tema el A Quo no se pronunció, resaltando que todo pago no salarial tiene un límite que es el 40% del salario básico del trabajador y un valor mayor a este debe constituir salario, y si no se tiene como factor salarial, las prestaciones sociales deben liquidarse con base a al 40%.

Afirma la censura que todos los pagos realizados a la demandante fueron salario, resaltando que en el libro de contabilidad de la accionada, se observan pagos que ésta realizaba directamente a las entidades bancarias por libranza que hacía la actora y que dicha libranza debía ser cancelada con el salario del trabajador, el cual no podía ser mayor al 30% de su sueldo y que si se mira al detalle, la empresa no la cancelaba con su salario, la cancelaba con la bonificación por participación de utilidades, entonces se pregunta *¿por qué lo hacía si no era salario?* Considerando, en consecuencia, que se entra en una contradicción.

Así las cosas, indica que la misma empresa tenía conocimiento que lo que se le estaba pagando por bonificación era salario, porque de lo contrario no hubiese cogido el dinero de esas bonificaciones para el pago de libranzas en los bancos, y, a su juicio, las libranzas se deben pagar es con salarios mas no con bonificaciones.

De otra latitud, frente a la cláusula adicional, expresó que al A Quo le asiste razón cuando señaló que el dicho de la actora no puede constituir prueba, por lo que, pese a haber indicado que fue obligada a firmar esta cláusula, la misma no tiene valor probatorio; sin embargo, según el dicho del testigo Jhon, éste relató que, por comentarios, el que no firmaba se iba, ratificando lo que decía la actora en su interrogatorio. Y, en igual sentido, la testigo Angélica, a pesar de no darle credibilidad, ésta reiteró que a ella le dijeron que si no firmaba no había contrato. Ese orden de ideas, las declaraciones de estos testigos indican que la demandante en su interrogatorio no estaba mintiendo, por tanto, sí debió tenerse en cuenta, para así llegar a concluir que dicha cláusula tenía un vicio en el consentimiento. Sumado a que, en dicha cláusula, no se señaló una destinación específica tal como lo exige la jurisprudencia.

Indemnizaciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

Se duele el recurrente de que el fallador de la pretérita instancia hubiese considerado la existencia de una buena fe por parte de la empresa accionada; por ello explicó que la Corte Suprema de Justicia, enseña que se debe examinar las razones objetivas y jurídicas que determinen la omisión en el pago de cualquier prestación o de salario. No obstante, expresa que en el expediente milita prueba testimonial que lleva a determinar que la empresa presionó a los trabajadores para que suscribieran esa cláusula adicional y por esa sola circunstancia, existe mala fe, cita la sentencia (CSJ SL5159 rad 68303).

También, respecto a la sanción moratoria por la no consignación de cesantías en un fondo, trajo a colación la sentencia CSJ SL403-2013, para con ella indicar que esta sanción se causa, tanto por la falta de pago total como por el pago parcial.

Prescripción

Señala que el día 11 de abril de 2019, se presentó un escrito con el que se interrumpió el término prescriptivo, por tanto, es esta la fecha que se debe tener en cuenta para determinar las acreencias laborales que se encuentran prescritas.

- **Parte demandada**

Manifiesta estar inconforme con las condenas que fueron impuestas, argumentando los valores que el A Quo consideró como factor salarial, a su considerar, también se encuentra incluidos en la cláusula del acuerdo adicional, tan es así que en dicho acuerdo se dijo *"las partes contratantes amparadas en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 128 del CST, convienen y crean el siguiente acuerdo, entendido y aceptado, que las sumas adicionales que reconozca Araujo & Segovia SA, diferentes al salario convenido tales como: (i) comisiones o bonificaciones por arriendo y/o ventas (ii) Comisiones y/o bonificaciones por recaudo de cartera y/o gestión de cobro, (iii) Comisiones y/o bonificaciones por elaboración y/o gestión de avalúos, habituales u ocasionales, (iv) Gasolina para el vehículo, (v) Auxilio de alimentación, alojamiento y vestuario, (vi) Participación de utilidades, (vii) Viáticos ocasionales y permanentes u otros, (viii) Gastos de representación"*. De ese modo las cosas, resalta que, en el acuerdo firmado por las partes, fue aceptado que cualquier otra suma que no estuviera plasmado en el acuerdo, también formaba parte del mismo. Por tanto, sostiene

el recurrente que todas esas sumas que la Judicatura tuvo como factor salarial, que, pese a no encontrarse plasmadas literalmente en el acuerdo, debe interpretarse que, con el consentimiento expreso, al señalarse sumas adicionales no pueden formar parte del salario.

No obstante, lo anterior, como consecuencia de lo expuesto, aduce el vocero de la accionada que se queda sin piso las condenas impuestas en los numerales 3 y 4 de la sentencia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia tanto la parte demandante como la demandada alegaron de conclusión, reiterando lo expuesto en sus recursos de alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Magistratura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez, que de acuerdo a lo previsto 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.

Problema jurídico

2. El problema jurídico en esta instancia radica en determinar **(i)** si erró el A Quo al considerar que la bonificación por participación de utilidades no constituía salario; **(ii)** si la cláusula suscrita entre las partes en la que se acordó la no incidencia salarial de bonificaciones es ineficaz; **(iii)** examinar las sanciones moratorias de que trata el artículo 65 del CST y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y **(iv)** si hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa.

Supuestos facticos que no son objeto de discusión en esta instancia

3. En esta instancia no es objeto de censura los siguientes hechos:

- (i) que, entre las partes, existió un contrato de trabajo desde el 26 de agosto de 1992 hasta el día 26 de diciembre del año 2016.
- (ii) Que el último salario básico mensual de la demandante el correspondiente a \$3.596.054.

Factores salariales

4. Concluyó el Juez de primer nivel, con fundamento en los testimonios recaudados y las documentales aportadas al plenario, primeramente, que las bonificaciones otorgadas a la

demandante, entre ellas, la de participación de utilidades, las partes suscribieron un acuerdo en el que se estipuló sobre su carácter no salarial, razonamiento que sustentó en lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del CST.

Contra lo antes resuelto, el apoderado de la accionante considera que el Otrosí firmado era solo un disfraz por parte de la empresa para evadir algunas prebendas del trabajador y situaciones de seguridad social, sumado a que, a su juicio, la bonificación no podía superar el 40% del valor del salario básico devengado por la actora, en los términos del artículo 30 de la ley 1393 de 2010.

Pues bien, inicialmente, frente al argumento enunciado por la censura, acerca de la presunta infracción del artículo 30 de la ley 1393 de 2010, debe la Sala traer a colación la anterior cita normativa, que preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 30. Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.”

La citada norma, que versa sobre “*medidas de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes*”, no modifica el concepto de salario definido en el artículo 127 del CST, pues el mismo se limita a prohibir que los pagos no constitutivos de salario excedan el 40% del total de la remuneración para efectos de determinar el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social. Nótese que la regla deja a salvo “*lo previsto para otros fines*”, al tiempo que circunscribe esta prohibición “*para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993*”, esto es, el IBC de la seguridad social.

Quiere decir lo anterior que el mentado artículo 30, no es una autorización para desalarizar hasta el 40% de la remuneración del trabajador. El régimen del salario, su concepto y sus elementos, siguen gobernados por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que lo conciben como toda remuneración que percibe el trabajador por la prestación del servicio (**Vid Sentencia CSJ SL5159-2018**). Por consiguiente, no le asiste razón a la censura frente a tal argumento.

Ahora, para entrar a resolver el punto nodal de la Litis, esto es, si la bonificación por participación de utilidades constituye salario, es necesario, en principio, remitirse a lo adocinado por la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL5146-2020, en la que se memoraron las reglas para determinar cuáles de los pagos efectuados al trabajador constituyen salario según los artículos 127 y 128 del CST, mismas que compendió de la siguiente manera:

“1. Por regla general, en los términos de los artículos 127 del CST y 1º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado, que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en cada caso concreto (CSJ SL5159-2018).

2. Conforme al artículo 128 *ibidem*, por excepción, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo, a saber, *i*) las recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; *ii*) las prestaciones sociales; *iii*) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; *iv*) las sumas ocasionales, entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo (CSJ SL5159-2018).

3. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario, **es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 de la CP, de modo que lo relevante es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio**, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

4. Si bien el artículo 128 del CST, modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad», dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899-2019).

5. La forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «*desalarización*» solo pueden recaer sobre «*aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario*», tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad (CSJ SL5159-2018).

6. El empleador es quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018)."

De acuerdo con el criterio de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte, no todos los pagos que recibe un trabajador constituyen salario, ni tampoco basta que estos se entreguen de manera habitual, pues se debe analizar si su finalidad es la de remunerar directamente la actividad laboral del vinculado, tal como lo establece el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto señala que es salario "*todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte*".

De modo que ninguna relevancia tiene la figura jurídica o contractual o la denominación que se utilice, ya que, si el pago realizado por el empleador es consecuencia directa de la labor desempeñada, constituirá salario, en virtud del principio de la primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 de la C.N. según el cual "*prima la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*" (CSJ SL 2852-2018).

En igual sentido, sobre la exégesis del 128 del CST, en sentencia CSJ SL, del 29 de julio de 2015, reiterada en la atrás anotada CSJ SL5146-2020, y en la CSJ SL2727-2021, la Corte expresó:

“Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte ha sido enfática y clara en precisar que las cláusulas de exclusión salarial, pactadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no deben ser admitidas inexorablemente, por el solo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y «...**no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen.**» (CSJ SL, 12 feb. 2003, rad. 5481, CSJ SL, 12 jul. 2011, rad. 38832, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475).”

En el *sub examine*, la parte actora denuncia la interpretación errónea de los preceptos enunciados, en tanto el fallador de la pasada instancia no tuvo en cuenta que la bonificación por participación de utilidades, que le fueron canceladas, tenía connotación salarial, para efectos de liquidación de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

El *A Quo*, resolvió negativamente las pretensiones de la actora, sustentando lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del CST, y argumentando que de la documental allegada por las partes, se evidenciaba que éstas expresamente convinieron la exclusión de la bonificación por participación de utilidades y entre otras más; además, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto Legislativo 2474 de 1948, se exime a la participación del trabajador de las utilidades de la empresa como remuneración o salario.

Al respecto debe resaltar la Sala que el referido Decreto 2474 de 1948, por el cual se fija la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, se dio luego de haberse declarado turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República, por el entonces presidente, Mariano Ospina Pérez, que obligaba a los empresarios a participar las utilidades con sus trabajadores, siendo este el origen de la actual prima de servicios¹.

De acuerdo a la historia, la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa “*En principio, este no fue un beneficio que amparara a gran parte de los trabajadores, lo cual conllevó, a la expedición del Decreto reglamentario 3871 de 1949, que aumentaba el número de beneficiarios de esta compensación, aunque los mismos, fueron luego sustituidos en 1950, una vez entró a regir el nuevo Código Sustantivo de Trabajo, como producto de las discusiones de entre empresarios y trabajadores, y Oficina General del Trabajo y la Comisión de Asuntos Sociales*” (Avella, 2010).

Aunado a lo anterior, en sentencia de constitucionalidad C-100 de 2005, frente al Decreto 2474 de 1948, la H. Corte Constitucional, reafirmó la sustitución de la participación de utilidades de los trabajadores, con la prima de servicio; al respecto indicó lo siguiente:

“(...) el análisis del origen de la prestación *sub examine* que como lo señala el mismo artículo 306 en su numeral 2 sustituyó la participación de utilidades y la prima de beneficios que establecían los Decretos 2474 de 1948 y 3871 de 1949 a que se hizo alusión en los apartes preliminares de esta sentencia.”

¹ Archila, M. (1995). Protestas sociales en Colombia 1946-1958. Historia crítica, (11), 63-78.

En ese orden de ideas, no resulta valedero el argumento expuesto por el A Quo para hacer nugatorio el derecho de la actora.

Puestas así las cosas, procederá la Sala a auscultar el material probatorio obrante en el plenario, a fin de determinar si, en efecto, las bonificaciones correspondientes a "participación de utilidades", "bonificación reconocimiento de gerencia" "dirección de empresa" y "bonificaciones por cumplimiento de metas", son o no constitutivas de salario, no sin antes advertir que el análisis probatorio se realizará de acuerdo a lo que dispone el artículo 61 del CPT y de la SS, y lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia **SL16170, Radicación n.º 51411 de 2017**, al señalar que los Jueces del trabajo gozan de libertad probatoria para apreciar las pruebas, facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo que la misma ley exija determinada solemnidad.

Pues bien, en cuanto a la bonificación por participación en utilidades, de la prueba testimonial recaudada, como fueron los testigos Jhon Jairo Sánchez Pérez, Angélica María Molina Negrete y Héctor José Rodríguez de Arco, la Sala extrae lo siguiente:

- (i) El deponente, Jhon Jairo Sánchez, manifestó haber laborado para la empresa accionada como contador público, cuyas funciones eran las de liquidación de nómina; además, menciona que la demandante percibía un salario normal y adicionalmente percibía bonificaciones, entre ellas la denominada "participación de utilidades" la cual afirma que le era pagada a la actora para contribuir a su salario, aduciendo ser esta una bonificación estándar todos los meses. La ciencia de su dicho se sustenta en que fue su compañero de trabajo desde el año 2006, en la empresa Araujo & Segovia de Córdoba SA.
- (ii) De la versión de Angélica María Molina, la Sala poco extrae de su dicho, habida consideración que, la testigo, basó su declaración en su situación personal cuando laboró al servicio de la accionada, y no hizo alusión frente lo ocurrido con la actora. Aunado a ello, indicó que ingresó a laborar solo a partir del año 2013, es decir, no puede constarle circunstancias acaecidas con anterioridad a esta calenda, relacionado con la demandante.
- (iii) Por su parte, el declarante Héctor José Rodríguez, manifestó laborar al servicio de Araujo & Segovia de Cartagena, empero que viene a la ciudad de Montería con una frecuencia aproximada de 3 o 4 meses, cuando le es asignado. Señala, además, haber sido designado auditor en la sede de Montería en octubre de 2016, encontrando en la misma que la demandante se halló inmersa dentro de irregularidades en el manejo de préstamos a propietarios y manejo de inquilinos. De igual manera, hizo aseveraciones acerca del acuerdo adicional al contrato de trabajo de la actora, afirmando constarle que existe dicho documento y que tales bonificaciones no constituyen salario.

De otra latitud, con relación a la prueba documental, a folio 43 del expediente PDF de la demanda, en la cláusula adicional al contrato de trabajo suscrito entre las partes, frente a la exclusión de bonificaciones, se estipuló lo siguiente:

"que las sumas adicionales que reconozca Araujo & Segovia Córdoba SA, diferentes al salario convenido tales como Comisiones y/o bonificaciones por arriendos y/o ventas, Comisiones y/o bonificaciones por recaudo de cartera y/o gestión de cobro, Comisiones y/o bonificaciones por

elaboración y/o gestión de avalúos, habituales u ocasionales, Gasolina para el vehículo, Auxilio de alimentación, alojamiento y vestuario, Participación de utilidades, Viáticos ocasionales y permanentes u otros, estos de representación, no constituyen factor salarial y que, en consecuencia, no generará prestaciones sociales, ni pago parafiscales ni aportes patronales”.

Asimismo, de los documentos aportados por la accionada a través de requerimiento que hiciera el A Quo, constata la Sala que la Bonificación por participación de utilidades se ha venido pagando de manera habitual en la mayoría de los meses, desde el año 2012 hasta el año 2016.

En igual sentido, a folio 27 PDF de la parte 2 del escrito genitor, obra certificación emanada de la empresa accionada, Araujo & Segovia, en la que se deja constancia que la accionante devenga un sueldo básico de \$3.600.000 y una bonificación mensual de \$15.000.000.

En tal discurrir, a juicio de esta Sala, esta bonificación tenía por finalidad remunerar de manera directa la actividad que realizaba el trabajador, característica propia de los pagos constitutivos de salario, así lo dejó ver el testigo Jhon Jairo Sánchez, contador de la sociedad demandada, y quien liquidaba la nómina, al manifestar que esta bonificación le era pagada a la actora para contribuir y complementar a su salario, como compensación por su cargo, pero que no se le liquidaba en la nómina. Adicionalmente, en el Otrosí, en la cláusula tercera se dijo lo siguiente: *“las partes de manera expresa convienen en que el valor de las bonificaciones, comisiones y/o gastos de representación que se otorguen mensualmente, están representadas en un 82.5% por concepto de retribución del trabajo efectuado en la jornada ordinaria; y el 17.5% para cubrir la remuneración del descanso en domingo y festivo del respectivo mes”.*

Luego, a todas luces se observa que los pagos en mención eran en contraprestación de los servicios que le prestaba la reclamante a la accionada, tenían habitualidad y permanencia, aparte que, sin duda, ingresaban efectivamente al patrimonio de la trabajadora. Aunado a que la única prueba que allega la parte demandada para sostener su tesis es la cláusula adicional u Otrosí al contrato de trabajo de la actora, la cual deviene en insuficiente para desvirtuar su condición remuneratoria directa del servicio, carga probatoria que le incumbe a la parte accionada (**Vid CSJ SL5146-2020, CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL5159-2018**). Por tanto, si un pago cumple las condiciones previstas en la ley para ser salario, seguirá predicándose como tal, a pesar de su denominación, pues, como quedó explicado, los pagos habituales que retribuyen directa y realmente el servicio configuran ese elemento del contrato laboral y no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes, ya que, como se orientó en la sentencia CSJ SL3272-2018, *“el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente del pacto de exclusión salarial, sino que en cada caso deben analizarse elementos fácticos en aras de establecer cómo fue consagrado y si con él se retribuyen directamente los servicios prestados.”* En tal sentido, prospera el argumento expuesto por la parte accionante.

Ahora, previo a la liquidación de las diferencias causadas frente las prestaciones sociales, en las que se echó de menos el real salario de la accionante, corresponde desatar el recurso presentado por la parte accionada, relacionada con las bonificaciones que sí fueron tenidas en cuenta por el A Quo como factor salarial, esto es, “bonificación reconocimiento de gerencia” “dirección de empresa” y “bonificaciones por cumplimiento de metas”, quien para reconocerlas señaló que las mismas no se encontraban dentro del Otrosí o cláusula adicional al contrato de trabajo suscrito entre las partes.

De lo anterior se duele el recurrente por considerar que, en dicha cláusula adicional, se acordó que cualquier otra suma que no estuviera plasmado en el acuerdo también formaba parte del mismo.

Para resolver la anterior inconformidad, resulta imperioso recordar lo ensañado por nuestro órgano de cierre en sentencia CSJ SL1798-2018, frente a las cláusulas globales o genéricas relacionadas con este tema, en la que puntualizó lo siguiente:

"es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo."

Acorde al anterior aparte jurisprudencial, el hecho de que en la cláusula adicional u Otrosí se hubiese pactado de manera genérica que cualquier otra suma que no estuviera plasmado en el acuerdo tampoco constituía salario, va en contravía de lo realmente establecido por el Legislador en el artículo 128 del CST, y por tanto, la misma se torna ineficaz.

En tal sentido, observa la Sala que las bonificaciones correspondientes a "bonificación reconocimiento de gerencia" "dirección de empresa" y "bonificaciones por cumplimiento de metas", las mismas fueron de manera habitual, permanente y periódica durante los años 2011- 2012, las cuales, al no expresarse de manera clara, expresa y detallada en el Otrosí firmado entre las partes, surge diáfano que constituyen salario, tal como lo señaló el Juez de primera instancia.

Puestas así las cosas, se procederá a liquidar la diferencia frente a las prestaciones sociales causadas y que no se encuentran afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Liquidación de prestaciones sociales y excepción de prescripción

5. Antes del estudio de la liquidación de las diferencias salariales causas, observa la Sala que el Juez inicial tomó como fecha de interrupción de la prescripción el día 11 de abril de 2019, debido a la petición radicada por la actora ante la sociedad accionada, en consecuencia, consideró que los derechos laborales causados con anterioridad al 11 de abril de 2016, se encontraban afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción, salvo las cesantías y vacaciones.

Ante lo anterior, debe la Sala recordar que el artículo 489 del CST, establece que "*el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez*". Ahora, la petición formulada por la parte activa de fecha 11 de abril de 2019, persigue la expedición de documentos e información relacionada con el vínculo contractual que unió a las partes, sin que se evidencie una debida reclamación de los derechos que en el presente proceso se depreca, por lo que, en principio, podría decirse que dicha petición no cumplió la finalidad de interrumpir la prescripción, sin embargo, como quiera que la parte accionada,

en su recurso de apelación, guardó silencio al respecto, dicha decisión se mantendrá incólume, es decir, tomando como fecha de interrupción el día 11 de abril de 2019.

En ese orden de cosas, la Sala constata que en el presente asunto, en el transcurso de su relación laboral, la demandante devengó la denominada "bonificación por participación de utilidades" "bonificación reconocimiento de gerencia" "dirección de empresa" y "bonificaciones por cumplimiento de metas", conforme a las documentales arrojadas al proceso, (Oficio de Información aportada por Araujo & Segovia, archivo 19 del expediente digital y a las documentales aportadas con la demanda y contestación) en las sumas y periodos como se relacionan a continuación:

Tabla de salarios percibidos durante el vínculo laboral			
SALARIOS SEGÚN BONIFICACIÓN			
AÑO	Bonificación por Participación	Otras Bonificaciones Reconocidas por el A quo	Total
Año 2009	214.625		214.625
Año 2010	-		-
Año 2011	-	6.333.333	6.333.333
Año 2012	666.667	1.568.173	2.234.840
Año 2013	9.003.333		9.003.333
Año 2014	6.411.667		6.411.667
Año 2015	5.000.000		5.000.000
Año 2016	13.166.667		13.166.667

LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS			
AÑO	Salario Promedio	Días Laborados	Valor
Año 2009	214.625	360	214.625
Año 2010	-	360	-
Año 2011	6.333.333	360	6.333.333
Año 2012	666.667	360	666.667
Año 2013	9.003.333	360	9.003.333
Año 2014	6.411.667	360	6.411.667
Año 2015	5.000.000	360	5.000.000
Año 2016	13.166.667	356	13.020.371

TOTAL	40.649.996
-------	------------

LIQUIDACIÓN DE INTERESES SOBRE CESANTÍAS				
AÑO	Fecha de Exigibilidad	Salario Promedio	Días Laborados	Valor
Año 2009	1/02/2010	214.625	360	Prescritas
Año 2010	1/02/2011	-	360	Prescritas
Año 2011	1/02/2012	-	360	Prescritas
Año 2012	1/02/2013	667.667	360	Prescritas
Año 2013	1/02/2014	9.003.333	360	Prescritas
Año 2014	1/02/2015	6.411.667	360	Prescritas
Año 2015	1/02/2016	5.000.000	360	Prescritas
Año 2016	27/12/2016	13.020.371	356	1.545.084
TOTAL				1.545.084

LIQUIDACIÓN DE PRIMA DE SERVICIOS			
AÑO	Salario Promedio	Días Laborados	Valor
Año 2009	214.625	360	Prescritas
Año 2010	-	360	Prescritas
Año 2011	-	360	Prescritas
Año 2012	666.667	360	Prescritas
Año 2013	9.003.333	360	Prescritas
Año 2014	6.411.667	360	Prescritas
Año 2015	5.000.000	360	Prescritas
Año 2016	13.166.667	356	13.020.371
TOTAL			13.020.371

LIQUIDACIÓN DE VACACIONES				
AÑO	Fecha de Exigibilidad	Salario Promedio	Días Laborados	Valor

Año 2009	1/01/2011	214.625	360	Prescritas
Año 2010	1/01/2012	-	360	Prescritas
Año 2011	1/01/2013	-	360	Prescritas
Año 2012	1/01/2014	666.667	360	Prescritas
Año 2013	1/01/2015	9.003.333	360	Prescritas
Año 2014	1/01/2016	6.411.667	360	Prescritas
Año 2015	26/12/2016	6.000.000	360	3.000.000
Año 2016	26/12/2016	13.166.667	356	6.510.185
TOTAL				9.510.185

- **Despido sin justa causa**

6. En lo concerniente al despido sin justa causa, es menester señalar que de acuerdo a lo enseñado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para determinar si la terminación de la relación laboral obedeció o no a una justa causa, debe acreditarse por parte del trabajador el hecho del despido, trasladándose, en consecuencia, la carga de la prueba al empleador, quien debe demostrar que dicho rompimiento rinde culto a una justa causa. **(CSJ SL3403 de agosto 21 de 2019, Rad. 51472, MP. Jorge Prada Sánchez).**

En el caso *sub examine*, se encuentra acreditado el hecho del despido realizado a la actora, pues, así lo reconoce la misma parte accionada al momento dar contestación a la demanda al hecho trigésimo séptimo, y obra en el expediente la carta de despido de fecha 26 de diciembre de 2016, visible a folios 50 a 53 del archivo de demanda 1. En ese orden, al estar demostrado el hecho del despido, le corresponde a Araujo & Segovia Córdoba SA, en el presente proceso, acreditar que existió una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo a la actora.

Acreditación de una justa causa

7. A la señora Nadra Esther Posada Alcalá, la parte accionada le dio por terminado su contrato de trabajo bajo el argumento de haber incumplido los deberes y obligaciones que le fueron asignadas, donde sus acciones causaron perjuicios a dicha entidad.

El punto neurálgico de la contienda se ciñe a determinar si se configura la justa causa citada por la accionada, de acuerdo con los artículos 23 de la Ley 222 de 1995, numeral 6º del literal a) del artículo 62 del CST, en concordancia con los numerales 1º y 5º del artículo 58 del mismo texto normativo.

Inicialmente debe decirse que el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, no se encuentra contemplado como una justa causa de terminación del contrato de trabajo, salvo que en el reglamento interno de trabajo, convención colectiva o acuerdo entre las partes se haya pactado el mismo, situación que brilla por su ausencia al interior del reglamento interno de trabajo que milita en el archivo de demanda # 4.

Ahora, con relación al numeral 6º del literal a) del artículo 62 del CST, en concordancia con los numerales 1º y 5º del artículo 58 *ibídem*, se tiene que a la letra disponen:

"ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.

<Artículo modificado por el artículo 7º. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."

"ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. Son obligaciones especiales del trabajador:

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios."

Pues bien, en estricta síntesis, la accionada sostiene que la señora Nadra Esther Posada, incumplió con las obligaciones y deberes que le fueron asignadas, decisión que se funda en que la actora ignoró que los señores Boris Enrique Espitia Machado y Orlando Mestra Rodríguez, clientes de la sociedad Araujo & Segovia Córdoba SA, presentaran una mora superior a 7 meses sin que ésta tomara acción alguna tendiente a ordenar el accionar respectivo, siendo una de sus responsabilidades como gerente.

Asimismo, se la acusa de realizar préstamos a clientes de la empresa sin tener en cuenta una proporcionalidad razonable entre la capacidad de pago y el préstamo realizado, poniéndole de presente el caso de la señora Nicolaza Ortiz de Mass, cuyo crédito fue de \$124.489.472 y su capacidad de pago era inferior a \$2.000.000 mensuales. Y, en igual sentido, el caso del señor Manuel González Salón, a quien entre los años 2015 y 2016, le hizo 13 préstamos, dos de ellos en un mismo mes, dos de ellos diligenciados por ella misma, cuando, a juicio de la accionada, dicho diligenciamiento no está dentro de sus funciones.

En conclusión, sostiene la empresa, Araujo & Segovia Córdoba SA, que las decisiones tomadas por la actora estuvieron en desacato con sus responsabilidades y competencias como trabajadora de confianza, pues, actuó en beneficio de terceros, en beneficio propio y poniendo en peligro el patrimonio de la sociedad.

Precisado lo anterior, el vocero de la parte demandante dice de la decisión tomada por el A Quo, pues aduce que el reglamento interno de trabajo no prevé la anterior situación como una falta grave, además, que al juez singular no le era dable entrar a calificar dicha conducta como grave.

Frente a lo anterior debe decirse, primeramente, que cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato. No obstante, en efecto, tal como lo señaló la censura, el empleador no alegó ninguna falta grave comprendida en el reglamento interno de trabajo. Sin embargo, en la carta de terminación del contrato se pone de presente el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del CST, en concordancia con los numerales 1º y 5º del artículo 58 *ibídem*, cuyo concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma.

Con relación a este punto, es menester traer a cuento lo decantado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL16298-2017, reiterada en la CSJ SL4367-2018, en la que sostuvo:

“Debe recordar la Sala que el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, comprende dos hipótesis para la configuración de una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por el empleador, a saber: a) cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, y, b) cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Así lo ha dejado sentado esta Corporación en diversos pronunciamientos, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35105; reiterada entre otras, en la CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 39518; y más recientemente en la CSJ STL12438-2015, en donde dijo:

“Es indudable que en el numeral 6º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...)

‘En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...’

[...]

“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica

una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

“En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...’»

(...)

Del análisis precedente, emergen las siguientes conclusiones: (i) en la primera de las hipótesis estatuida en el mencionado numeral 6º de la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave y (ii) en la segunda, la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta (CSJ SL12904-2017).

En este sentido, a juicio de la Sala, el juzgador de primer grado no incurrió en la violación de la ley señalada por el recurrente, pues, calificó como grave la conducta de la actora de acuerdo a las disposiciones reglamentarias que contemplan los artículos 62 y 58 del CST.

Ahora, a fin de verificar si, en efecto, la actora incurrió o no las conductas que le endilga la parte pasiva, debe la Sala remitirse a las funciones inherentes al cargo que ésta desempeñaba, las cuales reposan a folios 35 a 38 del archivo de contestación de demanda, en el que, entre otras se indica: “(i) *Seguimiento de recaudo mensual de la cartera ocupada, de la cartera desocupada, garantizada, cartera real y de orden* (ii) *autorización de préstamos o anticipos a propietarios cuando exceda el monto aprobado*”.

En ese orden, entre las faltas que se le endilgan a la parte demandante, como atrás se dijo, se encuentra el haber omitido realizar las acciones pertinentes frente los clientes que venían presentando una mora de más de 7 meses en sus créditos; en tal aspecto, si bien la accionada no aporta al plenario prueba alguna que lleve a determinar dicho incumplimiento frente a sus obligaciones como gerente de operaciones, no pasa por al alto la Sala que la actora al dar contestación a la diligencia a descargos que le fue imputado al interior del procedimiento disciplinario (folios 51 a 60 del archivo pdf de contestación de demanda) manifestó, con relación al caso de los señores Orlando Mestra Rodríguez y Boris Espitia Machado, que nunca le fueron relacionados en las actas que reporta el departamento de cartera los clientes a demandar, desconociendo las gestiones de cobro efectuadas; además, expuso que ni la gerencia de operaciones ni la gerencia de oficina, han firmado nunca una orden de demanda, que, inclusive, con exmpleados que han llegado a deber hasta 11 meses de arriendo la gerencia de oficina no firma las demandas.

En lo relacionado al tema de los préstamos, frente al caso de la señora Nicolasa Ortiz de Mass, explicó que ésta es una cliente de más de 18 años y que siempre se ha otorgado créditos por esas cuantías, tanto por la gerencia de operaciones como por la gerencia de oficina, siendo una cliente que siempre ha pagado de manera oportuna sus créditos, por lo que considera que ese crédito que se le enrostra como inadecuado, no constituye ningún riesgo.

Respecto al caso de Manuel González, sostiene que sobre este crédito conversó con el señor Hoyos, dándole su parte de confianza y haciéndole saber que este cliente era de mucha tradición en la compañía y que tenía rentas aproximadamente de 24 millones. Por último, indica que los créditos otorgados fueron realizados con políticas verbales

otorgadas y fundamentadas en el principio de la buena fe, por lo que considera no se puede hablar de violación a las políticas, ya que todos en la empresa conocían que esos recursos llegaron de Cartagena para colocar créditos a propietarios en unos montos superiores y a unos plazos diferentes.

Acorde a lo expuesto, denota la Sala que la actora acepta que: (i) los señores Orlando Mestra Rodríguez y Boris Espitia Machado, se encontraban morosos en sus créditos por más de 7 meses, sin que siquiera tuviera conocimiento de los mismos, (ii) realizó créditos en unos montos superiores y en unos plazos diferentes a los establecidos por la empresa, en el caso de los señores Nicolasa Ortiz de Mass y Manuel González.

Ahora, ha de precisarse que si bien la actora justifica su proceder en que ello es costumbre en la empresa y acuerdos verbales existentes, debe recordarse que le incumbía demostrar la justificante en comentario, porque en tratándose de la terminación del contrato de trabajo por una justa causa, probada por el empleador la falta, no basta que el trabajador alegue la existencia de hechos que justifican la conducta imputada, es necesario que los pruebe, y, esa prueba, no puede ser sólo su dicho en la diligencia de descargos (Vid. Sentencias SL1199-2019 y SL592-214). Proceder que, además, requiere la causación de perjuicio para la empresa (CSJ SL19449-2017)

En ese orden de ideas, considera la Sala que la conducta de la actora constituye una violación grave de sus obligaciones, generando consigo la justa causa invocada por la parte accionada, todo lo cual acompasa con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 62 del CST, habida cuenta que así quedó demostrado con la prueba documental traída por las partes.

- **De la sanción moratoria que contemplan los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990**

8. Con relación a esta tónica, debe recordar la Sala que, en tratándose de las sanciones moratorias, bien sea la consagrada en el canon 65 del CST, o la estipulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no operan de forma automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo (**Sentencia SL-4566 de 2019; SL-8216 de 2016, Rad. 47048; Sentencia SL-1928 de 2018, y recientemente SL446 -2020**).

Por ejemplo, en la CSJ SL446-2020, esta alta Corte puntualizó lo siguiente:

“En lo que respecta si se debe exonerar a la demanda de la sanción moratoria del artículo 65 y la del numeral 3, del artículo 99 de la ley 50 del 90 al existir buena fe en el proceder de COSMITET, observa esta sala que en lo que respecta a la moratoria del artículo 65 y la del numeral tercero del artículo 99 de la ley 50 de 90, basta decir que como tiene enseñado nuestra jurisprudencia estas no surgen de una manera automática ante el incumplimiento en el pago o lo que es lo mismo necesariamente su incumplimiento se traduce en mala fe, la jurisprudencia ha precisado que las indemnizaciones son inaplicables a los casos de duda justificada frente a la existencia del derecho esto es, cuando se establece que el empleador deudor obró de buena fe no es dable tal sanción, el juez en cada caso debe

considerar las razones que le asisten al empleador para no pagar a la terminación del contrato de trabajo, los salarios prestaciones debido al trabajador **como también el motivo por el cual no consignó las cesantías del trabajador y si encuentra razones que justifiquen el no pago Se le puede exonerar de dicha indemnización.**" [Se destaca].

En tal dirección, procederá la Sala a examinar si en el caso bajo estudio, obran razones serias y atendibles de buena fe por parte del empleador, para no haber cumplido con su deber legal de consignar las cesantías al trabajador en un fondo y el no pago de prestaciones sociales.

Con relación a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, en el *sub examine* se echa de menos prueba alguna que lleve a determinar que el ente demandado actuó bajo los postulados de la buena fe, pues, la sola circunstancia de acordar con el trabajador la desalarización de unos pagos que por su misma naturaleza son constitutivos de salario, no conduce inexorablemente a inferir un íntimo convencimiento de no ser factor para liquidar las prestaciones sociales causadas, tanto en vigencia de la relación laboral, como al momento de su terminación (**vid. CSJ SL, 13 jun 2012, rad. 39475, con referencia en la CSJ SL, 2 may. 2012, rad. 38118**).

Así mismo, en la providencia CSJ SL4663-2021, en un asunto de similares circunstancias a las que aquí se debaten, se recordó que las sanciones moratorias (artículos 65 CST, 99 Ley 50 de 1990), proceden cuando el empleador no aporta elementos de convicción o razones satisfactorias y creíbles de su conducta, es decir, que obró de buena fe, pese a incurrir en mora en el pago de salarios y prestaciones del trabajador; por ejemplo, en uno de sus apartes se dijo:

"Además, por cuanto, se insiste, la aceptación de los trabajadores y la ausencia de reclamo en vigencia del vínculo laboral, tampoco puede ser considerada como eximente de mala fe, toda vez que la Corte tiene adoctrinado, entre muchas, en la sentencia la sentencia CSJ SL, 25 oct. 1999, rad. 12090, reiterada en las providencias CSJ AL8751-2016 y CSJ SL1035-2016, que la capacidad legal y la autonomía de la voluntad, propias de las relaciones civiles o comerciales, no tienen igual impacto en el ámbito laboral, teniendo en cuenta que, por razones materiales insoslayables, la posición de las partes en la configuración contractual es desigual, siendo el trabajador la parte débil de la relación, por lo que en muchas ocasiones se ve compelido por la necesidad de obtener una fuente de ingresos o, como en este caso, de verlo mejorado, a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen en el mundo del trabajo, admitiendo ligámenes o acuerdos contractuales contrarios a la realidad, ante lo cual debe actuar la justicia laboral, con referencia en los artículos 1º y 18 del CST, apoyándose en principios como los previstos en los artículos 9º, 13, 14, 15 y 19 CST y 53 de la CP".

De ese modo las cosas, ante la ausencia de razones o elementos de juicio convincentes que le permitan sustraerse de la misma, no le queda otro camino a esta Corporación que imponer las respectivas sanciones moratorias deprecadas.

8.1 Para tasar la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, debe decirse que el contrato de trabajo de la actora terminó el 26 de diciembre de 2016, donde su último salario es superior al mínimo (\$13.333.333,00) sumado a que la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2019, es decir, pasados los dos años desde la terminación de la relación laboral, por tanto, la sanción equivale a los *"intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria"*, a partir del 11 de

abril de 2016 hasta cuando el pago se verifique, lo anterior, atendiendo que la indemnización moratoria causada con anterioridad a esta última data se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción.

8.2 Ahora, en punto a la sanción por no consignación de cesantías (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), debe precisarse que dicha sanción opera no solo en los casos en que el empleador no realiza la consignación, sino también cuando lo hace de manera deficitaria o parcial porque, por ejemplo, no tiene en cuenta el salario realmente devengado por el trabajador, como sucedió en este caso, **(CSJ SL403-2013, reiterada en la CSJ SL1451-2018)**.

Ahora, para cuantificar dicha indemnización se debe aplicar la prescripción, al no ser exigible a la finalización del contrato de trabajo, sino a partir de la extinción del plazo para depositar las cesantías, que lo es el 15 de febrero del año siguiente, al que corresponde a su liquidación.

De esa manera, como quiera que se determinó que la fecha de interrupción de la prescripción lo era el día 11 de abril de 2019, las causadas con anterioridad al 11 de abril de 2016 se encuentran prescritas. En tal sentido, las cesantías del año 2015 debían consignarse en el respectivo fondo de cesantías a más tardar el 15 de febrero de 2016, es decir, a partir de esta fecha se causaba la sanción moratoria, y, como quiera que las causadas con anterioridad al 11 de abril de 2016 se encuentran prescritas, dicha suerte corre para la totalidad de esta sanción moratoria. Advirtiendo que las cesantías del año 2016, como el vínculo contractual feneció el 26 de diciembre del mismo año, la sanción no se causó.

En conclusión, solo se impondrá condena a razón de la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales de que trata el artículo 65 del CST.

Corolario de lo anterior, se modificará el numeral tercero la decisión de primera instancia, en el sentido de condenar a la accionada, Araujo & Segovia Córdoba SA, a pagar a favor de la accionante los siguiente rubros laborales: **(i)** Cesantías \$40.649.996, **(ii)** Intereses a las cesantías \$1.545.084, **(iii)** Primas de servicios \$13.020.371, **(iv)** vacaciones \$9.510.185., Asimismo, se modificará el numeral cuarto en el sentido de condenar a la accionada a cancelar, previo cálculo actuarial, a la Administradora de Fondos de Pensiones en la cual se encuentre afiliada actualmente la demandante, los aportes adicionales a seguridad social en pensión con base a los siguientes salarios: **a)** año 2009 un IBC adicional de \$ 214.625., **b)** año 2011 un IBC adicional de \$ 6.333.333., **c)** año 2012 un IBC adicional de \$ 2.234.840., **c)** año 2013 un IBC adicional de \$9.003.333., **f)** año 2014 un IBC adicional de \$6.411.667., **g)** año 2015 un IBC adicional de \$5.000.000., y **h)** año 2016 un IBC adicional de \$13.166.667.

Además, se adicionará el fallo apelado en el sentido de condenar a la demandada a pagar a favor de la actora la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, correspondiente a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del 11 de abril de 2016 hasta cuando el pago se verifique, sobre el valor adeudado por prestaciones sociales. En lo demás se ha de confirmar el fallo fustigado. No se impondrá condena en costas en esta instancia por no aparecer causadas.

VI. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia de fecha 28 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23-001-31-05-004-2019-00436-01 folio 223-2021** promovido por **NADRA ESTHER POSADA ALCALÁ** contra **ARAUJO & SEGOVIA DE CÓRDOBA S.A.**, en el sentido de condenar a la accionada a pagar los siguientes rubros laborales:

- Cesantías \$40.649.996
- Intereses a las cesantías \$1.545.084
- Primas de servicios \$13.020.371
- Vacaciones \$9.510.185

SEGUNDO. MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO de la sentencia de fecha, origen y radicado antes enunciado, en el sentido de condenar a la accionada a cancelar, previo cálculo actuarial, a la Administradora de Fondos de Pensiones en la cual se encuentre afiliada actualmente la demandante, los aportes adicionales a seguridad social en pensión con base a los siguientes salarios:

- a) Año 2009 un IBC adicional de \$ 214.625
- b) Año 2011 un IBC adicional de \$ 6.333.333
- c) Año 2012 un IBC adicional de \$ 2.234.840
- d) Año 2013 un IBC adicional de \$ 9.003.333
- e) Año 2014 un IBC adicional de \$ 6.411.667
- f) Año 2015 un IBC adicional de \$ 5.000.000
- g) Año 2016 un IBC adicional de \$ 13.166.667

TERCERO. ADICIONAR EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA en el sentido de condenar a la demandada, a pagar a favor de la actora la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, correspondiente a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del 11 de abril de 2016 hasta cuando el pago se verifique.

CUARTO. CONFIRMAR en todo lo demás el fallo de primera instancia.

QUINTO. Sin costas en esta sede.

SEXTO. Oportunamente, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado
DE PERMISO



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 003 -2019 00320-01 Folio 224-2021

Aprobado por Acta N. 113

Montería, veintiocho (28) de septiembre 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 accionante, contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **HERNANDO ANTONIO AGRESOTT LUGO** contra **LA E.S.E HOSPITAL SAN JERÓNIMO MONTERÍA**.

I. ANTECEDENTES

1. Apoderado, el señor Hernando Antonio Agresott Lugo, demandó a la E.S.E Hospital San Jerónimo Montería, a fin de que se declare que entre ellos, existió una relación laboral a término indefinido que inició el 01 de septiembre de 2015 y terminó el 15 de octubre de 2017, sin justa causa imputable al empleador.

Asimismo, pide que se ordene el reintegro de manera definitiva, por no haberse solicitado autorización por parte del Ministerio del Trabajo para lograr su despido.

Como consecuencia de lo anterior, suplica se condene a la ESE Hospital San Jerónimo de Montería, a pagar las acreencias laborales a que tiene derecho, así como la indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria del artículo 65 del CST, sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aportes a seguridad social en pensión.

Por último, ruega que se falle ultra y extra petita y se condene a la accionada a pagar a su favor las costas y agencias en derecho.

2. La causa petendi puede resumirse así:

- Manifiesta el impulsor que ingresó a prestar sus servicios en la ESE Hospital San Jerónimo de Montería, desde el día 01 de septiembre de 2015 al 15 de octubre de 2017.
- Que su horario de trabajo era de 6:00 AM a 2:00 PM y/o de 2:00 PM a 10:00 PM, inicialmente, en el cargo de auxiliar de Servicios Generales y, posteriormente, auxiliar de lavandería, devengando durante todo este periodo un salario de \$1.100.000 mensuales.
- Relata que se le dio por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral sin que mediara una justa causa legal y sin solicitar la autorización por parte del Ministerio del Trabajo y la Protección Social.
- Que durante la vigencia de su relación laboral, no le fueron pagadas sus prestaciones sociales, ni fue afiliado al sistema de seguridad social integral.
- Asevera que radicó derecho de petición reclamando los rubros laborales deprecados, sin embargo, asegura que a la fecha de presentación de la demanda, la misma no ha sido resuelta.

TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

3. Admitida la demanda, y notificada en legal forma, la convocada ESE Hospital San Jerónimo de Montería, se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando

que al actor no se le adeudan prestaciones sociales en atención a los contratos de prestación de servicios que los unió.

Propuso como excepciones de fondo las de: "*falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, y pago de la obligación*".

4. Efectuada la audiencia de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de Pruebas y tramitado el proceso en legal forma, se dictó sentencia.

II. FALLO APELADO.

Mediante sentencia de fecha 24 de junio de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar que entre el señor Hernando Antonio Agresott Lugo y la ESE Hospital San Jerónimo De Montería, existieron sendos contratos de trabajo-realidad que se desarrollaron en los períodos del 01 de septiembre de 2015 al 31 de diciembre de 2015, del 01 de enero de 2016 al 31 de enero de 2016 y del 01 de enero de 2017 al 15 de octubre de 2017, en el cargo de auxiliar de servicios generales y auxiliar de lavandería de dicha entidad, y finalizaron en las fechas pactadas por las partes.

En consecuencia, condenó a la accionada a pagar al demandante las siguientes sumas y conceptos:

CESANTIAS: AÑO 2015: \$366.667; AÑO 2016: \$91.667; AÑO 2017: \$870.833.

VACACIONES: AÑO 2015: \$183.333; AÑO 2016: \$45.833; AÑO 2017: \$432.658.

Absolviendo de los demás reclamos de la demanda, e imponiendo condena en costas a cargo de la parte pasiva.

Fundamentó la *A Quo* su decisión, en estricta síntesis, inicialmente señalando que la parte accionada no desconoce la prestación personal del servicio del actor, sin embargo, considera que el mismo fue a través de contratos de prestación de servicios. Asimismo, expresó que por ser el Hospital San Jerónimo de Montería una Empresa Social del Estado, correspondía examinar si el actor ostentaba la calidad de

trabajador oficial, a lo que determinó que, en efecto, por haber desempeñado el cargo de auxiliar de servicios generales, tenía la calidad de trabajador oficial.

Ese orden, procedió a estudiar las pruebas arrimadas al proceso, como son las documentales y testimoniales recepcionadas, concluyendo que los testigos no lograron demostrar la prestación personal del servicio, ni la subordinación, pues sus conocimientos devienen de inferencias lógicas, por tanto, no les atribuyó pleno valor probatorio. Por lo anterior, la prestación personal del servicio fue tomada a partir de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, haciéndose efectiva la presunción que contempla el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, sin que la parte demandada hubiese derruido tal presunción, probando que este servicio lo fue de manera autónoma e independiente. Sin embargo, de los contratos encontró que existieron interrupciones considerables, lo que la llevó a declarar tres contratos de trabajo.

Así las cosas, continuó con la liquidación de las demás pretensiones de la demanda, para ello tomó como salario, en los años 2015, 2016 y 2017, la suma de \$1.100.000. No obstante, reconoció cesantías y Vacaciones.

Por su parte, negó las primas de servicio bajo el argumento de que la normatividad que regula a los trabajadores oficiales no contempla tal derecho.

En igual sentido, negó los intereses a las cesantías por estar estas a cargo del Fondo Nacional del Ahorro.

Con relación a la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales, la misma fue negada aduciendo que por haberse declarado el contrato de trabajo basada solo en la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, y de acuerdo a la subregla establecida por este Tribunal, no había lugar a imponer tal sanción.

Frente al despido sin justa causa pretendido, sostuvo la A Quo que al trabajador le corresponde acreditar el hecho del despido, mientras que al empleador demostrar que hubo una justa causa para ello. No obstante, indicó que no obra prueba en el plenario que acredite que la relación laboral que ató a las partes terminó con el despido.

III. RECURSO DE APELACIÓN

- **Parte accionante**

La parte activa sustentó el recurso de apelación alegando lo siguiente:

Frente a la existencia del contrato de trabajo

Esgrime que en momento alguno dejó de prestar sus servicios, y que, si bien se suscribían diversos contratos de trabajo, los mismos se hacían para evadir el pago de prestaciones sociales, por tanto, considera que hubo una sola relación laboral, un solo salario, un solo jefe inmediato e itera que no dejó de trabajar en ningún momento, situación que, a su juicio, así quedó acreditado con la declaración de los testigos.

No reconocimiento de primas de servicios.

Frente a esta tónica trajo a colación lo dispuesto en el Decreto 2335 de 2014, modificado por el Decreto 2278 de 2018, en el que se dice que todos los trabajadores públicos tendrán derecho al pago de sus primas, de conformidad con el tiempo laborado. Por lo tanto, considera que erró la Jueza en su decisión.

No reconocimiento de sanción moratoria

Con relación a esta pretensión, citó la sentencia CSJ SL981-2019, para con ella afirmar que cuando se trata de la sanción moratoria, aquí se invierte la carga de la prueba siendo menester del empleador demostrar que sí actuó de buena fe frente al pago de prestaciones y salario. No obstante, afirma que en ningún momento la accionada actuó de buena fe, pues, omitió el pago de sus prestaciones sociales y, en consecuencia, hay lugar al pago de esta sanción moratoria deprecada.

No reconocimiento de despido sin justa causa

Respecto a este ítem de la sentencia, el recurrente solo lo mencionó como un reparo, sin sustentarlo debidamente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes en contienda no alegaron conclusivamente.

V. CONSIDERACIONES

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 a lo previsto en el artículo 66A del C. P. del T y de la S.S., no se tiene porque entrar a dilucidar inconformidades que no han sido puestas a consideración.

Problema jurídico

2. El problema jurídico en esta instancia radica en determinar **(i)** si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 01 de septiembre de 2015 al 15 de octubre de 2017, sin solución de continuidad; **(ii)** de resolverse de manera positiva, examinar la liquidación de los rubros laborales trazados por la primera instancia; **(iii)** si erró la jueza inicial al negar las primas de servicio, **(iv)** si le asiste derecho a la parte actora a la sanción moratoria de que trata el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, y **(v)** si hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa.

- **De la existencia de una relación laboral**

3. En el asunto de marras, la A Quo determinó que entre las partes existieron sendos contratos de trabajo, sin embargo, la censura se muestra inconforme con su decisión por considerar que solo existió uno sin solución de continuidad, pues así lo acreditaron los testigos traídos al proceso.

Así las cosas, procederá la Sala a auscultar las pruebas obrantes en el plenario a fin de determinar los reales extremos temporales de la relación laboral que unió a los contrincantes.

Pues bien, de la prueba documental aportada por los contendientes como son: los contratos de prestación de servicios, actas de inicio y adiciones, de estos se extrae

que el actor prestó sus servicios desde el 01 de septiembre de 2015 hasta el 31 de enero de 2016, y, posteriormente, desde el 01 de enero de 2017 hasta el 15 de octubre de 2017.

Por su parte, de las deposiciones de los testigos, la Sala destaca lo siguiente:

- (i) El señor Gustavo Alfonso Benavides Peña, manifestó conocer al demandante cuando laboraron juntos en la ESE Hospital San Jerónimo de Montería, constándole que el actor se desempeñaba como auxiliar de servicios generales en el área de lavandería, además, que éste laboró directamente con la ESE Hospital San Jerónimo, desde el año 2015 hasta el 15 de octubre 2017, siendo sus jefes inmediatos los señores Elver Pupo y Alcides Álvarez.

Adicionalmente, el testigo manifestó que mientras se acababa un contrato y empezaba otro las labores seguían y no se interrumpían; sin embargo, desconoce las causas de terminación del contrato. La ciencia de su dicho se basa en que eran compañeros de trabajo en el mismo cargo de auxiliar de servicios generales y se encontraban constantemente en los pasillos.

- (ii) El señor Pedro Cesar Cogollo Avilez, en su deposición indicó haber laborado en el Hospital San Jerónimo de Montería, en el cargo de auxiliar de servicios generales, en la sección de bioresiduos. En igual sentido, expresó que el actor se desempeñó como auxiliar de servicios generales, en el área de lavandería desde el año 2015 hasta el mes de octubre de 2017, además, menciona que se encontraban constantemente, puesto que para llegar a su lugar de trabajo debía transitar por el área de lavandería y siempre que pasaba lo veía trabajando.

De otra parte, manifestó que en el mes de octubre de 2017, les dieron la carta de salida y supone que las causas de terminación del contrato fueron de índole política. Todo lo anterior le afirma constarle por la cercanía que tenía con el accionante al haber sido compañeros de trabajo y en el mismo cargo dentro de la entidad.

- (iii) Por último, el declarante Luis Carmelo Pions Artuz, afirmó haber laborado en la ESE Hospital San Jerónimo de Montería, desde el año 2008 y, para

esa data el accionante se encontraba laborando allí, hasta el mes de octubre de 2017, además, afirmó que todo este tiempo el actor estuvo trabajando de corrido sin interrupción. De otra parte, en lo referente a la terminación del contrato, infiere que la causa fue por cuestiones políticas. La ciencia de su dicho se sustenta en que fueron compañeros de trabajo y se veían constantemente al desempeñar sus funciones de trabajo.

Ahora, previo al estudio de la prueba testimonial de los señores Gustavo Alfonso Benavides Peña, Pedro Cesar Cogollo Avilez y Luis Carmelo Pions Artuz, debe recordarse que tal como lo prevé el artículo 61 del CPT y de la SS, y lo establecido por la H. Sala de Casación Laboral del CSJ, por ejemplo, en sentencia **SL16170, Radicación N.º 51411 de 2017**, los Jueces del trabajo gozan de libertad probatoria para apreciar las pruebas, facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo que la misma ley exija determinada solemnidad.

De la anterior prueba testimonial, concluye esta Corporación que los dichos de los testigos, no se estiman suficientes para quebrar la prueba documental que milita en el plenario, que, inclusive, la misma parte actora aporta al proceso, observándose en los mismos una interrupción abiertamente considerable de un año.

Ahora, la A Quo en sus consideraciones adujo que las declaraciones de los testigos se basaron en suposiciones e inferencias lógicas, por tanto, no podían dar fe de las circunstancias que rodearon la relación laboral del actor, en razón a que los mismos se encontraban en áreas de trabajo deferentes y no podían estar todo el tiempo juntos, por ello, les restó mérito probatorio, análisis probatorio este que cuenta con un plus, pues la misma goza de la potestad legal de apreciar libremente la prueba, tal como lo predica el artículo 61 del CPT y de la SS.

En ese orden de ideas, se ha de confirmar la decisión de primera instancia, para en el sentido de declarar sendos contratos de trabajo y no una sola relación de trabajo entre las partes.

4. Ahora, no puede pasar por alto la Sala que la parte actora dentro de las pretensiones de su demanda pide la declaración de un solo contrato de trabajo,

empero, en el proceso, como quedó dicho, son varios, no obstante, lo procedente en este caso no es negar las condenas consecuenciales, pero tampoco conceder la de todos los contratos, sino, como reiteradamente lo ha venido señalado la Corte (**Vid. Sentencias SL983-2018, SL 691-2013, SL, 19 de oct. 2006, rad. 27371 y SL, 2 de mar. 2006, rad. 26707**), es acceder a las súplicas de la demanda a que haya lugar solo respecto del último contrato.

Por ejemplo, en la sentencia SL983-2018, señaló la Corte:

“El Tribunal infirió, de conformidad con las pruebas que apreció, que entre las partes hubo dos contratos de trabajo a término fijo, para los períodos comprendidos del 1° de mayo de 2000 al 20 de abril de 2001 y del 21 de mayo de 2001 al 30 de abril de 2002, valga decir, con una interrupción de un mes entre uno y otro. Para el ad quem ello trae consigo que no se hubiera demostrado lo afirmado en la demanda introductoria, de que sólo existió una relación laboral que ató a los contendientes, con una vigencia del 1° de mayo de 2000 hasta el 31 de mayo de 2002, lo que implica la absolucón de la demandada, pues tal circunstancia impide el estudio de las pretensiones de la accionante.

La anterior conclusión para la Sala es equivocada, por cuanto al estar fundada la demanda inicial en un solo nexo contractual laboral, será con base en la última relación demostrada que se deberá examinar cada una de las súplicas demandadas y si es del caso estimar las condenas”.

En la SL1091-2018, dijo:

“Sin embargo, será con base en la última relación demostrada, que se deberá examinar cada una de las súplicas demandadas y si es del caso estimar las condenas, dado que en la demanda inicial se pidió declarar la existencia de un solo contrato de trabajo y no de varios”.

Acorde a lo expuesto en los anteriores apartes jurisprudenciales, erró la Jueza de primera instancia, al liquidar los rubros laborales pretendidos por el actor con base en los contratos de trabajo declarados, cuando debió hacerlo tomando solo el último contrato, esto es, desde el 01 de enero de 2017 hasta el 15 de octubre de 2017.

En tal sentido, procederá la Sala a realizar la respectiva liquidación de las acreencias laborales, ello atendiendo el **grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la ESE Hospital San Jerónimo**, quien se encuentra en estado de intervención, proceso este donde es necesaria la concurrencia de recursos de la Nación, donde surge la garantía que ejerce la misma.

Cesantías

El valor correspondiente a las cesantías es de \$870.833

Vacaciones

Frente al valor de las vacaciones, las mismas corresponden a \$435.417.

Primas de servicio

La A Quo negó esta pretensión argumentando que la normatividad que regula a los trabajadores oficiales no contempla tal derecho, sin embargo, perdió de vista que, con la expedición del Decreto 2351 de 2014, a partir del año 2015, todos los servidores públicos del sector central y descentralizado del orden territorial, entre otros, tienen derecho a la mentada prima en los mismo términos allí señalados en el Decreto 1042 de 1978 y en las normas que lo modifican, adicionan o sustituyan **(SL-15263 de 2016)**, por lo tanto, el caso *sub examine*, resulta procedente esta prestación, habida cuenta que el vínculo contractual que unió a las partes inició el 01 de septiembre de 2015. Por consiguiente, se modificará la sentencia de instancia frente a esta tónica, para en su lugar condenar a su pago, la cual corresponde a la suma de \$870.833.

LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES						
DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	CESANTÍAS	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES
1/01/2017	15/10/2017	285	1.100.000	870.833	870.833	435.417
TOTAL				870.833	870.833	435.417

- Sanción moratoria del artículo 1 del Decreto 797 de 1949

Con relación a este tópico, debe recordar la Sala que, en tratándose de las sanciones moratorias, bien sea la consagrada en el canon 65 del CST, o la estipulada en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, no operan de forma automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo **(Sentencia SL-4566 de 2019; SL-8216 de 2016, Rad. 47048; Sentencia SL-1928 de 2018, y recientemente SL446 -2020)**.

Ahora, como bien lo señaló la Jueza de la pasada instancia, de vieja data este Tribunal, ha venido aplicando una subregla para no imponer las sanciones moratorias, verbigracia la providencia del 20 de agosto de 2021 de la Sala Segunda de Decisión de este Tribunal, Magistrado Sustanciador, Marco Tulio Borja Paradas, radicación -2018-00181-03, folio 112-21, cual es, que estas sanciones, por norma general (o sea, no es una regla absoluta), no se abren paso cuando no hay prueba de haber ejercitado el demandado poder subordinante sobre el demandante, habiéndose entonces declarado la existencia del contrato de trabajo por la sola la demostración de la prestación de los servicios personales, es decir, exclusivamente por presunción, bien sea la del artículo del artículo 24 del CST o su homologado artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

Lo anterior es un criterio que sido encontrado razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias CSJ STL2100-2019 y CSJ STL, 13 may. 2020, rad. 59396, además, se trata de una tesis que se ha derivado de la jurisprudencia de ese órgano de cierre, por ejemplo, de las sentencias: **CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 457651, SL558, 14 ag. 2013, rad. 427672, SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL6380-2015, SL17714-2017, SL16988- 2017, SL13070-2017, SL19093-2017 y SL1426-2018.**

Luego, como quiera que la primera instancia basó su decisión, al declarar la existencia del contrato de trabajo, exclusivamente en la presunción que contempla el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, dicha sanción no resulta procedente.

Despido sin justa causa

Con relación al despido sin justa causa, es menester señalar que el recurrente no sustentó el recurso de alzada frente a este tema, solo manifestó estar inconforme con la absolución, razones que serían más que suficientes para no entrar a estudiar lo propio en esta instancia, empero, aun examinando tal súplica la misma no tiene ánimo de prosperidad, habida cuenta que no se logró acreditar el hecho del despido, y, sabido es que, de acuerdo a lo enseñado por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, para determinar si la terminación de la relación laboral obedeció o no a una justa causa, debe acreditarse, en principio, por parte del trabajador el hecho del despido, transportándose, en consecuencia, la carga de la prueba al empleador,

quien debe demostrar que dicho rompimiento rinde culto a una justa causa. (**Vid. CSJ SL3403 de agosto 21 de 2019, Rad. 51472, MP. Jorge Prada Sánchez**).

Nótese que de las pruebas acopiadas en el juicio, con las documentales no se logra extraer el hecho del despido, como tampoco del dicho de los testigos, pues, el testigo Gustavo Alfonso Benavides Peña, indicó no conocer las razones de la terminación del vínculo contractual, mientras que los otros dos deponentes suponen que fue por causas políticas, razonamientos que no llevan a determinar que existió un despido.

Entonces, ante la ausencia de prueba que acreditara el hecho del despido, no es posible salir avante esta pretensión.

6. Corolario de todo lo anterior, se modificará el numeral tercero de la sentencia confutada, para en su lugar, condenar a la demandada a pagar a favor del actor los siguientes rubros: (i) Cesantías \$870.833; (ii) Vacaciones \$435.417; y (iii) Prima de servicio \$870.833., en lo demás se ha de confirmar el fallo escrutado. No se impondrá condena en costas en esta instancia por no haber réplica por la parte actora.

VI. 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,

FALLA

PRIMERO. MODIFICAR EL NUMERO TERCERO la sentencia de fecha 24 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 003 2019 00320 01 folio 224 - 2021** promovido por **HERNANDO ANTONIO AGRESOTT LUGO** contra **LA E.S.E HOSPITAL SAN JERÓNIMO MONTERÍA**, en el sentido de condenar a la demandada a pagar a favor del actor los siguientes rubros:

- Cesantías \$870.833.
- Vacaciones \$435.417.
- Prima de servicio \$870.833.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás el fallo fustigado.

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado
DE PERMISO



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado