

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-001-31-05-005-2018-00144-01 FOLIO 356-21

MONTERÍA, DOS (2) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Entra la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a desatar el recurso de apelación interpuesto por la accionada BAVARIA S.A., así como grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, contra la sentencia adiada catorce (14) de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ELVIRA ESTHER ARRIETA TEHERAN** contra **CASA LIMPIA S.A., BAVARIA S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la demandante se declare que existe un contrato de trabajo entre ella y las empresas BAVARIA S.A. y CASALIMPIA S.A. a término indefinido, desde el 01 de febrero de 2003; que las citadas sociedades están en la obligación de reintegrarla a su puesto de trabajo o uno de mejores condiciones por ser un sujeto de especial protección; como consecuencia, se le condene al reintegro, al pago de los salarios dejados de percibir desde el 31 de agosto de 2017 hasta la fecha del reintegro, al pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación de las condenas, costas y agencias en derecho y se falle extra y ultra petita.

Como pretensiones subsidiarias, solicita se declare la existencia del contrato de trabajo con BAVARIA S.A. y CASALIMPIA S.A. desde el 01 de febrero de 2003 hasta el 31 de agosto de 2017, que el mismo terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador;

se declare a BAVARIA S.A. y CASALIMPIA S.A. responsables solidarias del pago de las acreencias laborales a que tiene derecho la demandante; en consecuencia, se les condene a pagar todo lo adeudado por concepto de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías del artículo 99 de la ley 50 de 1990, sanción por no pago oportuno de intereses de cesantías del numeral 3° del artículo 1 de la ley 52 de 1975, sanción del artículo 65 del CST, indemnización por despido injusto, indexación, costas y agencias en derecho.

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

- Dice la demandante haber laborado al servicio de BAVARIA S.A. desde el mes de febrero de 2003 hasta el 30 de agosto de 2017. Lo anterior, a través de diferentes empresas de servicios temporales, siendo la última CASALIMPIA S.A.

- Desempeñó labores en el cargo de OPERARIO DE ASEO, MANTENIMIENTO DE CAFETERIA, en las instalaciones de BAVARIA S.A.; devengando un salario mínimo legal mensual al momento de ser despedida, y cumpliendo un horario de lunes a domingo de 2:00 P.M. a 10:00 P.M., con un descanso cada 15 días.

- Que BAVARIA S.A. ocultó la verdadera relación laboral que existía a través de un contrato de obra o labor determinada, con la empresa CASALIMPIA S.A. No obstante, la actora prestó sus servicios a BAVARIA S.A. de manera personal, subordinada, continua e ininterrumpida, bajo las órdenes de trabajadores de dicha empresa.

- Sufrió accidente de trabajo el día 01 de enero de 2014, por el cual le fue diagnosticado lumbalgia traumática amplificada y perpetuada por proceso de discopatía degenerativa L3-L4 y L4.L5. El 17 de septiembre de 2014 fue emitida la calificación de pérdida de la capacidad laboral por parte de la ARL SURAMERICANA S.A.

- Desde su accidente laboral padece fuertes dolores por las secuelas del mismo, pues su enfermedad es progresiva, lo que merma su capacidad laboral. En reiteradas ocasiones ha tenido que acudir a los servicios de urgencias por fuertes dolores en su espalda producto del accidente laboral que sufrió.

- La relación laboral entre la demandante y las empresas demandadas terminó el día 31 de agosto de 2017, sin mediar justa causa.

- Las empresas demandadas vulneraron el derecho a la estabilidad laboral reforzada, por no ajustarse el procedimiento para despedir a la demandante a lo que contempla la ley.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las empresas accionadas la contestaron

2.3.1. CASALIMPIA S.A., proponiendo como excepciones inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, excepción genérica;

2.3.2. BAVARIA S.A. propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, compensación. Llamo en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

2.3.3. SEGUROS DEL ESTADO S.A. las excepciones de prescripción de la acción en materia laboral, inexistencia de relación laboral y solidaridad con respecto a BAVARIA S.A., compensación de una eventual condena con las sumas pagadas por CASALIMPIA S.A. a la demandante.

Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. SENTENCIA CONSULTADA Y APELADA

El Juzgado declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la accionante y BAVARIA S.A., desde el 1° de febrero del año 2003 hasta el 31 de diciembre del año 2010; la existencia de una relación laboral entre la demandante y CASA LIMPIA S.A., desde el 1° de enero del año 2011 hasta el 31 de agosto del año 2017; sin embargo, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de mérito llamada “PAGO” propuesta por la accionada CASA LIMPIA S.A.; así mismo, la excepción perentoria de “PRESCRIPCIÓN” propuesta por BAVARIA S.A.; y también la excepción de fondo referenciada: “INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD FRENTE A SEGUROS DEL ESTADO S.A.”, formulada por la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Para tomar la anterior decisión, frente al vínculo laboral con BAVARIA S.A. consideró que estaba demostrado con los testimonios de EUDIS DIAZ MUÑOZ y OSCAR LOZANO NASIF, quienes al ser compañeros de trabajo de la demandante dieron fe que trabajó para dicha empresa desde el 01 de febrero del año 2003 hasta el 31 de diciembre de 2010, realizando las labores de limpieza a las instalaciones físicas de dicha empresa, labores de cafetería y recepción de llamadas en el área de publicidad, entre otras actividades.

En cuanto a la relación laboral con CASA LIMPIA S.A., el A-Quo tuvo en cuenta que la misma demandante dijo haber estado vinculada con esa empresa desde el 01 de enero de 2011 hasta el 31 de agosto de 2017, que el contrato terminó el 31 de agosto de 2017 porque en esa calenda la labor para la que la contrataron se había terminado, es decir, que en esa fecha terminó el contrato de prestación de servicios celebrado entre CASA LIMPIA y

BAVARIA; asimismo, la accionada CASA LIMPIA S.A. al contestar la demanda también reconoció que la demandante trabajó para ella en el periodo indicado, situación que fue corroborada con los testimonios de EUDIS DIAZ MUÑOZ y OSCAR LOZANO NASIF quienes señalaron que la demandante trabajó para CASA LIMPIA S.A. desde el 1 de enero de 2011 hasta 31 de agosto de 2017.

Consideró que no hubo prueba de la simulación del contrato de trabajo entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de agosto de 2017, porque no se demostró que la demandante haya prestado el servicio directo a BAVARIA S.A., o una subordinación compartida en ese periodo, no se acreditó que siguieran las mismas condiciones de subordinación con respecto a BAVARIA S.A., además, no hubo servicio tercerizado; CASALIMPIA S.A. no actuó como empresa de servicios temporales como fue alegado en la demanda, pues su objeto social no es ese, tampoco se probó que haya actuado como EST, o que haya cedido la subordinación y no se presentó la alegada intermediación laboral.

En cuanto a la pretensión de reintegro, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional señaló que, si bien la demandante tenía unos diagnósticos de lumbalgia, ello no le impedía desempeñar sus labores, porque quedó demostrado con el interrogatorio de la demandante que al momento de terminar la relación de trabajo se encontraba trabajando, y no existe prueba que demuestre tener un impedimento físico para el desarrollo de sus labores, por lo que consideró que no se encuentra protegida por la protección laboral reforzada del art. 26 de la ley 361 de 1997, y tampoco puede ser cobijada por la tesis de la Corte Suprema de Justicia por tener 0% de PCL.

Consideró el A-Quo que la demandante no tiene derecho al pago de prestaciones sociales, porque ella misma admitió en su interrogatorio que CASALIMPIA S.A. le había pagado todos los conceptos causados, como salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y, en cuanto a BAVARIA S.A. argumentó que todos los derechos laborales causados se encuentran prescritos.

En cuanto al despido, señaló, la demandante no demostró que había sido despedida, en su interrogatorio confesó que su contrato era por obra o labor y que terminó por la terminación de la labor que había contratado CASALIMPIA S.A. con BAVARIA S.A.; con BAVARIA S.A. tampoco existe prueba de despido, además según el juez todo lo causado se encuentra prescrito; y, en cuanto la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. no debe pagar suma de dinero a la demandante porque su responsabilidad dependía de las condenas que se le impusieran a BAVARIA S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Se muestra inconforme la demandada BAVARIA S.A. con el punto segundo de la parte resolutive de la sentencia, en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la

demandante y dicha empresa, desde el 1° de febrero del año 2003 hasta el día 31 de diciembre del año 2010.

Manifiesta que en el presente proceso no quedó demostrada la existencia de una relación laboral entre la demandante y la empresa demandada BAVARIA S.A. en los periodos establecidos en la sentencia de primera instancia, ya que en este periodo no quedo demostrado la existencia de los tres elementos establecidos para la existencia de un vínculo de trabajo establecido en el artículo 23 del CST, esto es, para que haya contrato de trabajo se requiere que se cumplan los tres elementos esenciales, la actividad personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y la retribución del servicio. Yerra el juzgado en la valoración de las pruebas obrantes en el expediente, pues toma como prueba los testimonios rendidos por los señores EUDIS DIAZ MUÑOZ y OSCAR LOZANO, pues estos testigos de la parte demandante no fueron congruentes ni fueron conducentes, no tenían un conocimiento fehaciente, claro y preciso de los hechos de la demanda, ni mucho menos tenían conocimiento de los extremos laborales establecidos por el despacho con tanta exactitud, no sabían quién contrató a la demandante para esta época, no sabían quién le cancelaba los salarios, eran simplemente testigos de oídas, por lo que se opone a la valoración de estas pruebas testimoniales dada por el Despacho; el juzgado yerra en no valorar de manera conjunta el acervo probatorio y las pruebas recopiladas en la audiencia de trámite, porque no obra prueba sumaria que acredite que entre la demandante y BAVARIA S.A. se celebró un contrato de trabajo para el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2003 y el 31 de diciembre de 2010, ya que la parte demandante no prueba este vínculo, lo que si se probó fue la vinculación de la demandante con la empresa CASALIMPIA S.A. desde el 01 de enero de 2011 hasta el 31 de agosto de 2017, por lo que mal hizo el despacho en establecer un vínculo laboral entre la demandante y BAVARIA en ese periodo. En casos como estos la carga de la prueba según la Corte Suprema de Justicia, está en cabeza del demandante demostrar los tres elementos del contrato de trabajo.

Con base en lo anterior, solicita se revoque el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en cuanto a la declaratoria de un contrato de trabajo entre la demandante y la empresa BAVARIA S.A.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad otorgada a los sujetos procesales en esta instancia, la demandada BAVARIA S.A. procedió a alegar de conclusión de la siguiente manera:

“Entre la señora Elvira Arrieta y Bavaria S.A. nunca ha existido vínculo laboral ni de ninguna otra índole, la actora nunca ha recibido órdenes, funciones, horarios ni el pago de salarios o algún otro concepto por parte de mi representada. No se cumple con los supuestos establecidos en los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.) para que se declare la existencia de contrato de trabajo.

En el caso que nos ocupa, la demandante se limita a afirmar que fue trabajadora de Bavaria, pero no acredita siquiera haber estado sometida a la continuada subordinación por parte de mi mandante, de hecho, no allega prueba de haber recibido una sola orden por parte de Bavaria, como tampoco de haber recibido pagos por parte de Bavaria, y no la allega porque no existe. De la revisión a los anexos de la demanda se evidencia que la parte actora sólo se limita a afirmar que fue suministrada en misión a mi representada a través de varias Empresas de Servicios Temporales (E.S.T.), pero no allega prueba de sus vinculaciones laborales con las supuestas E.S.T. con las que tuvo vínculo laboral desde febrero de 2003, y mucho menos que haya sido suministrada en misión a mi representada.

Al respecto, es importante señalar que, en virtud de la naturaleza del servicio contratado, el servicio era prestado en las instalaciones de mi mandante y ello NO conlleva que exista vínculo laboral entre mi mandante y todos los empleados de la contratista, como erradamente lo pretende hacer ver la parte Actora y fue erradamente determinado por el Juez. En todo caso, resaltamos la confesión que realiza la actora al afirmar que ocupó el cargo de “Operario de Aseo, Mantenimiento y Cafetería”, cargo que NO existe al interior de mi representada, y que es totalmente extraño y ajeno a la actividad económica que desarrolla Bavaria S.A., por lo que tampoco se configuran los supuestos para que Bavaria S.A. responda solidariamente frente a cualquier eventual derecho de la demandante y mucho menos para ser entendida como empleadora.

Ahora bien, en relación al supuesto estado de salud, que de manera acertada el Juez de instancia consideró que la demandante no tenía derecho a fuero de salud alguno, por lo que esta absolución deberá mantenerse todas vez que:

De acuerdo con el dictamen realizado por ARL Sura S.A., se concluyó que la señora Arrieta como secuela de su accidente de trabajo tiene alguna pérdida de capacidad laboral, tan es así que fue calificada con 0% de discapacidad. Por lo anterior, podemos afirmar que, al momento en que finalizó el contrato de trabajo de la demandante con Casalimpia S.A., la señora Arrieta no era una persona limitada ni discapacitada conforme con lo establecido por la ley, esto es, tener pérdida de capacidad laboral superior al 25%. Como corolario, no se evidencia que al momento de la terminación del contrato de trabajo la accionante tuviera incapacidades o recomendaciones vigentes, que evidenciaran que la actora tenía alguna dificultad para realizar sus labores por su estado de salud. Previo a la terminación de su contrato de trabajo, la actora nunca manifestó el deseo de volver a ser recalificada para corroborar si presentaba alguna limitación en su estado de salud que mermara su capacidad laboral.

Como corolario, la calificación realizada por ARL Sura S.A. en el año 2014 concluyó que el accidente de trabajo no generó pérdida de capacidad alguna a la actora, y con posterioridad al año 2014 no se evidencia que la demandante presentara limitación alguna para el desempeño de sus funciones, como corolario, el contrato entre Bavaria y Casalimpia S.A., luego de la calificación de la actora, estuvo vigente por 3 años más, y el contrato de trabajo de la señora Arrieta finalizó por culminación de la obra o labor contratada; por lo tanto, es claro que no existe nexo causal alguno entre la terminación del contrato de trabajo de la accionante y su supuesto estado de salud.

Por lo anterior, es claro, que, al momento de la terminación de su contrato de trabajo, la señora Arrieta no era una persona limitada o discapacitada conforme a lo establecido por la ley, por lo que no tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud ni a una eventual reinstalación, y mucho menos a la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En virtud de lo anterior, deberá revocarse la condena en relación a declarar la existencia de contrato realidad desde el día 1° de febrero del año 2003 hasta el día 31 de diciembre del año 2010 entre la demandante y mi representada para en su lugar manteniendo las absoluciones se determine a mi representada exenta de toda responsabilidad”.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales.

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico a resolver.

Conforme a lo anteriormente reseñado y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, corresponde a la Sala determinar **i)** si entre la demandante y las empresas demandadas CASALIMPIA S.A. y BAVARIA S.A. existe un contrato de trabajo desde el 01 de febrero de 2003; **ii)** si la demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo se encontraba amparada con la estabilidad laboral reforzada que contempla la Ley 361 de 1997 y en consecuencia las demandadas están obligadas a reintegrarlas a su puesto de trabajo con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de pagar; y, **iii)** en caso de no prosperar la pretensión de reintegro, si las demandadas están obligadas a pagarle a la demandante en forma solidaria cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones e indemnizaciones del artículo 99 de la ley 50 de 1990, del numeral 3° del artículo 1 de la ley 52 de 1975, del artículo 65 del CST e indemnización por despido sin justa causa.

Así mismo, de conformidad con el artículo 66 – A del C. P. del T. y de la S. S., se estudiará el recurso de apelación presentado por la parte demandada BAVARIA S.A., en cuanto tiene que ver específicamente con la existencia de la relación laboral declarada en la sentencia de primera instancia entre la demandante y dicha empresa, desde el 01 de febrero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2010.

6.3. Contrato de trabajo con Bavaria S.A.

El artículo 22 del C.S. del T. señala que:

“1. Contrato de trabajo es 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”.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”

El artículo 23 de la misma normatividad, dispone:

“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”.

Y, el **artículo 24** ibídem dispone: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”*

Frente a este aspecto puntual, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha sido reiterada en múltiples ocasiones, en el sentido que a la parte demandante le basta sólo con demostrar la prestación personal del servicio y a la parte demandada le corresponde desvirtuar que esa relación estuvo regida por un contrato de trabajo, demostrando que no se dieron los tres elementos constitutivos del mismo, por ejemplo en sentencia SL6621-2017 del 03 de mayo 2017 Radicación N.º 49346 con ponencia de los H.M. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, consideró:

“Vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez plural, que, como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

Es posible concluir de lo anterior, que a la luz del artículo 24 del CST, al demandante le basta con demostrar la prestación personal del servicio para que se presuma que ha existido un contrato de trabajo, presunción que es legal y por lo tanto admite prueba en contrario, es decir, que el demandado podrá desvirtuarla demostrando que dentro de la relación contractual que existió, el demandante desempeñó sus labores de manera independiente y autónoma, es decir, se invierte la carga de la prueba y queda a cargo de la empresa demandada.

6.3.1. Análisis probatorio: Al revisarse el acervo probatorio, no observa la Sala un documento que permita establecer la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y BAVARIA S.A., por lo que se hace imperioso remitirnos a las pruebas testimoniales para definir este punto.

Tenemos entonces, que los testigos traídos al proceso fueron contestes al señalar que la demandante prestó sus servicios personales a la empresa demandada BAVARIA S.A. El testigo Nelson Enrique Pineda Teherán, manifestó en su declaración que la demandante trabajó en las instalaciones de la empresa BAVARIA S.A., específicamente en distribución y ventas, hacía aseo y se encargaba de todos los quehaceres del centro de distribución en la parte administrativa de Bavaria. Dijo conocerla porque cuando él entró a trabajar a esa empresa en el año 1995 ya la demandante trabajaba en ella; e incluso, fue ella quien le ayudó a entrar a la empresa en ese año. Por su parte, el testigo Eudis Diaz Muñoz, manifestó conocer a la demandante desde que ella comenzó a trabajar con Bavaria en Montería; que trabajaba

en la cafetería, haciendo aseo, y en la sección de publicidad, entregándole la misma a los supervisores para que la repartieran. Y el testigo Oscar Lozano Nasif, quien dijo haber trabajado en la empresa Bavaria como supervisor de ventas, jefe de ventas y coordinador de ventas durante 23 años, entre el 30 de enero de 1984 y el 30 de enero de 2007, manifestó en su declaración que la demandante prestó sus servicios a la empresa demandada en funciones de aseo y cafetería, entregar publicidad, entrega de listados de promociones, llamar y verificar si los clientes habían recibido las promociones, revisar las planillas de los gastos de los supervisores cuando iban a ser legalizadas; que la demandante atendía a los funcionarios, cuando entraban a reuniones con los vendedores.

En síntesis, para esta Sala, los testimonios recaudados son suficientes para concluir que está demostrada la prestación personal del servicio por parte de la demandante a la empresa demandada BAVARIA S.A.

Ahora bien, en cuanto a la subordinación de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tenemos que señalar que de los testimonios de los señores Nelson Enrique Pineda Teherán y Eudis Díaz Muñoz no es posible determinar la existencia de la misma, porque, por un lado, el testigo Pineda Teherán manifestó que en realidad veía a la demandante pero no compartía con ella, porque él pasaba en la calle en distribución y sólo la veía en la mañana, y cuando regresaba a eso de las 10 u 11 de la noche ya la demandante no se encontraba en las instalaciones de la empresa, que él entraba a las 5:40 o 6:00 de la mañana, salía en los camiones, regresaba a recargar y volvía a salir, su estadía en la empresa no era permanente; y el testigo Díaz Muñoz si bien señaló que la demandante cuando habían reuniones quedaba a disposición del señor Rodolfo Montoya quien era el gerente de la empresa y era quien daba las órdenes, también dijo que no permanecía en las instalaciones de la empresa porque salía a hacer sus labores de mantenimiento y regresaba cuando terminaba, pero además admitió no haber estado presente cuando le daban las órdenes, es decir, no es un testigo presencial de la subordinación ejercida sobre la demandante.

Ahora, el testigo Oscar Lozano Nasif, manifestó que la demandante tenía un horario desde las 5:30 am, dependía de Bavaria, y él junto con la señora “Libia” eran quienes coordinaban sus labores, le ordenaban repartir las camisetas, indumentarias, llamar a los funcionarios para entregarles lo que se iba a distribuir; que a la demandante la manejaban los funcionarios de Bavaria y los elementos de aseo se los entregaba dicha empresa; que habían situaciones en las que el jefe de distrito solicitaba personal para alguna labor y en esos casos se le decía a la demandante para que gestionara, en ocasiones la llamaban en la tarde y se quedaba hasta las 7 u 8 de la noche; en esa época la demandante dependía de Bavaria y no se conocía a la empresa CASALIMPIA.

Con este testimonio, la Sala puede inferir que la demandante cumplió órdenes dadas por parte del testigo y de la señora “Libia” a que alude en su testimonio, sin embargo, si se revisa la prueba testimonial en su conjunto, no es posible establecer si en realidad existió una

subordinación continuada por parte de BAVARIA S.A. en la que ésta le exigiera a la demandante el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o le impusiera reglamentos, lo cual según la norma, no puede ser de manera esporádica, sino que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Por lo que, para la Sala, no se encuentra demostrado el elemento de la subordinación que exige la norma.

Y, en cuanto a la remuneración, de los testimonios no es posible establecer quien le pagaba el salario a la demandante. Ahora, el testigo Oscar Lozano Nasif, dijo que se lo pagaba la bolsa de empleo, sin mayores explicaciones, lo que lleva a esta Sala a considerar que no está demostrado que los pagos los realizara la empresa BAVARIA S.A.

De lo anterior podemos concluir que, de los elementos constitutivos del contrato de trabajo está demostrada la prestación personal del servicio, pero no la subordinación y la remuneración, pero no puede perderse de vista que la carga probatoria del trabajador recae precisamente en acreditar la prestación del servicio, y así lo hizo con los testimonios relacionados y que fueron llamados al proceso por solicitud de ella. Así las cosas, al estar demostrada la prestación personal del servicio, por disposición del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y de acuerdo con la jurisprudencia nacional sobre la materia, es procedente presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, lo cual obligaba a la demandada a demostrar que la relación contractual que existió fue desarrollada por la demandante con total autonomía e independencia y libre de la continuada subordinación del trabajador respecto del empleador, pues, como se dijo en líneas anteriores, se invierte la carga de la prueba a la empresa demandada. (Sentencias CSJ SL4816-2015, CSJ SL6621-2017, CSJ SL13020-2017, CSJ SL41579-2012, CSJ SL981-2019 y CSJ SL225-2020).

No obstante, la parte demandada Bavaria S.A. no aportó prueba que desvirtuara la presunción de la existencia del contrato de trabajo, corresponde a esta Sala proceder a confirmar la decisión tomada por el A-Quo en cuanto a este punto.

Debe destacarse que cierto es, como lo expone BAVARIA S.A. en su alzada y alegatos de conclusión, que la accionada CASALIMPIA aceptó la existencia de un contrato de trabajo entre ella y la demandante, pero adviértase ello solo a partir del año 2011, mientras que de los testimonios recepcionados se desprende la prestación de servicio de la actora a BAVARIA con anterioridad a tal anualidad; y aunque la demandante igualmente sostuvo que la relación con BAVARIA fue disfrazada a través de empresas de servicios temporales sin aportar contratos que den cuenta de ello, tal omisión no le resta validez a la presunción que surge del artículo 24 del C.S.del T, que no es otra cosa que una ventaja probatoria a favor del trabajador, por lo que realmente recaía en el empleador desvirtuarla, lo que en el caso bajo estudio no hizo BAVARIA S.A.

6.3.2. Extremos temporales.

En cuanto a los extremos temporales de la relación laboral que existió entre la demandante y Bavaria S.A. al no contar con una prueba documental que demuestre los mismos, debe la Sala recurrir a la prueba testimonial recaudada en el proceso.

Pues bien, nuevamente los testimonios traídos por la accionante de los señores Nelson Enrique Pineda Teherán, Eudiz Díaz Muñoz y Óscar Lozano Nasif, dan cuenta del año en que inició la demandante sus labores al servicio de Bavaria S.A., pues sus declaraciones fueron unísonas al señalar el año 2003; ahora, en cuanto al extremo final, debemos decir que el testimonio del señor Nelson Enrique Pineda Teherán es contradictorio, porque señaló inicialmente que había sido hasta el año 2017 y posteriormente dijo que en el año 2010 o 2011 la demandante había iniciado contrato de trabajo con la empresa CASALIMPIA S.A.; del testimonio del señor Óscar Lozano Nasif, se debe decir que no fue un testigo presencial de este hecho, porque como él mismo lo manifestó, trabajó sólo hasta el año 2007; y en el caso del testigo Eudiz Díaz Muñoz, señaló que dejó de trabajar en esa empresa en el año 2010 y que hasta esa fecha vio a la demandante trabajando para Bavaria S.A.

De lo anterior se puede decir, que en el plenario está demostrado el año de inicio que sería el 2003 y el año de terminación del contrato de trabajo que sería el año 2010, pero no los días y meses del año en que inició y terminó la relación laboral. Por lo tanto, esta Sala le dará aplicación a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertida en la sentencia SL-905-2013, Radicado No. 37865, en la que se dijo:

“La jurisprudencia adoctrinada de esa Sala ha fijado el criterio según el cual, en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:

“(…) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000” (resalta la Sala).

En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado.”

En conclusión, al haberse acreditado que el año 2003 fue en el que inició la relación laboral y el año 2010 en el que terminó, es procedente tomar como fecha de inicio el día 31 de diciembre de 2003, y como fecha de terminación el día 01 de enero del año 2010; en ese sentido, se modificará la sentencia de primera instancia.

6.3.3. Contrato de trabajo con CASALIMPIA S.A.

En cuanto al vínculo existente entre la demandante y CASALIMPIA S.A., la Sala encuentra a folio 49 de los anexos de la demanda un certificado laboral con fecha del 26 de julio de 2017 expedido por la empresa demandada, donde indica que la señora ELVIRA ESTHER ARRIETA TEHERAN trabaja para esa empresa desde el 01 de enero de 2011; asimismo, es importante mencionar que la demandada en su contestación de la demanda admite que la demandante trabajó para dicha empresa desde el 01 de enero de 2011 hasta el 31 de agosto de 2017.

Ahora bien, en el presente asunto es claro que la empresa demandada CASALIMPIA S.A. según su objeto social no tiene la calidad de empresa de servicios temporales, por lo tanto, no puede contratar con otras empresas ese servicio y no tiene facultades para enviar trabajadores en misión; no obstante, en caso de que tuviera dichas facultades y que la demandante hubiera sido enviada en misión, o que su contrato de trabajo se hubiera intentado ocultar con uno de otra índole, no habría como declarar en este asunto un contrato realidad o una simulación del contrato, pues el conocimiento de los testigos sobre las condiciones laborales de la demandante entre el año 2011 y 2017, se basa en las manifestaciones que la misma demandante les hizo, como quiera que sus vinculaciones con la empresa BAVARIA S.A. terminaron en el último de los casos en el año 2010; por lo que no erró el A-Quo al declarar que entre la demandante y la empresa CASALIMPIA S.A. existió un contrato de trabajo desde el 01 de enero de 2011 hasta el 31 de agosto de 2017, por ello se mantendrá incólume esa decisión.

6.4. Reintegro.

Para establecer si la demandante tiene derecho o no a ser reintegrada, procedemos a determinar la aplicabilidad de la especial protección que trae la ley 361 de 1997 en casos como éste en el que se solicita la ineficacia del despido y en consecuencia el reintegro.

Al respecto la norma aplicable es el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 con la modificación introducida por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012 el cual establece:

"Artículo 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

La sentencia C - 531 del 2000, declaró exequible el inciso 2° de la ley 361 de 1997 en el sentido de que carece de todo efecto jurídico el despido a la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación, sin que exista autorización previa.

En cuanto a la exégesis de la norma, existe confrontación teórica entre la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral y la Corte Constitucional; según la Corte Constitucional la protección no solo se debe examinar a la luz de la norma transcrita, sino que su fundamento es constitucional de acuerdo con el artículo 53. Esta Sala de acuerdo con lo considerado en la sentencia T- 109 del 2019, tomará como sustento la tesis de la Corte Constitucional. Partiendo de allí se ha sostenido en la SU 049 de 2017 lo siguiente:

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera.

Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “*en circunstancias de debilidad manifiesta*” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “*especialmente*” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros.

En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “*estabilidad*” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación, sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución;

es decir, “*en todas sus formas*” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

...

4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo – definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les “*impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares*” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud. Personas que trabajan al aire libre o en socavones de minería y son desvinculadas al presentar problemas respiratorios (T-594 de 2015 y T-106 de 2015); que en su trabajo deben levantar o trasladar objetos pesados y pierden el vínculo tras sufrir hernias o dolencias al levantar pesos significativos (T-251 de 2016); que operan artículos, productos o máquinas con sus extremidades y resultan sin vínculo tras perder completamente miembros o extensiones de su cuerpo o únicamente su funcionalidad (T-351 de 2015, T-057 de 2016 y T-405 de 2015); que recolectan objetos depositados en el suelo y deben agacharse y levantarse con suma frecuencia y son desvinculadas luego de sufrir problemas en las articulaciones, dolores generalizados y afectaciones en la espalda y las rodillas (T-691 de 2015); que en su trabajo deben desplazarse largas distancias y son despedidas tras presentar dolores inusuales atribuibles al esfuerzo físico extenso (T-141 de 2016).

Esta Sala comparte la postura de la Corte Constitucional; sin embargo, se ha dicho que no puede ser cualquier disminución en la capacidad del trabajador la que le proporcione la estabilidad laboral reforzada, sino una que le “*impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares*”.

Ahora, en lo relativo a la carga de la prueba, es pertinente traer a colación la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que en la sentencia SL1360 de 2018, consideró:

“Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa.

[...]

(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.”

Partiendo del anterior criterio, ha determinado cuándo se hace exigente el requisito de la autorización del ministerio del trabajo y hasta donde trasciende la protección del art. 26 de la ley 361 de 1997:

- (a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima».
- (b) Quien alega una justa causa para la terminación del contrato de trabajo de persona en situación de discapacidad, enerva la presunción discriminatoria contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, porque se soporta en una razón objetiva.
- (c) Cuando se alega una justa causa para la terminación del contrato de trabajo de persona en situación de discapacidad no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, dado que se soporta en una razón objetiva.

6.4.1. Análisis probatorio: De la prueba documental que reposa a folios 14 a 48 de los anexos de la demanda, que corresponde a la historia clínica de la demandante y exámenes diagnósticos, podemos observar que, si bien acudió al médico en varias ocasiones con un *“cuadro clínico caracterizado por dolor articular y muscular que se acompaña de dolor en la región lumbar, refiere que la intensidad del dolor en sus zonas articulares y lumbar le impide la marcha y estar parada, se observa paciente con facies bastante álgida, motivo por el cual consulta.”*, diagnosticado como LUMBAGO NO ESPECIFICADO, lo cierto es que de esa prueba documental no se puede determinar si al momento en que fue despedida se encontraba en un estado de debilidad manifiesta que le impidiera sustancialmente realizar sus labores en condiciones normales, lo cual tampoco se puede determinar con la prueba testimonial recaudada, pues el conocimiento de los testigos sobre ese aspecto puntual fue adquirido por la información que la misma demandante les brindó; ahora, dentro del expediente tampoco existe prueba que demuestre el conocimiento del empleador acerca de esa situación de salud en la que se encontraba la demandante, por lo que se puede concluir que la demandante no se encuentra amparada por la Ley 361 de 1997 y por lo tanto, no tiene derecho a ser reintegrada, lo que lleva a confirmar la decisión del A-Quo en cuanto absolver a la parte demandada del reintegro, pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de cancelar y la indemnización del artículo 26 de la mencionada ley.

6.5. Pretensiones subsidiarias.

Como pretensiones subsidiarias, la demandante solicita que se condene al pago de prestaciones sociales e indemnizaciones de ley.

En lo que tiene que ver con las prestaciones sociales causadas durante el contrato de trabajo que existió entre la demandante y BAVARIA S.A. esta Sala, sin mayores disquisiciones debe

decir que, con fundamento en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, todas las prestaciones sociales causadas se encuentran prescritas, pues la relación laboral terminó el día 01 de enero del año 2010 y la demanda fue presentada el 27 de abril del año 2018. Frente a este aspecto el A-Quo no erró en su decisión, por lo que se mantendrá invariable la misma.

Ahora, en lo que respecta a la demandada CASALIMPIA S.A. debemos remitirnos a la declaración de la demandante en su interrogatorio de parte, en la que admitió que la empresa demandada le canceló todo lo atinente a salarios y prestaciones sociales, que dicha empresa no le quedó debiendo valor alguno por esos conceptos, lo cual se toma a título de confesión, con fundamento en el artículo 191 del Código General del Proceso, aplicable a estos asuntos por disposición del artículo 145 del CPTSS; en ese sentido, deberá mantenerse la decisión del A-Quo, en cuanto absolver a la parte demandada de las pretensiones subsidiarias.

6.6. Costas.

No hay lugar a condena en costas por cuanto el proceso subió a esta superioridad en consulta a favor de la parte demandante, y en cuanto a la apelación planteada por BAVARIA S.A no hubo réplica de la parte actora en esta instancia, por tanto las costas no se causaron, ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8o del artículo 365 del C.G.P.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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,

RESUELVE

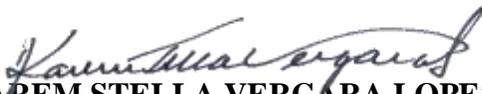
PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia consultada y apelada, en el sentido de declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y BAVARIA S.A. desde el 31 de diciembre de 2003 hasta el 01 de enero del año 2010, conforme con las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMESE la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-001-31-05-005-2021-00097-01 FOLIO 385-2021

MONTERÍA, DOS (2) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desata el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia pronunciada en audiencia del 05 de octubre de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FLOR MARÍA MORALES RIVAS contra la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS DE SOTAVENTO.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora - señora FLOR MARIA MORALES RIVAS- se declare que tiene derecho al reconocimiento de una indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente como única beneficiaria y cónyuge del causante. Como consecuencia de lo anterior, la entidad demandada reconozca y pague la mentada prestación durante el tiempo que laboró su finado esposo, la cual debe ser debidamente indexada; pago de intereses moratorios, además de invocar costas y agencias en derecho a cargo de la demandada.

2.2. Las pretensiones precedentes se fundamentan en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- El señor JOSE MIGUEL ORDOSGOITIA GAVIRIA (Q.E.P.D) laboró al servicio de la Alcaldía Municipal de San Andrés de Sotavento, desde el 24 de marzo de 1995 al 07 de diciembre de 1997, desempeñando la labor de plomero.

- Durante el tiempo laborado para la entidad demandada no fue afiliado a un fondo de pensión a fin de cotizar a Seguridad Social, y falleció el 15 de julio de 2016.

- La actora convivió de manera continua e ininterrumpida con el finado JOSE ORDOSGOITIA GAVIRIA durante los últimos 5 años y hasta el día de su muerte; además, de que dependía económicamente de este.

- Mediante escrito adiado 5 de octubre de 2020, la demandante solicitó ante la Alcaldía Municipal de San Andrés de Sotavento el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente, recibiendo respuesta negativa el 09 de diciembre de 2020, bajo el argumento de ser improcedente.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada, fue contestada a través de apoderado judicial por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN ANDRES DE SOTAVENTO, admitiendo todos los hechos de la demanda, se opuso a todas las pretensiones y propuso como medios exceptivos: *falta de la causa para demandar, cobro de lo no debido, buena fe, falta de jurisdicción y caducidad de la acción.*

2.3.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y en la última, se profirió la;

III. SENTENCIA CONSULTADA

En la audiencia, el Juez de la causa le puso fin al litigio en el cual declaró que a la demandante le asiste el derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del causante; para llegar a su decisión, esencialmente determinó que la normatividad aplicable a tener en cuenta es el artículo 49 de la ley 100 de 1993, que remite al artículo 37 de la ley *ejusdem*, dado que el señor José Miguel Ordosgoitia Gaviria falleció el 15 de julio de 2016.

Establecido lo anterior, procedió a realizar un análisis del artículo 49 de la ley 100 de 1993, que establece que serán beneficiarios de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que no cumpla con los requisitos exigidos para causar una pensión de sobrevivientes, pues en el sub exánime el causante no dejó causado los requisitos exigidos, dado que falleció en el año 2016, no cumpliendo así el

requisito de las 50 semanas anteriores a la muerte del causante exigidos por la normatividad; indicó además que, las pruebas documentales y testimoniales aportadas, respaldan su vínculo matrimonial, el cual nunca fue disuelto y perduró hasta el día del fallecimiento del señor Ordosgoitia Gaviria.

Concluyendo, quedó acreditado que la entidad demandada no cumplió con el deber legal de afiliar al trabajador a un fondo de pensiones, y así lo reconoció además el Municipio a través de la contestación de la demanda, por lo que le asiste el deber de responder por esa prestación pensional deprecada por la actora.

Ahora bien, respecto a la liquidación de la indemnización sustitutiva que debe reconocerse y pagarse a la actora, estableció el *a-quo* que la misma normatividad establecida los remite al artículo 37 de la ley 100 de 1993, debiéndose acudir además al artículo 3 del Decreto 1730 del 2001, en armonía con la sentencia SL 3659 del 2020, para así obtener un monto en la suma de \$2.895.076, suma que deberá ser indexada desde la época en que solicitó la prestación hasta que se haga efectivo su pago. Negó los intereses moratorios del artículo 41 de la ley 100 de 1993, argumentando que el artículo en mención se refiere al derecho pensional consolidado.

Declaró no probados los medios exceptivos y condenó en costas y agencias en derecho a cargo de la demandada.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

4.2. Problema jurídico a resolver.

El problema jurídico a resolver se ciñe a determinar si en el presente caso, **(i)** le asiste a la demandante la condición de beneficiaria en calidad de cónyuge supérstite del causante y en consecuencia, **(ii)** el derecho a que la ALCALDIA MUNICIPAL DE SAN ANDRES DE SOTAVENTO le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente por el tiempo laborado por el finado José Manuel Ordosgoitia Rivera y la omisión de afiliarlo a un fondo de pensión.

4.2.1. De la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes.

En aras de dar respuesta al primer problema jurídico planteado, es menester indicar que no hay duda respecto al fallecimiento del señor José Miguel Ordosgoitia Gaviria (Q.E.P.D), el cual aconteció el 15 de julio de 2016, toda vez que así lo acepta la entidad demandada y se encuentra claramente probada con el registro civil de defunción visible a *folio 18 del PDF02Demanda20210423*.

Siendo entonces la norma aplicable al caso el artículo 49 de la ley 100 de 1993, que remite al artículo 37 ídem, normas que establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 49. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.*

A su vez, el artículo 37 de la ley 100 de 1993, reza lo siguiente:

ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.*

Acorde con lo anterior, es imperioso establecer quienes están por ley llamados a ser beneficiarios de la prestación invocada, para lo cual es menester traer a colación el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

(...)

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

Sobre este tópico es oportuno traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral, en Sentencia del 09 de marzo de 2021, radicado N° **74263**, MP Dra Olga Yineth Merchán Calderón, en la cual reseñó lo siguiente:

“En efecto, la referida providencia reza literalmente lo que sigue:

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

[...]

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se

regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

[...]

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Delineado lo precedente, debe registrar esta Sala que en el caso bajo estudio no queda duda de la relación que existía entre el causante y la demandante, toda vez que en el expediente obran pruebas que así lo confirman, tales como la copia del registro civil de matrimonio visible a *folio 2 del PDF 17* del cuaderno de primera instancia, donde se evidencia que contrajeron matrimonio religioso el 14 de diciembre de 1991 en el municipio de San Andrés de Sotavento, y que dicho vínculo no se disolvió sino hasta la muerte del afiliado, lo que permite colegir que la señora Flor María Morales Rivas es beneficiaria de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente causada generada por el deceso del afiliado José Miguel Ordosgoitia Gaviria.

4.2.2. Ahora bien, aduce la entidad demandada que el finado cónyuge de la demandante no realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones por la omisión de cumplir con su obligación de escoger la entidad a la cual quería afiliarse en pensión y así el ente territorial poder realizar las cotizaciones, planteando entonces que no le es dable reconocer la prestación, lo que torna oportuno indicar que es obligación de los empleadores realizar los respectivos aportes al Sistema de Pensiones a favor de sus trabajadores y todo incumplimiento no puede afectar el derecho que les asiste frente a las contingencias que ampara el sistema pensional.

Sobre este tópico indicó la sentencia SL 2340 de 2022, MP Dr Gerardo Botero Zuluaga, que:

“Luego, resulta evidente que al verificarse la existencia de aquella relación laboral, en atención a lo estipulado por el literal a) del artículo 13 original y el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, era obligatorio para el empleador reportar la novedad de su afiliación al sistema general de pensiones en su calidad de trabajadora dependiente, desde el día en que inició el vínculo contractual, al igual que, acorde con lo regulado por el artículo 17 de la ídem, le representaba cancelar los aportes al sistema general de pensiones, con el fin de mantener el amparo de la citadas eventualidades, para que aquella pueda acceder a futuro al reconocimiento de las prestaciones económicas que se establecen en dicho estatuto frente a los referidos riesgos, siempre y cuando, claro está, se cumplan los requisitos allí consagrados.

En forma reiterada esta Corporación, ha señalado, que «el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. El trabajo efectivo, desarrollado en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo» (CSJ SL1922-2022)

En sentencia CSJ SL514-2020, se explicó que:

[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras”.

Sobre este aspecto puntual la Sala de Casación Laboral -Sala de Descongestión N° 1- en sentencia SL603 del 27 de febrero de 2019, radicación N° 60149, MP Dra DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA manifestó:

“Al respecto, esta Corporación debe recordar que desde la sentencia CSJ SL 22 jul. 2008, rad. 34270, varió su postura para considerar que cuando se presenta la omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, y ello impide el acceso a las prestaciones que allí se establecen, y además existe incumplimiento de la administradora en su deber legal de cobro de esos valores adeudados, es a ésta a quien le corresponde asumir el reconocimiento de la pensión a favor de los afiliados o sus beneficiarios.

Lo anterior como quiera que tratándose de afiliados en condición de trabajadores dependientes que sí han cumplido con el deber de prestar el servicio y así causar la cotización, éstos ni sus beneficiarios pueden verse perjudicados por la mora del empleador en el pago de los aportes, por lo que las administradoras de pensiones deben adelantar de forma diligente y oportuna las gestiones de cobro, de suerte que en el evento de omitir esta obligación son responsables por tales periodos, según la legislación aplicable.”

Por tanto, era deber del empleador accionado velar por la afiliación y el pago de los aportes al sistema de pensiones en favor del finado JOSE MIGUEL ORDOSGOITIA GAVIRIA, deber que surge con la sola prestación del servicio a favor del empleador.

Se tiene entonces que, de la certificación de tiempos de servicios emitida por la Alcaldía Municipal de San Andrés de Sotavento allegada al plenario y visible a *folio 2 y 3 del PDF 18* del cuaderno de primera instancia, se constata que el finado JOSÉ MIGUEL ORDOSGOITIA GAVIRIA laboró para la entidad municipal y fue vinculado a través de acto

administrativo D.109 del 02 de enero de 1995 en el cargo de plomero en Acuasan Municipal, ingresando el 23 de marzo de 1995 y siendo la fecha de retiro el 05 de diciembre de 1997, obteniendo una asignación básica de \$118.933 para el año 1995; \$142.125 para el año 1996 y \$172.000 para el año 1997.

De lo anterior se colige que, tal y como se dejó sentado en precedencia y lo ha manifestado el Máximo Órgano de Cierre de la jurisdicción laboral, en los tiempos laborados por el finado señor JOSÉ MIGUEL ORDOSGOITIA GAVIRIA a favor de la entidad demandada, Alcaldía Municipal de San Andrés de Sotavento, debió esta por mandato legal, pues a esa época ya había entrado en vigencia la ley 100 de 1993, realizar los aportes obligatorios a seguridad social del trabajador, siendo acertada la decisión del fallador de primera instancia de reconocer a favor de la accionante la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente deprecada en la demanda.

Por otra parte, al realizar las operaciones matemáticas del valor al que asciende la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente y confrontado con el valor impuesto por el A-Quo, resulta mayor el obtenido por la Sala, no obstante, como la consulta que en esta oportunidad se desata lo es a favor del ente territorial accionado, no hay lugar a modificar la condena impuesta en primera instancia; así se denota en la siguiente tabla las operaciones realizadas en esta instancia:

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA								
PERÍODO	I.B.C.	DÍAS	SEMANAS	TASA DE COTIZACIÓN	PROMEDIO POR SEMANA COTIZADA	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	ÍNDICE FINAL DIC-2021	I.B.C. ACTUALIZAD O
mar-95	118.934	2	0,29	12,5	0,04	18,25	111,41	726.051
abr-95	118.934	30	4,29	12,5	0,54	18,25	111,41	726.051
may-95	118.934	30	4,29	12,5	0,54	18,25	111,41	726.051
jun-95	118.934	30	4,29	12,5	0,54	18,25	111,41	726.051
jul-95	118.934	30	4,29	12,5	0,54	18,25	111,41	726.051
ago-95	118.934	30	4,29	12,5	0,54	18,25	111,41	726.051
sep-95	118.934	30	4,29	12,5	0,54	18,25	111,41	726.051
oct-95	118.934	30	4,29	12,5	0,54	18,25	111,41	726.051
nov-95	118.934	30	4,29	12,5	0,54	18,25	111,41	726.051
dic-95	118.934	30	4,29	12,5	0,54	18,25	111,41	726.051
ene-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
feb-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
mar-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
abr-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
may-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
jun-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
jul-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
ago-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
sep-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
oct-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
nov-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
dic-96	142.125	30	4,29	13,5	0,58	21,80	111,41	726.337
ene-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
feb-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
mar-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
abr-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
may-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
jun-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
jul-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
ago-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
sep-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
oct-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590

nov-97	172.005	30	4,29	13,5	0,58	26,52	111,41	722.590
dic-97	172.005	5	0,71	13,5	0,10	26,52	111,41	722.590
		967	138,142857	0,13218718	18,26071429			#####

LIQUIDACIÓN INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA	
Ingreso Base de Cotización Actualizado	24.647.634
Total Números de Días de Cotización	967
Número de Semanas Cotizadas (1 semana=7días)	138,14
Tasa de cotización-promedio	13,22%
Salario base de liquidación promedio semanal	178.425,03
Indemnización sustitutiva	3.258.417,17

Y frente a los intereses moratorios deprecados, es indudable que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 los prevé para la mora en el pago de mesadas pensionales, las cuales son periódicas, periodicidad que no caracteriza la indemnización concedida, la cual consiste en un pago único, tornándose improcedentes los intereses moratorios invocados y acertada la decisión de negarlos.

Así las cosas, se torna acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia por lo que será confirmada por la Sala.

4.3. Costas

No hay lugar a condena en costas por cuanto se desató el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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,

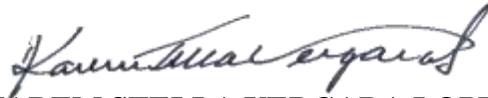
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente regrese el expediente al juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA

Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ

Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-001-31-05-001-2018-00379-01 FOLIO 388-21

MONTERÍA, DOS (2) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia pronunciada en audiencia del 05 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HEYDY RODRIGUEZ BARRETA contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido e ininterrumpido con la demandada, desde el mes de febrero de 2010 a diciembre de 2014; como consecuencia de ello, solicita se condene al pago de cesantías e intereses, primas de servicios, vacaciones, salarios dejados de percibir, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, sanción por no consignación de cesantías, pagos aportes a salud y pensión.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta, los siguientes hechos:

- Suscribió contrato de trabajo con la Fundación Universitaria San Martín, los cuales se realizaban por periodos académicos, así: del 15 de marzo de 2010 al mes de junio de 2011, del mes de julio de 2011 al diciembre de 2013, y de enero 2014 a noviembre de 2014, para desempeñarse como docente de tiempo completo en un horario de trabajo de 8:00 am a 12: 00 pm y de 2:00 pm a 6: 00 pm; relación laboral que inició en febrero de 2010 hasta diciembre de 2014.
- La demandada devengó salarios para los años 2010 a 2013 por la suma de \$2'500.000,00; para el año 2014 el salario fue de \$3'000.000, pagaderos por consignación efectuada en el banco Colpatría.
- La demandada debía cancelar las cotizaciones en salud y pensión como independiente.
- La actora elevó reclamación administrativa el 19 de febrero de 2016.
- La demandada le adeuda dinero correspondiente a los salarios de los meses de agosto a noviembre de 2014, así como la liquidación por el tiempo de duración de la relación laboral entre marzo de 2010 a diciembre de 2014.

2.3. Contestación y trámite.

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada, fue contestada a través de apoderado judicial, proponiendo las excepciones de mérito de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, imposibilidad de pagos no soportados de manera legal, prescripción y la fundada en ausencia de título y causa.

2.3.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron en forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. SENTENCIA APELADA

A través de esta el Juzgado accedió parcialmente a las pretensiones, argumentando que dentro del proceso no se encontró ningún medio probatorio que rompiera con la presunción legal en contra de la parte accionada, en cuanto a la contratación laboral por

periodos. Puesto que, la prueba documental establece que existieron sendos contratos de trabajo por cada periodo académico desde el año 2010 hasta el año 2014; arguye el a-quo, no quedaba ninguna duda de la existencia de varios contratos y relación de trabajo.

Manifestó que la parte demandada no demostró el pago de las prestaciones sociales, así como las indemnizaciones pretendidas por la actora, obligación contractual establecida en los artículos 55, 57 y 194 del Código Sustantivo del Trabajo y SS, 55, 57 194.

Siguiendo con el hilo conductor, el juzgador de instancia procedió a decretar la prescripción dentro del presente asunto, alegando que la misma fue interrumpida el día 19 de febrero de 2016, que el actor presentó la demanda el día 10 de diciembre de 2018, lo que en efecto interrumpió la prescripción, por lo que las acreencias laborales causadas con anterioridad al 19 de febrero de 2013 se encontraban prescritas, con excepción a los aportes pensionales que por su propia naturaleza no prescriben, y por los cuales impuso condena así:

AÑO 2010: Los periodos de febrero a junio y de julio a diciembre
AÑO 2011: Los periodos de febrero a junio y de julio a diciembre
AÑO 2012: Los periodos de febrero a junio y de julio a diciembre
AÑO 2013: Los periodos de febrero a junio y de julio a diciembre
AÑO 2014: Los periodos de febrero a junio y de julio a diciembre

IV. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. De la parte demandante.

La parte accionante a través de su apoderado ataca la decisión de primera instancia en cuanto a lo resuelto frente a la prescripción, entre las prestaciones y los ciclos académicos manifestados en la sentencia, en consideración al sinnúmero de situaciones problemáticas que se han presentado a través de la fundación no solo del contexto laboral sino que también se han presentado situaciones respecto de los trabajadores. Alega que se había presentado la efectiva reclamación dentro del trámite desde el punto

de vista administrativo ante la demandada, el cual realizaron el día 19 de febrero de 2016, por lo que solicita se tenga en consideración la situación que se ha generado con la intervención del Ministerio de Educación Nacional, situación está que lo llevó a presentar en relación a la respectiva demanda, porque según el apelante se presenta una vulneración a las prestaciones sociales de la actora; de ahí que pide se tenga en cuenta cada uno de los documentos e información contenidas en la demanda. Por último, apela lo resuelto en la condena en costa.

4.2. De la parte demandada

Por su parte la accionada no comparte la fecha de inicio de la condena, puesto que a lo largo del expediente puede verificar que la fecha de inicio del contrato laboral fue el 15 de marzo de 2010, así se extrae de los certificados de la Fundación San Martín, así mismo de la demanda y en los hechos que expone la parte actora;

V. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

Otorgándosele el término de ley para presentar sus alegatos de conclusión, las partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Iniciemos afirmando que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez) se encuentran reunidos, siendo viable proferir sentencia.

6.2. Problemas jurídicos a resolver

Adviértase que el estudio de la Sala se limitara a resolver lo planteado en los recursos de apelación, pues a ello se circunscribe la facultad del juez de segunda instancia, tal

como lo dispone el artículo 328 del Código General del Proceso. Atendiendo a que no existe discusión en cuanto al vínculo laboral que unió a los sujetos procesales de la contienda, se ciñe el estudio a determinar **(i)** el extremo inicial de la relación laboral; **(ii)** si erro el fallador al declarar la prescripción de las acreencias laborales deprecadas.

6.2.1. Iniciemos por examinar la inconformidad de la parte accionada, cual es el extremo inicial de la relación laboral, ello por cuanto el resultado podría tener incidencia en el reclamo elevado por la parte actora, es decir, en las acreencias laborales cuyo pago esta persigue.

Imperioso es destacar que en materia probatoria la parte que alega un hecho, debe probar el mismo, tal como se expresa el artículo 167 del Código General del Proceso, traído a remisión por disposición del artículo 145 del C.S.T, principio procesal que ha avalado la Sala de Casación Laboral, ejemplo de ello la providencia radicado 36549, Magistrado Ponente DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ donde indicó:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.”

La misma Corporación ha sostenido que en materia laboral es del resorte del trabajador acreditar la prestación del servicio, pero además otros hechos esenciales para obtener a su favor las condenas prestacionales e indemnizatorias que deprecas, entre ellos, los extremos temporales de la relación, la jornada laboral, el monto del salario y el despido (Sentencia SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377 y SL, 24 abr. 2012, rad. 41890).

En ese mismo sentido, debe tenerse presente que el artículo 61 del C.P. del T. dispone ***“el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.”*** Así, ha respaldado la Sala de Casación Laboral el argumento de que el juez está en plena libertad de evaluar las pruebas obrantes dentro

del proceso, como se indicó en sentencia del 30 de abril de 2019, SL1779, con rad: 60921, MP ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA:

“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

“Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así, la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada”

En el caso bajo estudio, partiendo de que no hay controversia en cuanto a que la relación laboral que unió a las partes lo fue bajo el abrigo de un contrato de trabajo, celebrado por periodos académicos, para determinar el extremo inicial del primero de ellos, evidenciamos al revisar el material probatorio obrante dentro del proceso, dos certificaciones laborales anexadas con la demanda y expedidas por el vicepresidente administrativo de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, que dan cuenta, la primera con fecha de expedición del 1° de agosto de 2013, que la actora estuvo vinculada desde el 22 de marzo de 2010 como docente (fl 22 del expediente digital); y la segunda expedida el día 14 de agosto de 2013, indica que la demandante inició contrato de trabajo el día 15 de marzo de 2010 como docente en la facultad de Veterinaria (fl 23 del expediente digital).

Así mismo, la parte actora allegó diversos formatos de notas adiados 10 y 18 de abril de 2010 y planilla de valor de catedra docentes correspondientes a los meses de febrero y marzo, en la cual reposa el nombre de la actora pero no se precisa las fechas en que laboró como tampoco puede extraerse que laboró ambos meses.

Sobre las certificaciones emanadas del empleador precisó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 17514 del 25 de octubre de 2017, MP Dr Fernando Castillo Cadena, que:

“Aquí y ahora, se impone a la Corte recordar que esta clase de certificaciones allegadas al proceso provenientes del empleador, y en este específico caso en donde se certifica sobre el reconocimiento de una pensión no hay razón para dudar sobre la veracidad de sus datos máxime cuando el demandado no cumplió con la carga de contraprobar lo certificado conforme al otro artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (sentencia SL, del 2 ag. 2004, rad. 22259).

En ese horizonte esta Sala tiene adoctrinado que

“El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expidiera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge. El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral ... (sentencia SL, del 8 de mar. De 1996, rad. 8360).

Así las cosas, partiendo de las certificaciones expedidas por la parte accionada, no podría llegarse a una conclusión distinta a que la actora inició labores a su servicio a partir del 15 de marzo de 2010, destacando que siendo deber de la trabajadora acreditar los extremos cronológicos, no allegó ninguna prueba de la cual pueda extraerse un extremo inicial distinto al anunciado.

Y es que realmente, al revisar las consideraciones expuestas por el juzgador de instancia en la audiencia de juzgamiento, efectivamente como lo manifiesta el apelante, aquél sostuvo como inicio de la relación laboral el día 15 de marzo de 2010 y no el 15 de febrero del 2010 (minuto 07:08), aunque de forma contradictoria en la parte resolutive indica que la relación laboral se dio desde el 15 de febrero de 2010, pero valga reiterar, las pruebas allegadas dan cuenta del inicio del vínculo contractual a partir del 15 de marzo de 2010 y por ello se habrá de modificarse el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada.

6.2.2. Pasando al segundo problema jurídico, referente a la prescripción de las acreencias laborales declarada por el A-Quo y frente a la cual muestra inconformidad

la parte actora, debe partirse de lo estipulado en los artículos 488 del CS del T y 151 del CPL, así:

“ARTÍCULO 488. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

Para emprender el estudio es menester determinar el momento en que inicia la contabilización del plazo prescriptivo, en tal sentido la Sala de Casación Laboral sostuvo en sentencia de mayo 23 de 2001, rad. 15350. M.P. Fernando Vásquez Botero señaló lo siguiente:

“En relación con la exigibilidad de las obligaciones laborales, recuerda la Corte, que no necesariamente surgen a la terminación del contrato de trabajo y, en consecuencia, no siempre puede tomarse la data en que ello ocurre como punto de partida para contabilizar el término de prescripción de los derechos que surgen del mismo. Por esto y con ese fin, el juzgador debe remitirse a la fecha en que cada parte del contrato laboral está en la posibilidad, legal o contractual, de solicitarle a la otra, por estar causado, el reconocimiento y pago directo de la respectiva acreencia, o de buscar que ello se haga, en vista de su desconocimiento o insatisfacción, con la intervención del juez competente.

Lo anterior por cuanto, como bien es sabido, existen créditos sociales que se van haciendo exigibles en la misma medida en que se va ejecutando el contrato de trabajo y otros que surgen al fenecimiento del mismo,”

En tal orden de ideas, se tiene que la prescripción sobre cada acreencia laboral en discusión inicia su contabilización en la fecha en que comienza su exigibilidad, y muchos de estos potenciales derechos pueden llegar a prescribir encontrándose aún vigente el contrato de trabajo.

Así mismo, a la luz del artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, se puede interrumpir por una sola vez el término de la prescripción con el simple reclamo por escrito por parte del trabajador al empleador.

En el sub examine, encuentra la Sala que el último contrato laboral celebrado entre las partes se extendió hasta el día 30 de noviembre de 2014; acreditado está que la parte actora presentó reclamación por escrito ante la demandada el día 19 de febrero de 2016 (fl 16 exp. Digital), interrumpiendo con este y por una sola vez el término de la prescripción, por lo que se encontrarían prescritas las acreencias causadas del 19 de febrero de 2013 hacia atrás, atendiendo además que la demanda fue instaurada el 10 de diciembre de 2018.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que el artículo 94 del C.G.P. dispone:

“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez.

Al examinar las actuaciones surtidas en primera instancia, salta a la vista, reiteramos, que la demanda fue instaurada el 10 de diciembre de 2018, tal como se desprende de la constancia del reparto realizado por la oficina judicial obrante a folio 60 del expediente

digital, el cual también deja al descubierto que por auto del 18 de diciembre de 2018 se dispuso por el A-Quo la devolución de la misma para su subsanación, allegando el correspondiente escrito el apoderado de la parte actora el 16 de enero de 2019; luego, por auto adiado 31 de enero de 2019 se admitió la demanda, providencia que le fue notificada al actor por estado del 1° de febrero de 2019, por tanto, acorde con el artículo 94 del CG del P, tenía el demandante hasta el 1° de febrero de 2020 para surtir la notificación de la demanda en aras de evitar que operase el fenómeno de la prescripción.

El mismo expediente digital pone en evidencia que mediante correo remitido por el apoderado de la parte accionada al despacho judicial el 15 de febrero de 2021, pone de presente que el 2 de febrero de 2021 recibió auto admisorio de demanda, pero se duele de que no le fue remitida la demanda, es decir, deja en evidencia que tan solo el 2 de febrero de 2021 la parte actora realiza gestiones tendientes a notificar la demanda, cuando ya se había superado en demasía el año previsto en la ley para que no operase la prescripción atendiendo a que la demanda fue admitida el 31 de enero de 2019 y ello fue notificado al actor el 1° de febrero de 2019; pero aún más, ni siquiera el 2 de febrero de 2021 se surtió en debida forma la notificación pues no se remitió la demanda y sus anexos a la parte accionada.

No podría considerarse que la pandemia del covid 19 que aquejó al mundo entero y al país, imposibilitaban la notificación de la demanda, pues debe tenerse presente que tan solo el 15 de marzo de 2020 con el Acuerdo PCSJA 2011517, el Consejo Superior de la Judicatura dispuso la interrupción de los términos judiciales con ocasión a tal flagelo a partir el 16 de marzo de 2020, pero para esa data ya se había superado el año, contado desde el 1° de febrero de 2019, que le otorga la ley para surtir la notificación de la misma a la parte accionada; tampoco se acreditaron circunstancias atribuibles a la accionada o al Ministerio de Educación que impidieran la notificación oportuna de la demanda, como pretende hacerlo ver la accionante, por tanto, considera la Sala acertada la decisión del fallador de primera instancia de declarar próspera la citada excepción para todas las acreencias labores reclamadas excepto los aportes a pensión, como lo precisó el A-Quo.

6.2.3. Costas

La parte actora en su alzada se duele de una condena en costas, no obstante, escuchado el audio de la audiencia de juzgamiento y examinada el acta de la misma, queda al descubierto que no se impuso tal a su cargo sino a cargo de la accionada, por lo que no tiene fundamento el reparo esgrimido.

No hay lugar a condenar en costas en segunda instancia por cuanto no se causaron.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de que el extremo inicial del primer contrato de trabajo que unió a la actora con la accionada lo fue el 15 de marzo de 2010 y no el 15 de febrero de 2010, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que los aportes a pensión que deberá consignar la demandada para el año 2010 a favor de la demandante lo son desde el 15 de marzo de 2010 y no desde el mes de febrero de 2010, conforme a lo establecido en la presente providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: Devolver el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31-05-002-2018-00148-01 FOLIO 389-21**

MONTERÍA, DOS (2) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDOS (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, por conducto de apoderada judicial, contra la sentencia proferida en audiencia del 01 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GABRIEL RAMON JIMENEZ LUGO contra la entidad apelante.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende el actor se condene a COLPENSIONES a reliquidar su pensión de vejez con el promedio de los últimos 10 años, o el de toda su vida laboral, según sea más favorable, y con las cotizaciones efectuadas hasta la fecha en que alcanzó el estatus pensional; asimismo, solicita se reconozca el 90% como monto pensional; se condene al pago de retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones relata, de forma sucinta, los siguientes hechos:

- Cotizó para los riesgos de vejez, invalidez y muerte en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy por Colpensiones.

- Nació el 22 de julio de 1952, cumpliendo 60 años de edad el 22 de julio de 2012, por lo que el 23 de julio de ese año presentó petición de reconocimiento pensional.
- La petición fue resuelta el 10 de septiembre de 2013 mediante resolución GNR 230883, en la que reconocieron pensión de vejez a partir del 1° de septiembre de 2013, en cuantía de \$4.651.395 y teniendo en cuenta el Acuerdo 049 de 1990.
- Contra la resolución antes anotada interpuso los recursos de reposición y apelación, que fueron resueltos mediante resolución VPB13640 del 14 de agosto de 2014, confirmando la decisión.
- Uno de los puntos de inconformidad fue la fecha desde la cual se ordenó el pago de la pensión, considerando el demandante que era desde el 22 de julio de 2012 y no desde el 1° de septiembre de 2013.
- Presentó demanda ordinaria laboral, la cual fue resuelta mediante sentencia de primera instancia del 9 de junio de 2015 negando el derecho reclamado, y en sentencia de segunda instancia del 2 de septiembre de 2016, en la que fue confirmada la negativa del derecho pretendido.
- Presentó ante Colpensiones el día 26 de mayo de 2017 escrito donde solicita la reliquidación pensional, el cual fue resuelto de manera desfavorable en resolución SUB122576 del 11 de julio de 2017, por lo que presentó recurso de reposición y apelación, los cuales nunca fueron resueltos.
- El 7 de febrero de 2018 volvió a presentar la solicitud de reliquidación pensional y mediante resolución SUB 41881 del 16 de febrero de 2018, Colpensiones niega la aludida reliquidación. El 20 de febrero de 2018 interpuso recurso de apelación contra la citada decisión, el cual fue resuelto de forma negativa mediante resolución DIR4581 del 1° de marzo de 2018.

2.3. Contestación y trámite.

Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada, la contestó proponiendo como excepciones las de **inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios.**

Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal y en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado accedió a las pretensiones de la demanda, declarando que el demandante tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la reliquidación de su pensión de vejez con el 90% como monto pensional y una mesada inicial de \$5.457.154,66 a partir del 01 de septiembre de 2013; condenó a la demandada a pagar al demandante la suma de \$100.351.940,87 por concepto de retroactivo pensional de las diferencias causadas desde el 01 de septiembre de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2021; dispuso que a partir del 1° de octubre de 2021 se continúe pagando al demandante una mesada pensional por valor de \$7.376.503,97, la cual deberá ser reajustada anualmente con el IPC certificado por el DANE conforme lo ordena el artículo 14 de la ley 100 de 1993; condenó al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las diferencias, a partir de la causación de cada una de ellas y hasta que se efectuó el pago total de la obligación.

En su sentencia, el A-Quo consideró que estaba acreditado el demandante solicitó pensión de vejez ante el ISS el día 08 de octubre de 2007, negada mediante resolución No. 008693 del 28 de mayo de 2008; mediante resolución GNR 230883 del 10 de septiembre de 2013 Colpensiones le reconoció al demandante una pensión de vejez con una mesada pensional de \$4.651.395,00 desde el 01 de septiembre de 2013, con 1.708 semanas, en aplicación del régimen de transición, en armonía con el acuerdo 049 de 1990, artículos 12, 13, 20 y 35, un IBL de \$5.963.327, un monto del 78% y fecha de estatus el día 22 de julio de 2012; el demandante el día 09 de octubre de 2013 presentó recurso de reposición y apelación contra la anterior resolución la cual fue confirmada mediante resolución VPB 13640 del 14 de agosto de 2014, negándole el retroactivo solicitado.

Luego, mediante resolución SUB 122576 del 11 de julio de 2017, Colpensiones le niega la reliquidación de la pensión; mediante resolución SUB 41881 del 16 de febrero de 2018, Colpensiones negó una nueva solicitud de reliquidación, considerando que la única norma

que permitía la sumatoria de tiempos públicos y privados era la Ley 71 de 1988 y si se le aplicaba esa ley sería menos favorable al demandante, por lo que le aplicó el acuerdo 049 de 1990 y no tuvo en cuenta los tiempos trabajados en el sector público, porque esta última norma no lo permitía y en consecuencia no era posible aplicarle el 90% como monto pensional.

Para establecer el IBL del demandante, el A-Quo tuvo en cuenta el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por faltarle al demandante 18 años para obtener el derecho pensional a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; que para el reconocimiento de las pensiones consagradas en el Acuerdo 049 de 1990, es procedente el cómputo de los tiempos cotizados en el ISS hoy Colpensiones con los tiempos laborados en el sector público, apoyado en la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

En el caso concreto, halló acreditadas 1.058 semanas cotizadas exclusivamente al ISS, hoy Colpensiones, en el sector público: Secretaría de Salud Departamental de Bolívar: 112,25 semanas; Clínica de Maternidad Rafael Calvo C.: 445,87 semanas; E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL: 208,2 semanas. Para un total de 1.836,32 semanas acumuladas. Con base en lo anterior, concluyó que el demandante tenía derecho a que su IBL se estableciera con cualquiera de las formas que establecía la norma; sin embargo, se abstuvo de hacerlo con el de toda la vida laboral por no contar con los salarios devengados por el demandante en el tiempo que laboró para la Clínica de Maternidad Rafael Calvo C., carga que según el A-Quo se encontraba en cabeza de la parte demandante. Por ello, procedió a establecerlo con el promedio de los últimos 10 años de cotización.

Precisó que, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, consideró que, como regla general el IBL se debe establecer tomando hasta la última cotización, pero, cuando lo cotizado con posterioridad a la fecha del estatus pensional afecta el monto de la pensión, se deben tomar sólo las cotizaciones efectuadas hasta el momento de alcanzar ese estatus pensional como excepción a esa regla general; en ese sentido, estableció el IBL, dándole como resultado la suma de \$6.064.350,33, superior a la establecida por Colpensiones que era de \$5.963.327. Determinó la tasa de reemplazo, con base en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, el demandante tiene derecho al 90% por haber alcanzado un total de 1.836,32 semanas, y estableció como mesada inicial para el año 2012, la suma de \$5.457.915,29. En cuanto al disfrute, el mismo se debía establecer a partir del 1 de septiembre de 2013, por cuanto el demandante cotizó hasta el mes de agosto de 2013, y no existe otra forma de establecer el hecho de la desafiliación.

Consideró que no se presentaba la prescripción, por lo que estableció un retroactivo desde el día 1° de septiembre de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2021, en la suma de \$100.351.940,87, además dispuso que, a partir del 1 de octubre de 2021, se debe continuar pagando al demandante por parte de Colpensiones una mesada pensional de \$7.376.503,97, la cual deberá ser reajustada anualmente conforme al IPC certificado por el DANE, conforme lo ordena el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señaló que no solo se aplican a las mesadas pensionales completas, sino también a las diferencias causadas en las mismas, los impuso a partir del 23 de mayo de 2017, fecha en la cual el demandante presentó su primera solicitud de reliquidación de la pensión de vejez ante Colpensiones y hasta que se efectúe el pago total de la obligación.

IV RECURSO DE APELACIÓN

Se muestra inconforme la parte accionada con la sentencia, al considerar que Colpensiones en el momento en que reconoció la pensión en el año 2013 tuvo en cuenta un IBL pertinente para favorecer bajo el principio de favorabilidad al actor; no se puede desconocer que Colpensiones al hacer el reconocimiento tuvo presente que el actor fuera favorecido con el reconocimiento de la pensión realizada. Se le aplicó el Decreto 758 de 1990, como lo solicitó el actor en su momento y en la demanda. Igualmente se tuvieron en cuenta los factores salariales pertinentes, se hizo bajo el principio de favorabilidad, teniendo en cuenta los últimos 10 años que era lo mejor para el actor en ese momento.

Por lo anterior, solicita sea revisada la sentencia en todos los puntos en que Colpensiones fue condenada.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La accionada a través de su apoderada alega de conclusión en esta instancia manifestando que Colpensiones liquidó el IBL del demandante según el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, por resultar más favorable en comparación de lo cotizado durante toda la vida laboral; que se estableció la tasa de reemplazo en un 78%, de acuerdo con el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, por haber cotizado el demandante un total de 1.073,43 semanas exclusivas al ISS, hoy Colpensiones; en cuanto a la condena en costas, sostuvo que Colpensiones durante el transcurso del proceso actuó sin temeridad y bajo el principio de buena fe, además, no existe prueba que evidencie la causación de las mismas o que hubo un

gasto asumido por el demandante.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación; sin embargo, el presente asunto se estudiará también en el grado jurisdiccional de consulta, en lo que tiene que ver con lo decidido en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con fundamento en el inciso 2° del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Así las cosas, el problema jurídico a resolver se ciñe a determinar: **(i)** Si el demandante tiene derecho o no, a que Colpensiones le reliquide su pensión de vejez con el promedio de los últimos 10 años de cotización o el de toda la vida laboral, según sea más favorable, teniendo en cuenta sólo las cotizaciones efectuadas hasta la fecha del estatus pensional; **(ii)** si el demandante tiene derecho a que su tasa de reemplazo sea del 90%, atendiendo las cotizaciones al ISS -hoy Colpensiones- y tiempos laborados en el sector público; **(iii)** si es procedente la condena por retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación; y **(iv)** la procedencia de la condena en costas del proceso.

6.2.1. Es importante precisar que no existe discusión en cuanto a los siguientes puntos:

i) Colpensiones mediante resolución GNR 230883 del 10 de septiembre de 2013 le reconoció al demandante una pensión de vejez con una mesada pensional de \$4.651.395, a partir del 01 de septiembre de 2013, teniendo en cuenta 1.073 semanas, aplicando el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, artículos 12, 13, 20 y 35, un IBL de \$5.963.327, un monto del 78% y fecha de estatus el día 22 de julio de 2012.

- ii) Mediante resolución SUB 122576 del 11 de julio de 2017, Colpensiones le negó la reliquidación de la pensión, por considerar que el demandante solo contaba con 1.073 semanas cotizadas exclusivamente al ISS, hoy Colpensiones, y 665 a otras Cajas;
- iii) Mediante resolución SUB 41881 del 16 de febrero de 2018, Colpensiones negó la reliquidación, considerando que la única norma que permitía la sumatoria de tiempos públicos y privados era la Ley 71 de 1988 y si se le aplicaba esa ley sería menos favorable al demandante, por ello aplicó el acuerdo 049 de 1990 y no tuvo en cuenta los tiempos trabajados en el sector público, porque ésta última norma no lo permitía y en consecuencia no era posible aplicarle el 90% como monto pensional.

6.3. Reliquidación de la pensión de vejez con los últimos 10 años de cotización o toda la vida según sea más favorable.

Para efectos de determinar si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de su pensión tomando el promedio de los últimos 10 años de cotización o toda la vida laboral, es imperioso esclarecer, en primer lugar, si para esos fines es procedente la acumulación de tiempos de servicios al sector públicos con aquellos cotizados exclusivamente al régimen de prima media (ISS hoy Colpensiones), pues ello despejará el interrogante acerca del número de semanas exigidas por la ley para acceder a lo pretendido y permitirá verificar la tasa de reemplazo.

Hay que advertir entonces que, el órgano de cierre de esta jurisdicción hasta el año 2019 sostenía la tesis de la imposibilidad de acumular tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión con aplicación del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de 1990 por considerar que ello solo era posible en aplicación de la Ley 71 de 1988, sin embargo, rectificó su postura la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL1981-2020 del 1º de julio de 2020, rad. 84243, permitiendo la acumulación y cómputo de los tiempos laborados en el sector público y los cotizados al ISS para efectos pensionales bajo el abrigo del Acuerdo 049 de 1990, así disertó:

“(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postula que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales.”

La anterior tesis venía siendo planteada por la Corte Constitucional desde el año 2014, específicamente en la sentencia SU769/14. Bajo esa interpretación, para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dice la Corte Constitucional que *“es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales. Esto, por cuanto dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a los tres ítems previamente señalados, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.”*

Acorde con lo anterior y contrario a lo que expuso COLPENSIONES al negar la reliquidación al demandante, en casos como este, en los cuales existen tiempos laborados en el sector público y cotizaciones efectuadas en el ISS provenientes del sector privado, es posible estudiar el derecho pensional bajo las exigencias del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, acumulando y contabilizando unos y otros para efectos de obtener el IBL, el que, dicho sea de paso se rige por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como quiera que al demandante a la entrada en vigencia de dicha ley le hacían falta más de 10 años para adquirir el estatus pensional atendiendo a su fecha de nacimiento, que lo fue el 22 de julio de 1952 como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía y el certificado de nacimiento visibles a folios 53 digital del cuaderno 1 y 97 digital del cuaderno 2. (sentencia SL 1734-2015).

La norma es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

Salta a la vista que la norma transcrita contempla dos opciones para obtener el ingreso base de liquidación de la pensión, bien sea el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional o lo devengado durante toda su vida laboral, siempre y cuando el afiliado haya cotizado más de 1.250 semanas; en el caso del demandante, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas visible a folio 97 cuaderno 1 digital, cotizó exclusivamente a Colpensiones un total de 1.058,7 semanas, mientras que en el sector público, de los certificados laborales visibles a folios 113 digital del cuaderno 1, folio 157 digital del cuaderno 2, folios 309 y 335 a 351 digitales del cuaderno 3, de acredita prestó servicios en los siguientes tiempos y entidades:

Secretaría de Salud Departamental de Bolívar: desde el 25 de marzo de 1974 hasta el 30 de mayo de 1976 = 112,25 semanas;

Clínica de Maternidad Rafael Calvo C.: desde el 23 de julio de 1976 hasta el 21 de marzo de 1985 = 445,87 semanas;

E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL: desde el 26 de enero de 1983 hasta el 11 de febrero de 1987 = 208,2 semanas;

Lo anterior arroja un total de **1.825 semanas** acumuladas durante toda la vida laboral del demandante; por ello, tiene derecho, en principio, a que la liquidación de su IBL se haga con cualquiera de las dos formas que contempla la norma; no obstante, el A-Quo consideró que no era posible establecer el IBL con el promedio de toda la vida laboral por falta de prueba de los salarios devengados en el tiempo que prestó sus servicios a la Clínica de Maternidad Rafael Calvo C., situación con la que -dicho sea de paso- se mostró conforme la parte demandante pues no atacó la providencia en ese aspecto, por ello no entrará la Sala a modificar la decisión, amén de que se comparte la apreciación de que acreditar los salarios devengados era carga probatoria de la parte actora.

6.3.1. Del IBL del actor.

El punto neurálgico de la discusión se centra ahora en establecer el tiempo que debe abarcar los 10 años de cotización, por cuanto la parte demandante dentro de sus pretensiones invoca su derecho pensional sea liquidado sólo sobre las cotizaciones efectuadas hasta la fecha en que alcanzó el estatus pensional, mientras que COLPENSIONES aduce debe tomarse los últimos 10 años cotizados.

Sobre este tópico es pertinente citar la sentencia **radicada N° 40552 del 01 de marzo de 2011, M.P. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE**, respecto a la forma en que se deben contar los 10 años para calcular el IBL, providencia en la cual la Sala de Casación Laboral sostuvo:

“Así las cosas, descendiendo a la situación pensional del demandante, para cuantificar el ingreso base de liquidación de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se tomará el promedio de lo devengado y sobre lo cual hubiera cotizado el afiliado, durante los 10 años que anteceden al reconocimiento de la pensión, que equivale a 3.600 días; se identifica la última cotización del accionante, que en este caso corresponde al 1° de febrero de 1995, y a partir de ella, se efectúa un conteo – retrocediendo en la historia laboral o salarial- que obra en el expediente a folios 9 -10, 16 – 21, 24, 26 – 31, 55 – 59, 65 – 68, 72 – 73, 79 – 84 y 87, hasta completar un lapso igual a 10 años de tiempo cotizado, que se remonta en esta ocasión al 1° de enero de 1984. Dichos salarios base se actualizan a la fecha de la pensión, que lo es el 25 de mayo de 2004, y se promedian. Su sumatoria constituye el IBL. Es de aclarar, que la fórmula empleada para calcular el IBL en los términos anteriores, es la referida en el antecedente jurisprudencial que rememora la censura, sentencia del 20 de abril de 2007 radicado 29470, y que se traduce en la siguiente:”

Del precedente citado se puede concluir que, como regla general, los 10 años ha tomar y sobre lo cuales deberá calcularse el IBL, lo deben ser partiendo del último día cotizado y de ahí contar 3600 días hacia atrás, para obtener los 10 años efectivamente cotizados; en el caso del demandante, del reporte de semanas cotizadas visible a folios 97 a 107 digital del cuaderno 1, se desprende que cotizó hasta el 31 de agosto del año 2013, lo que quiere decir que, en principio, los salarios a tener en cuenta para efectos de liquidar el IBL del demandante deben ser los sufragados desde esa fecha hacia atrás.

Sin embargo, existen excepciones a la regla general antes citada, como el caso examinado por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL del 7 septiembre 2004, rad. 22630, reiterada en la SL del 20 octubre 2009, rad. 35605, y recientemente en la SL 724 de 2021, donde precisó:

“[...] si el fin de las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, después de superado el tope mínimo exigido para acceder al derecho pensional reclamado y del cumplimiento de la edad, es el de incrementar el monto de la mesada, (parágrafo 3°,

artículo 33 Ley 100 / 93, vigente para la época de los hechos) mal puede obrarse contrariando tal propósito y castigar a un afiliado, menguándole su base salarial para la tasación de la aludida pensión, por haber contribuido al sistema con un número mayor de aportes que supera tal límite para la tasación del crédito social pretendido.”

Acorde con lo anterior, ha de concluirse que si bien la regla general es que el IBL se obtenga tomando hasta la última de las cotizaciones realizadas, debe tomarse en consideración que, cuando las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha en que se alcanzó el estatus pensional influyan desfavorablemente en el IBL de la prestación, excepcionalmente se tomarán y contabilizarán para efectos de extraer el IBL las cotizaciones efectuadas hasta la fecha en que se alcanzó el estatus pensional, si este lapso favorece al afiliado con un IBL mayor; por tanto, no es dable predicar que desatina la parte actora al solicitar la reliquidación de su pensión tomando para efectos de obtener el IBL las cotizaciones efectuadas hasta el momento en que adquirió el estatus pensional, reiteramos, si este último resulta ser mayor al reconocido por Colpensiones.

Realizadas las operaciones matemáticas, liquidado el IBL sobre las semanas cotizadas hasta el momento en que el demandante alcanzó el status de pensionado (22 de julio de 2012) y teniendo en cuenta la fórmula indicada en la sentencia SL6916 del 28 de mayo de 2014 de la Sala de Casación Laboral, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se obtuvo un IBL de \$6.065.500, el que resulta superior al IBL obtenido por Colpensiones que lo fue de \$5.963.327.

Sin embargo, detalla la Sala que el IBL obtenido en esta instancia es superior al ordenado por el fallador de primera instancia en la sentencia, que lo fue de \$6.064.350,33, y como quiera que la parte actora no mostró inconformidad con la sentencia y que la consulta se surte a favor de COLPENSIONES, se mantendrá el IBL obtenido por el A-Quo.

6.3.2. Monto o tasa de reemplazo.

Partiendo de lo consagrado en el parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, hay que afirmar desde ya que el demandante tiene derecho a un monto del 90% sobre su IBL, por haber acumulado un total de 1.839,32 entre tiempo de servicios y semanas cotizadas, superando las 1.250 semanas mínimas de cotización que exige la norma (art. 21 de la Ley 100) y aclarando que para este tópico las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha en que el demandante alcanzó el status pensional tienen plena validez, pues de acuerdo al precedente de la Corte solo podrían ser desechadas para obtener el IBL, por lo que considera la Sala el juez del conocimiento no erró

al condenar a Colpensiones al reconocimiento del 90% como monto pensional a favor del demandante y, en ese sentido, se mantendrá incólume esa decisión.

Ahora, si le aplicamos ese porcentaje al IBL tenido en cuenta en la sentencia de primera instancia, se obtiene el mismo resultado obtenido por el A-Quo que es una mesada pensional inicial de \$5.457.915,29, superior a la mesada pensional reconocida por Colpensiones con base en el monto del 78%, la cual fue de \$4.651.395.

En conclusión, la Sala considera que el demandante GABRIEL RAMON JIMENEZ LUGO tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la reliquidación de su pensión de vejez liquidando su IBL con los últimos 10 años de cotización, realizados hasta la fecha de su estatus pensional y aplicándole el 90% como monto de la misma; por lo que se mantendrá incólume la decisión de primera instancia frente a estos dos aspectos.

6.4. Disfrute.

En cuanto a la fecha del disfrute de la pensión, de la cual se duele la parte accionada en su escrito de alegatos, encuentra la Sala que al revisar el reconocimiento pensional efectuado por COLPENSIONES mediante la resolución GNR 230883 del 10 de septiembre de 2013, visible a folios 59 a 71 digital del cuaderno 1, en esa ocasión el disfrute se determinó a partir del 01 de septiembre de 2013, en la cual coincidió el juez de primera instancia, sin que la parte demandante planteara inconformidad, por tanto esa decisión no resultó adversa a COLPENSIONES y por ello se abstendrá la Sala de realizar nuevo estudio.

6.5. Retroactivo de las diferencias.

Frente a este punto, es claro que el demandante tiene derecho a percibir el retroactivo pensional sobre las diferencias causadas entre la mesada pensional reconocida y pagada por la accionada y la que se obtuvo en primera instancia, situación en la que no se equivocó el A-Quo en su sentencia. Pero ha de tenerse presente es necesario el estudio previo de la excepción de **prescripción** propuesta por la accionada y regulada, en materia laboral, en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS por un lapso de 3 años contados a partir del momento en que se causa el derecho, hacia atrás.

Así, tenemos que en el caso bajo estudio el derecho pensional fue reconocido mediante resolución GNR 230883 del 10 de septiembre de 2013, notificada el 01 de octubre de 2013; contra esa resolución el demandante presentó los recursos de reposición y apelación, que

fueron desatados mediante resolución VPB 13640 del 14 de agosto de 2014, confirmando la resolución recurrida, sin que exista dentro del expediente prueba de notificación de la resolución que resolvió los recursos.

El día 26 de mayo de 2017 el demandante solicita la reliquidación de su pensión y Colpensiones en resolución SUB 122576 del 11 de julio de 2017 la niega, bajo el argumento que no eran computables las semanas cotizadas exclusivamente al ISS con los tiempos laborados en el sector público, decisión contra la cual el demandante presentó los recursos de reposición y apelación el día 27 de julio de 2017, sin que exista fecha de resolución y notificación de los mismos.

Luego, el día 08 de febrero de 2018 el demandante nuevamente solicita la reliquidación de su pensión y Colpensiones mediante resolución SUB 41881 del 16 de febrero de 2018, resuelve negando la solicitud argumentando una vez más que no es posible la reliquidación porque los tiempos cotizados al ISS no son computables con los trabajados en el sector público; el demandante presentó sus recursos de reposición y apelación y Colpensiones en resolución DIR 4581 del 01 de marzo de 2018 confirmó su decisión.

Así las cosas, el derecho pensional fue reconocido el día 10 de septiembre de 2013 y los recursos presentados por el demandante fueron resueltos el 14 de agosto de 2014, contando de que a partir de esa fecha quedó en firme el acto administrativo de reconocimiento por cuanto no hay constancia de notificación de las resoluciones que desataron los recursos, procedió el demandante a solicitar la reliquidación de la pensión el 26 de mayo de 2017, cuando no habían transcurrido 3 años e interrumpiendo por una sola vez la prescripción, y como la demanda fue presentada el día 03 de mayo de 2018 ha de concluirse que no se configura el fenómeno prescriptivo como acertadamente lo concluyó el el A-Quo, por lo que, en efecto, resultaba procedente la condena por el retroactivo pensional causado desde el 01 de septiembre de 2013 hasta la fecha del fallo 1° de octubre de 2021.

6.6. Intereses moratorios artículo 141 de la Ley 100 de 1993

El artículo 141 de la ley 100 de 1993, establece que:

“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.”

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de estos sobre las diferencias de las mesadas pensionales resultantes a favor del actor, oportuno es citar la autoridad de la Sala de Casación

Laboral cuando en sentencia SL3130 del 19 de agosto de 2020, radicación No. 66868, M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN, señaló:

“2. Como ya se anunció, una revisión atenta de la referida doctrina, obliga a la Corte a reconocer que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de reajustes de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma, interpretada de manera racional y lógica.

En primer lugar, como antaño se había dicho en la sentencia CSJ SL, 2 may. 2002, rad. 17664, la Corte debe partir de la base de que «[...] el legislador no distinguió clase, fuente u otras calidades de la pensión», ni limitó expresamente la procedencia de los intereses moratorios al hecho de que se adeudara la totalidad de la mesada y no solo una parte de ella.

En efecto, si se observa con detenimiento el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se puede notar que el legislador no hizo diferenciación alguna a la hora de establecer los intereses moratorios, ni en función de la clase de pensión legal que les sirviera de base, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL1681-2020, ni teniendo en cuenta si se trataba del pago completo de la mesada pensional o tan solo de algún saldo.

Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ni siquiera una interpretación literal de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.

Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[...] en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales [...]», además de que, en términos jurídicos, la mora en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario. En este punto la mora esta conceptualmente ligada al pago de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «la prestación de lo que se debe», de manera que, mientras no se produzca este pago, en forma adecuada, oportuna y completa, la mora sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.”

Y si bien la misma Corporación ha exonerado de los citados intereses cuando el no pago de mesadas obedece a circunstancias imposibles de prever por la administradora accionada, tal como lo indicó en la Sentencia 42783 del 2012 donde sostuvo:

“La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley.”

En situaciones como la anotada, agregó, debe concluirse que las entidades actuaron en aplicación de la ley, de ahí que no se les deba imponer el castigo. “En esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia”.

No obstante, en el caso bajo estudio se determinó, contrario a lo que en su oportunidad resolvió COLPENSIONES, que el demandante si tenía derecho a que su IBL fuera extraído

tomando las cotizaciones realizadas hasta la fecha del estatus pensional por serle más favorable, acorde con los precedentes jurisprudenciales que vienen siendo desarrollados desde el año 2004 y acorde con las sentencias citadas en esta providencia, por lo que correspondía a la accionada hacer el estudio de lo pedido y aplicar los mismos, como no lo hizo no puede pregonarse una justificación ni legal ni jurisprudencial para su omisión y por ello se tornan procedente los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, siendo acertada la decisión del juzgador de primera instancia de concederlos a partir del 23 de mayo de 2017, fecha en la cual el demandante presentó su primera solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, y hasta que se efectúe el pago total de la obligación.

6.7. De las costas.

Manifiesta la recurrente que las costas no debieron ser impuestas por no existir en el proceso prueba de los gastos en que incurrió el demandante y porque, a su parecer, Colpensiones actuó sin temeridad en el presente proceso.

Frente a esos argumentos, es pertinente traer a colación lo señalado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en el auto AL2924-2020, Radicación n.º70173, con ponencia de la Dra. CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA, en la cual dijo:

“Si se estudiara lo petitionado como simple reconsideración de las costas procesales impuestas, para resolver, resulta necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, que en lo que concierne consagra:

Condena en Costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

[...] Es pertinente recordar, que las costas son aquellas erogaciones económicas que comportan la atención de un proceso judicial, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha triunfado en el trámite del conflicto, que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, para este caso, lo es el extremo activo.

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).

Es claro entonces que es la ley quien prevé la condena en costas para la parte que es vencida en el proceso, en este caso lo fue la accionada COLPENSIONES, quien además se opuso a las pretensiones y propuso excepciones en la contestación a la demanda, cuyo resultado le fue desfavorable, lo que torna acertada la condena en costas en primera instancia.

Sin embargo, en esta instancia no se impondrá tal condena toda vez que no se causaron.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
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° 23 466 31 89 001 2015 00222 01 Folio 245 -2021

Aprobado por Acta N. 130

**Montería, tres (03) de noviembre del año dos mil veintidós
(2022)**

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia de fecha **08 de julio de 2021**, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por HIPÓLITO CACIANO ALVAREZ contra la ESTACION DE SERVICIO BIJAO.

I. ANTECEDENTES

1. El señor Hipólito Caciano Álvarez, través de apoderado judicial, presentó demanda Ordinaria Laboral contra la sociedad ESTACION DE SERVICIO BIJAO, con el propósito que se declare la existencia de una relación laboral a término indefinido; en consecuencia, pide que se condene a la accionada a pagar los siguientes rubros:

- Salarios adeudados.
- Cesantías.
- Intereses a las cesantías.
- Primas de servicio.
- Vacaciones.
- Prima de vacaciones.
- Prima de navidad.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indemnización de que trata el artículo 65 del CST.
- Las costas y Agencias en Derecho.
- Se falle extra y ultra petita.

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

- Manifiesta el demandante que inició a laborar para la accionada desde el 10 de mayo de 2011, en el cargo de bombero, o vendedor de gasolina.
- Expresa que desempeñó sus labores de manera personal y subordinada, recibiendo órdenes del señor Carlos Andrés Álvarez y cumpliendo turnos entre 8 y 14 horas.
- Afirma que de salario por retribución de sus servicios recibió la suma \$500.000., mensuales

- Relata que la relación de trabajo se mantuvo hasta el día 16 de marzo de 2015, cuando la accionada decidió dar por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa.
- También, asegura que durante la vigencia del vínculo contractual no le fueron pagadas sus prestaciones sociales y se le adeuda el último salario.

TRÁMITE Y CONTESTACIÓN.

3. Mediante proveído de 19 de febrero de 2019, el A Quo ordena integrar el contradictorio con la compañía CNPB COMERCIALIZADORA NACIONAL PUCCINI BEDOYA SAS, propietaria de la Estación de Servicios BIJAO, primigenia accionada en el *sub lite*, siendo que, luego de notificada en legal forma de la demanda, a través de Curador Ad Litem, la contesta manifestando no constarle los hechos relatados, oponiéndose a las pretensiones del genitor.

Como excepciones de mérito propuso las de "*falta de capacidad jurídica para comparecer como parte en el proceso, prescripción, falta de notificación dentro del término legal*".

II. SENTENCIA APELADA.

El Juzgado promiscuo del Circuito de Montelíbano, a través de sentencia de fecha 08 de julio de 2021, absolvió a la demandada de todos los reclamos realizados por el actor.

Como sustento de su decisión, el juzgador de la pasada instancia, inicialmente procedió a citar la normatividad que regula las relaciones de trabajo, como son los artículos 22 y 23 del CST, donde definió y explicó cada uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

En igual sentido, señaló que el artículo 24 *ibídem*, trae consigo una presunción, consistente en que probada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de un contrato de trabajo, invirtiéndose la carga de la prueba, es decir, correspondiéndole a la parte accionada acreditar que ese servicio se dio de manera autónoma e independiente.

Por lo anterior, procedió a estudiar las pruebas practicadas en el proceso, a fin de determinar si entre las partes realmente existió un contrato de trabajo. No obstante, con base a la prueba testimonial recepcionada, consideró que no se logra acreditar la prestación personal del servicio de manera ininterrumpida, sino que el actor solo era llamado para realizar relevos, de manera ocasional. Por ello, al considerar que no existe precisión frente a los extremos temporales de la relación laboral, absuelve a la demandada de las suplicas del libelo introductorio.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro del término legal, el accionante se fue en alzada contra el fallo de la pretérita instancia, manifestando estar inconforme frente al análisis probatorio que se realizó, pues, a su juicio, con el dicho de los testigos traídos al proceso, claramente se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, sus extremos temporales y la remuneración que el actor percibía. Adicionalmente, sostiene que la parte accionada, pese a ser un proceso que ha perdurado por años, no acudió al proceso, sin que llegase prueba de su parte frente a la no existencia del vínculo contractual.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De forma oportuna, las partes alegaron conclusivamente, en su orden, el demandante ratificó lo expuesto en su apelación y, por ende, solicitó la revocatoria de la sentencia confutada, por su lado, su contrincante, esto es, la sociedad accionada, deprecó la confirmación del fallo, argumentando lo pertinente.

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 prescrito por 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. La *questio iuris* se circunscribe a determinar **(i)** Si entre las partes en contienda existió un contrato de trabajo desde el 10 de mayo de 2011 hasta el 16 de marzo de 2015 **(ii)** de salir avante lo anterior, estudiar las demás pretensiones esgrimidas por el promotor.

- **De la existencia de un contrato de trabajo**

3. Cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo resulta necesario referir que los artículos 22 y 23 del C.S.T., definen y establecen los elementos esenciales de dicho contrato, tales son: **(i)** La actividad personal del trabajador, **(ii)** La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **(iii)** Un salario como retribución del servicio; determinando que una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., señala que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Y, jurisprudencialmente, tiene sentado la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ que, para que esta presunción se active le corresponde al trabajador acreditar la prestación personal del servicio para así predicar la existencia de una relación de trabajo.

Aunado a ello, también al impulsor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por la terminación del vínculo, entre otros **(sentencia SL-16110, 4 nov. 2015, rad. 43377)**.

En tal discurrir, procederá la Sala a auscultar los elementos de prueba aportados y debidamente practicados en el proceso, a fin de determinar si se encuentra acreditada o no la relación laboral entre las partes dentro del interregno pretendido.

Pues bien, en primera instancia, se practicó la prueba testimonial decretada a favor del demandante, como fueron las deposiciones de los señores José Gregorio González Ramos, y Carlos Emiro Sariego Flórez, en la que éstos expusieron lo siguiente:

El declarante José Gregorio González Ramos, manifestó que el actor prestó sus servicios como islero o bombero en la estación de servicio de propiedad de la accionada, que era quien hacía los relevos cuando salían a descanso, además, afirmó que su salario le era pagado por el turno que hiciera.

Por su parte, el testigo Carlos Emiro Sariego Flórez, indicó conocer al señor Hipólito laborando en la estación de servicios, señalando que éste era quien la empresa designaba para que los relevara en vacaciones o cuando se necesitaba hacer algún turno en días de descanso.

Ahora, previo al estudio de la prueba testimonial de los señores José Gregorio González Ramos, y Carlos Emiro Sariago Flórez, debe recordarse que, con base a lo que dispone el artículo 61 del CPT y de la SS, y lo establecido por la H. Sala de Casación Laboral, 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 si bien se evidencia la prestación personal de un servicio por parte del actor frente a la accionada, no es menos cierto que la misma fue esporádicamente, pues, los testigos fueron unísonos en manifestar que el señor Hipólito Caciano, solo prestaba sus servicios cuando los relevaba en los días de descanso y en vacaciones.

En tal sentido, debido a esa intermitencia en la prestación del servicio por parte del accionante, no es posible establecer los extremos temporales de los contratos de trabajo que entre las partes existió, máxime que en el proceso ello no se acreditó, pues los testigos que fueron la única prueba practicada en primera instancia, no precisaron los interregnos en que el accionante hacía los relevos o la época de vacaciones en que éste los reemplazaba. Amén, que, como se explicó en precedencia, también al promotor del proceso le corresponde acreditar, entre otras, los extremos temporales de la relación.

En conclusión, estima la Sala que no se logró acreditar los extremos temporales de la relación laboral, siendo que al trabajador le asiste la carga de probar dichos extremos, la jornada laboral y el monto del salario (**Sentencia SL-16110 de 2015**), cuya demostración resulta necesaria porque sin estos no es viable la liquidación de las acreencias laborales.

Por consiguiente, no es otra la decisión de esta Corporación que confirmar la sentencia fustigada. Se impondrá costas en esta superioridad a cargo del accionante y a favor del extremo encausado, por existir réplica.

VI. DECISIÓN

Por 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.

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha **08 de julio de 2021**, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del proceso ordinario laboral **Radicado bajo el N° 23 466 31 03 001 2015 00022 01 Folio 245 -2021**, promovido por **HIPÓLITO CACIANO ALVAREZ** contra **CNPB COMERCIALIZADORA NACIONAL PUCCINI BEDOYA SAS**, propietaria de la Estación de Servicios BIJAO.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y a favor de la parte demandada. Se tasan las agencias en derecho en 1 SMLMV.

TERCERO. Téngase al abogado OSCAR JAIR DIRUGGIERO ROMERO, portador de la CC. No. 78.749.179 y la TP. No. 142.431 del C. S. de la J., como apoderado judicial de la empresa MAGNO COMBUSTIBLES SAS, antes CNPB COMERCIALIZADORA NACIONAL PUCCINI BEDOLLA SAS, en los términos y para los efectos del correspondiente mandato.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado
De permiso



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado