

**MARCO TULLIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 417-2022**

**Radicación n° 23-001-31-05-003-2022-00070-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintiocho (28) de noviembre dos mil veintidós (2.022).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 15 de noviembre de 2.022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del dentro del proceso especial Reintegro por Fuero Sindical instaurado por CLARA MARÍA GRACIA ZULETA frente a la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA, en el que fue vinculado el Sindicato Mixto de Trabajadores de las Universidades Públicas Nacionales – SINTRAUNAL –.

## II. LA SENTENCIA APELADA

A través de la sentencia apelada el A quo negó las pretensiones de la demanda, al estimar probada la excepción de “*No obligatoriedad de autorización judicial para retiro del cargo del demandante*”, propuesta por la demandada, arguyendo, en resumen, que no es necesario el permiso o autorización judicial para desmejorar a un empleado que ocupa un empleo en calidad de encargo, cuando el motivo del mismo es la reincorporación a dicho cargo del empleado que lo ocupa en propiedad.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

En apretada síntesis, aduce la apoderada de la demandante que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el acto de traslado de un servidor debe obedecer a la necesidad del servicio, y, en el caso, la desmejora a aquélla obedeció a una actuación arbitraria que careció de motivación debida; que no se está pidiendo pasar por encima los derechos de carrera, sino el análisis de la actuación constitutiva de una desmejora a una dirigente sindical; que no se le debió restar valor al testimonio de JUAN CAMILO GARNICA VILLALOBOS, del cual se desprende que la actora fue la única trabajadora desmejorada; y,

que la desmejora a un empleado aforado no es una de las situaciones objetivas contempladas en la sentencia C-111 de 2005 y en la ley, para que el empleador lo pueda hacer sin previa autorización judicial si se trata de servidor con fuero sindical.

#### **IV. TRÁMITE EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA**

De conformidad con lo establecido en el artículo 117 del C.P.T y la S.S, lo que procede es dictar de plano la correspondiente sentencia en segunda instancia.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **1. Presupuestos procesales**

Los presupuestos de eficacia y validez están presentes y, además, no ha sido discutidos por las partes, por lo que es procedente desatar de fondo la segunda instancia.

##### **2. Problema jurídico a resolver**

Corresponde a la Sala dilucidar: *si a la Universidad de Córdoba debió acudir al levantamiento del fuero sindical del*

*actor, a efectos de proceder a retirar a la actora del cargo Profesional Especializado Código 2028, grado 14.*

### **3. Solución al problema planteado**

3.1. El proceso especial de reintegro por fuero sindical, tiene por objeto verificar: (i) si el trabajador o empleador estaba aforado al momento del despido o del retiro del servicio; de ser así, (ii) si el empleador debió pedir el permiso judicial o levantamiento del fuero sindical para despedir o retirar del servicio al trabajador.

3.2. Pues bien, en lo que respecta a que la actora gozaba de fuero sindical al momento en que, mediante la Resolución # 2315 de 23 de diciembre de 2.021, fue retirada del cargo Profesional Especializado Código 2028, grado 14, para ser reubicada en otro, ello no lo refutó ni mucho menos lo discutió la demandada. Incluso, ésta, en sede administrativa, al desatar el recurso de reposición contra dicha resolución, en el que el demandante invocaba también su condición de aforado, la Universidad de Córdoba si bien confirmó dicho acto administrativo mediante la Resolución # 0013 de 17 de enero de 2.022, no desconoció que aquélla tuviese dicha condición de aforada.

Así que, ha de aceptarse que la actora, en efecto, gozaba de fuero sindical al momento en que fue retirado del cargo cuyo reintegro reclama.

3.3. En lo que sí se ha centrado el debate de la litis es en lo atinente a si la demandada, en su condición de empleadora, debió solicitar el permiso judicial o levantamiento del fuero sindical de la demandante, a fin de proceder a retirarla del cargo *Profesional Especializado Código 2028, grado 14*, dado que, al ser reubicada en otro cargo de menor remuneración, le fueron desmejorada sus condiciones laborales.

3.4. Al respecto, observa la Sala que, la actora ostentaba la propiedad del cargo de *Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 12*; empero, fue encargada en el cargo que reclama con la demanda, esto es, el de *Profesional Especializado Código 2028, grado 14*, concretamente hasta cuando finalizare el encargo que se le hizo a su titular, esto es, a LUIS ALFONSO DÍAZ VARGAS, en otro empleo.

3.4.1. Entonces, al finalizar el encargo de la titular del cargo que desempeñaba la demandante, la demandada procedió a desvincular a ésta, mediante Resolución # 2315 de 23 de diciembre de 2.021, lo cual, en efecto, es una causal objetiva, pues simple y llanamente obedece a la razón de ser de la temporalidad de los nombramientos en provisionalidad, cual es

la de ocupar el cargo hasta cuando su titular en propiedad lo asuma.

3.4.2. Luego, más allá que lo acontecido esté o no calcado de forma literal en las causales del artículo 24 del Decreto 760 de 2.005, como aquellas que justifican la innecesariedad de la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical, lo cierto es que sí se trata de una causal objetiva, por ende, no prevista en el artículo 410 del CST como necesarias de la previa calificación del juez.

3.4.3. Para efectos de concluir si una causal de cesación del vínculo laboral requiere o no calificación del juez para servidores con fuero sindical, no es suficiente la interpretación gramatical de los artículos 410 y 411 del CST y 24 del Decreto 760 de 2.005, sino además el examen de si la causal, amén de ser objetiva no está prevista en el referido artículo 410.

3.4.4. De no ser lo anterior así, no se explicaría entonces la conclusión de la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de que, en tratándose de trabajadores aforados con contratos de trabajo a término fijo, su terminación por el vencimiento del plazo pactado no requiere del levantamiento del fuero sindical o permiso judicial (**Vid. CSJ Sentencias (SL, 25 mar. 2009, R. 34142, STL9153-2014, STL6790-2020, STL310-2020 y STL12298-2021)**), ya que, dicha motivo de finalización del vínculo laboral no se halla dentro de la literalidad del artículo

411 del CST; más, como se trata de una causal objetiva de cesación de la relación laboral y no de un despido, es por ello que el órgano de cierre de esta jurisdicción, es que tiene sentada la tesis en mención.

3.4.5. En un caso no idéntico, pero sí muy parecido al presente, por concernir, como aquí acontece, al retiro del servicio de un empleado aforado, pero que ocupaba el cargo en provisionalidad, en razón a que se trataba de incorporar a dicho cargo a su titular que se encontraba encargado en otro empleo, la Honorable Sala de Casación Laboral, en sentencia **STL8015-2022**, concluyó que se trataba de una causal objetiva que no requería previa calificación judicial:

“Entonces, sin entrar a efectuar un análisis exhaustivo, la desvinculación del actor en el 2020, no fue para afectar a la organización sindical, sino para dar cumplimiento y garantizar los derechos de la persona que superó el concurso de méritos, **la cual había sido encargada en otro puesto de la administración**, debido a que el cargo estaba siendo ocupado por el actor en razón a la orden de tutela inicial, que le garantizó el derecho a la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, pero una vez cesó esa protección, **el empleador público se amparó en una causal objetiva para culminar el proceso que había dejado iniciado**”. Se destaca.

3.5. Ahora, la parte demandante en su recurso de apelación, arguyen que, sí debió la empleadora acudir al levantamiento del fuero sindical, porque los traslados, según la jurisprudencia del

Honorable Consejo de Estado, deben obedecer a la necesidad del servicio y, en el caso, el acto administrativo carece de debida motivación y, en la reforma de la demanda, adujo que quien ostenta en propiedad el cargo, perdió los derechos de carrera por estar más de 15 años en calidad de encargo en otro empleo.

3.5.1. Sobre el particular, la Sala hace ver que, con las anotadas glosas de la apelante, lo que en últimas se está cuestionando es la legalidad de los actos administrativos, por una falsa motivación de estos o una desviación de poder de la demandada, lo cual no es de resorte del proceso de fuero sindical de reintegro, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional (**Vid. CC Sentencia T-220 de 2.012**) y de la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. CSJ Sentencia STL8804-2022**).

3.5.2. Así, la guardianiana de la Carta, en la aludida sentencia **T-220 de 2.012** expresó:

“Siendo así, **la Corte ha considerado que el juez laboral que se pronuncia sobre la legalidad del despido o desmejora de las condiciones laborales, en el marco de una acción especial de reintegro por fuero sindical, desconoce el artículo 29 de la Constitución**, de acuerdo con el cual nadie puede ser juzgado sino por juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio. Por consiguiente, las acciones de permiso y reintegro reguladas en los artículos 113 y siguientes del Código Procesal del

Trabajo, dada su especialidad, no pueden ser utilizadas sino conforme la finalidad indicada en la ley”. Se destaca.

3.5.3. A su turno, la Honorable Sala de Casación Laboral, en la sentencia **STL8804-2022**, señaló:

“El proceso derivado de la acción que inicie el trabajador pretendiendo su reintegro por desconocimiento de la norma sobre fuero sindical tiene como único propósito determinar si el trabajador estaba aforado y si el empleador surtió el procedimiento normado para dar por terminado el contrato de trabajo.

Así lo analizó la Corte Constitucional en sentencia CC T–220-2012, en la que señaló:

En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho”.

3.5.4. Igualmente, el Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia de 8 de junio de 2.020, señaló en un proceso especial de reintegro por fuero sindical, que el contenido y la legalidad del acto administrativo no es del resorte de dicho proceso; sentencia aquella que la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencia STL7837-2020, la estimó razonable:

“Finalmente, adujo que la falta de constancia de notificación personal de la Resolución n.º 779 de 28 de marzo de 2019 no

implica, *per se*, la prosperidad del reintegro, toda vez que (i) la acción de fuero sindical – reintegro se encuentra prevista para verificar si al empleador le asistía la obligación de solicitar autorización para realizar el despido, y (ii) los elementos de prueba dan cuenta que la petente tenía conocimiento del concurso, que no figuraba en la lista de elegibles y la naturaleza provisional de su nombramiento; de manera tal que *«si lo pretendido es debatir el contenido y legalidad de dicho acto administrativo, el escenario natural será la jurisdicción de lo contencioso administrativo»*.

De lo antedicho no se extraen unas definiciones irracionales, arbitrarias o irregulares, motivo por el cual no le es permitido al juez constitucional entrar a controvertir la decisión judicial objetada so pretexto de tener una opinión diferente”.

3.6. Conforme a los precedentes citados, deviene que la prueba testimonial cuya ausencia de valoración se acusa en la apelación, viene a ser pertinente para proceso destinado a cuestionar la legalidad de actos administrativos por desviación de poder y falsa motivación, más no para el presente concerniente a la acción especial de reintegro por fuero sindical.

3.7. Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

#### **4. Costas**

Dado que no hubo intervención de la parte demandante, no se impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 376-8”).

### **VI. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

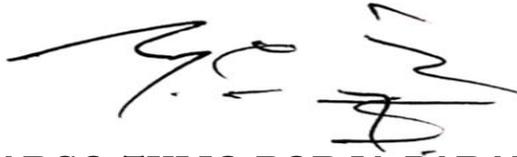
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**TERCERO:** Oportunamente vuelva el expediente a su Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MAGISTRADOS**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**  
**Magistrado**



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
**Magistrado**



**KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**  
**Magistrada**

## Contenido

FOLIO 417-2022.....	1
Radicación n° 23-001-31-05-003-2022-00070-01 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN .....	1
II. LA SENTENCIA APELADA .....	2
III. EL RECURSO DE APELACIÓN.....	2
IV. TRÁMITE EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA .....	3
V. CONSIDERACIONES.....	3
1. Presupuestos procesales .....	3
2. Problema jurídico a resolver.....	3
3. Solución al problema planteado .....	4
4. Costas .....	11
VI. DECISIÓN .....	11
RESUELVE: .....	11

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**

**ORDINARIO LABORAL**  
**Expediente 23-001-31-05-003-2018-00413-01 Folio 427-21**  
**DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE**

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

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **FABIAN ENRIQUE BRAVO BRACAMONTE** contra **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **I.I Pretensiones.**

El actor presentó demanda ordinaria laboral contra INDEGA S.A, a fin de que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido desde el día 08 de julio de 2015, sin solución de continuidad, como consecuencia de lo anterior, solicita al despacho se sirva condenar a la demandada a cancelarle las diferencias respecto al salario real que debía percibir como MOVILIZADOR y OPERARIO MONTACARGAS, incremento salarial, prima extralegal de junio, navidad, vacaciones y de antigüedad, auxilio de alimentación contemplados en la convención colectiva de trabajo, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, cotizaciones en pensión, sanción por no pago de cesantías e intereses sobre las cesantías, indexación de todas las condenas y condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

#### **I.II Hechos.**

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

1. Indica el demandante que labora al servicio de INDEGA S.A., desde el 08 de julio de 2015.
2. Alega que la empresa INDEGA S.A, ha ocultado el contrato realidad que se desarrolla a través de las empresas CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S y COMPAÑÍA DE SERVICIOS COMERCIALES S.A.S – ATECOM.

3. Manifiesta el accionante que el día 08 de julio de 2018, suscribió contrato de trabajo por obra o labor determinada con CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, para desarrollar sus labores en INDEGA S.A.

4. Arguye el actor que el contrato de trabajo aparente suscrito con la empresa CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, se estableció como cargo el de OPERADOR LOGISTICO.

5. Indica el demandante que desempeñó labores de MOVILIZADOR a favor de INDEGA S.A, desde el día 08 de julio de 2015 hasta el mes de noviembre de 2016.

6. Manifiesta que desempeña funciones de OPERADORIO MONTACARGAS a favor de INDEGA S.A, desde octubre de 2016 hasta la actualidad.

7. Afirma el actor que INDEGA S.A, ocultó la verdadera relación laboral existente a través de un aparente contrato de trabajo por obra o labor con CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.

8. Seguidamente, manifiesta que el 31 de octubre de 2014 INDEGA S.A y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, dieron por finalizado por mutuo acuerdo los contratos mediante los cuales la última prestaba sus servicios de tercerización laboral.

9. Manifiesta que INDEGA S.A., tiene suscrito un contrato de mandato con la empresa COMPALIA DE SERVICIOS COMERCIALES S.A.S – ATECOM, mediante la cual esta última es mandataria de la primera para realizar pagos a terceros de cualquier índole.

10. Alega que ATECOM S.A.S, suscribió contrato con la sociedad CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, para el PROYECTO ATECOM MONTERÍA.

11. Indica que el poder de subordinación era ejercido por los directivos de la empresa INDEGA S.A.

12. Arguye el actor que, la empresa INDEGA S.A. es quien se beneficia de los servicios personales prestados por el actor como MOVILIZADOR y OPERARIO MONTACARGAS, como quiera que las desarrolla al interior de las instalaciones de la agencia en Montería y bajo órdenes de sus directivos.

13. Arguye que recibe como remuneración del servicio personal que presta a favor de INDEGA S.A, un sueldo básico de un salario mínimo legal mensual vigente, como consta en las colillas de pago.

14. Afirma que, los MOVILIZADORES y OPERARIOS MONTACARGAS que aún, se encuentran vinculados laboralmente de manera directa a INDEGA S.A, perciben un salario diferente y superior al que le era pagado.

15. Manifiesta el accionante que actualmente se encuentra afiliado a la Subdirectiva Montería del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SISTEMA AGROALIMENTARIO-SINALTRAINAL, y a la subdirectiva

Montería del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES AGROALIMENTARIOS DE COLOMBIA-SINTRAGROCOL.

16. Indica que goza de fuero sindical por pertenecer a la junta directiva de subdirectiva Montería de SINTRAGROCOL, en el cargo de SECRETARIO DE INVESTIGACIÓN.

17. Indica el demandante que es beneficiario de los derechos convencionales acotados anteriormente, desde la fecha de inicio de sus labores como trabajador de INDEGA S.A, es decir, desde el 08 de julio de 2015 y en lo sucesivo hasta que finalice la relación laboral.

### **I.III Contestación de la demanda.**

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA INDEGA S.A:**

Admitida la demanda y notificada en legal forma, se tuvo por contestada por parte del demandado, el cual se pronunció anunciando no ser ciertos los hechos narrados en la demanda y en lo que respecta a las pretensiones se opone a la totalidad de las mismas, ya que carecen de fundamento legal y jurídico y además, por cuanto lo expresado en la demanda no corresponde con lo verdaderamente ocurrido, y propuso como excepciones "excepción de inexistencia de la obligación, prescripción y compensación".

**SEGUROS DEL ESTADO S.A:** dio contestación a la demanda, en cuanto a los hechos manifestó que no les constan y en lo que concierne a las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas.

Propuso como excepciones "*inexistencia de la relación laboral y solidaridad con respecto a INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A - INDEGA S.A, imposibilidad jurídica y contractual para afectar la cobertura de la póliza expedida por mi representada sin sentencia judicial que determine una obligación de pagar por parte del asegurado, prescripción y cualquier otra excepción que resulte probada dentro del presente proceso en virtud de la ley, conforme al artículo 282 de Código General del Proceso*".

## **II. SENTENCIA APELADA**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, mediante sentencia de fecha 11 de noviembre de 2021, resolvió declarar no probada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas las pretensiones, declaró probada la excepción de mérito INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuesta por la demandada y condenó en costas a la parte demandante.

En síntesis, la Juez de Primera Instancia indicó que en el caso bajo estudio de las pruebas testimoniales se extrae que conocieron al actor prestando los servicios contratados por la empresa contactamos outsourcing S.A.S, en las instalaciones de INDEGA S.A, y que la empresa contactamos era quien le daba las pautas de trabajo, asimismo, le cancelaba su salario y prestaciones.

Se logró acreditar que efectivamente el actor fue empleador de contactamos y que desarrollaba sus servicios personales bajo la subordinación de contactamos y esta le cancelaba el salario que devengaba. Lo que hace imposible la declaración pretendida pues no se da el elemento subordinación y pago de salario necesarios para la declaración de un contrato laboral.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

#### III.I. Recurso de apelación parte demandante:

El vocero judicial de la parte demandante presenta recurso de apelación contra la decisión adoptada por el despacho, en consecuencia, solicita al Tribunal Superior de Montería revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, toda vez que, existe evidentemente entre el demandante y la empresa INDEGA S.A., un contrato laboral.

Indica el apoderado judicial del demandante que el despacho desconoce el principio de la realidad sobre las formas contractuales, teniendo en cuenta que si bien es cierto el contrato de obra o labor que suscribe contactamos con el cliente en vigencia del contrato de prestación de servicio que tenía CONTACTAMOS con ATENCOM, no resulta menos cierto que, en el debate probatorio quedó acreditado que no tenía ningún tipo de relación de coordinación con ATECOM para el cumplimiento de dicho contrato, por el contrario quedo acreditado que INDEGA ejercía esa función de control a través del especialista en operación señor Alirio Plaza y Leonid Burgos en su condición de encargado de la planta de producción de planta.

Alega que existió prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de INDEGA, más allá de que no hubiera contrato entre CONTACTAMOS e INDEGA al momento del proceso de selección del demandante. Seguidamente, frente a los testimonios que aporta la demandada, manifiesta que son testigos que llegaron al centro de distribución de Montería en el año 2018, y el despacho tiene como prueba el conocimiento de estos testigos respecto a un proceso de contratación que se surtió con anterioridad de los mismos a la compañía, por lo que, carece de fundamento factico el fallo para tener en cuenta lo manifestado por estos testigos. Aunado a ello, indica que todos los testigos coinciden que el demandante prestaba sus servicios a favor de INDEGA.

De otro lado, manifiesta que contrario a lo indicado por el Juez de Primera Instancia, existía subordinación por parte del personal de INDEGA respecto al demandante, aun en periodos en los cuales no existía vínculo contractual alguno entre la simple intermediaria contactamos y la demandada. Asimismo, manifiesta que con la prestación personal de los servicios del actor a favor de INDEGA, se acredita o se activa la presunción legal del artículo 24.

Arguye que, las funciones que desempeñaba el actor hacen parte del giro ordinario de la empresa y guardan estrecha relación con el objeto social de INDEGA, respecto a los equipos de trabajo que utiliza el actor son de propiedad de INDEGA. En tal sentido, está probado y reconocido por los testigos que el propietario de las maquinas montacargas donde se traslada el producto que produce INDEGA, así como sus camiones son de propiedad de la demandada.

Respecto a la remuneración del actor, señala el recurrente que, existe una relación de triangulación laboral entre INDEGA y contactamos, los mismos testigos señalaron que contactamos tenía la labor de contratar para prestar los servicios para operación logística a favor de INDEGA en el periodo que no tenía ningún contrato con INDEGA, por lo que, se desvirtúa la triangulación laboral que es permitida efectivamente en Colombia bajo unos parámetros, y ese rompimiento de esos parámetros la convierte en ilegal. Teniendo en cuenta que existe la presunción del artículo 24 del CST, correspondía a la empresa desvirtuar la existencia de los elementos del contrato de trabajo circunstancia que no se evidencia.

Finalmente, indica que en el expediente milita convención colectiva para el periodo 2014 a 2016, la cual establecía una prohibición para INDEGA, es decir, la demandada desconoce la convención colectiva de trabajo.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los voceros judiciales de las demandadas hicieron uso de esta etapa procesal, manifestando que, debe ser confirmada la sentencia de primera instancia toda vez que de acuerdo a lo probado en el proceso, se encuentra ajustada a la ley y jurisprudencia. El apoderado judicial de la parte demandante guardó silencio.

#### **V. CONSIDERACIONES:**

##### **V.I. PRESUPUESTOS PROCESALES.**

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, y además, no han sido discutidos por las partes en esta instancia, razón por la cual se procede a desatar de fondo los recursos de apelación.

##### **V.II PROBLEMA JURÍDICO**

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación impetrado, esta Sala debe determinar: **i)** *si existió contrato de trabajo entre el demandante y la demandada INDEGA S.A, para efectos de esclarecer dicho interrogante, la Sala puntualizarán algunas consideraciones concernientes: (ii) sobre las cargas probatorias que incumben a las partes cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo; y, (iii) la tercerización e intermediación laboral (iv) Determinar si el demandante tiene derecho a la nivelación salarial o pago de diferencias salariales, (v) Finalmente, establecer si tiene derecho a los beneficios convencionales solicitados en la demanda.*

##### **V.II.I. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo**

Al trabajador demandante le incumbe probar la prestación personal del servicio, y con ello, se presumen los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la remuneración, y en tal evento, le correspondería al demandado desvirtuar la subordinación (**Vid. Art. 24 CST y Sentencias SL1378-2018, SL10546-2014, SL, 24 abr. 2012, rad. 39600 y SL, 5 ag. 2009, rad. 36549**).

Asimismo, es del resorte del trabajador acreditar otros hechos esenciales para obtener a su favor las condenas salariales, prestacionales e indemnizatorias, como, por ejemplo, los extremos temporales de la relación, la jornada laboral, el monto del salario y el despido, entre otros hechos (**Vid. sentencia SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377 y SL, 24 abr. 2012, rad. 41890**).

##### **V.II.II. Tercerización e intermediación laboral**

La tercerización y la intermediación laboral tienen que ver con lo que se denomina *relaciones triangulares o triangulaciones laborales*, que se establecen entre tres sujetos que ocupan sendas posiciones distintas, a saber: **i)** Un sujeto que se beneficia de un servicio, un producto o una provisión de personal, denominado *beneficiario, contratante o empresa usuaria*; **ii)** Un contratista que podrá ser una EST, una PCTA y CTA, un contratista independiente, una asociación sindical, una empresa asociativa de trabajo, o un sujeto que en todo caso **provea** un producto, un servicio, o un suministro de personal -o sea el proveedor del producto, servicio

o *personal*-; y, **iii**) Los trabajadores, prestadores de servicios, contratistas, asociados, sindicalistas o en general aquellas personas naturales que prestan sus servicios con las condiciones particulares de cada institución.

Como puede observarse, tales relaciones triangulares se derivan de la contratación o subcontratación para la producción de bienes o para la prestación de servicios, o bien de la contratación o subcontratación de mano de obra. En los dos primeros casos, esto es, para la producción de bienes o para la prestación de servicios, se está en presencia de la *tercerización laboral*, conocida también como *outsourcing*, en tanto que, en el último caso, es decir, para el suministro de personal o mano de obra, estamos en presencia de la intermediación laboral (**Vid. Scheinder, B, Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Bogotá D.C.: Norma, pág. 32**) y para el Consejo de Estado Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia 6 jul. 2017, Rad. 11001-03-25-000-2016-00485-00[2218-16], C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez).

Pues bien, en la tercerización laboral, o sea en la subcontratación de producción de bienes o de prestación servicios, el contratista, **con sus propios medios, instrumentos y personal**, realiza la producción del bien o la prestación de servicios contratados, **sin que el contratante intervenga en la ejecución del encargo**, sino apenas en su vigilancia, no mediando relación laboral entre él *-el contratante o beneficiario de los bienes o servicios-* y quienes materialmente producen tales bienes o prestan tales servicios.

Ahora, la tercerización laboral en Colombia es lícita, y, por ende, el beneficiario o contratante no adquiere la condición de empleador, y en algunos eventos tampoco el proveedor (CTA, PCTA y Asociación Sindical), **siempre y cuando no se incurra con ella en prácticas de intermediación laboral**.

A su turno, la intermediación laboral, en sentido amplio, comporta tres dimensiones:

- i) Una **primera dimensión** es la que consiste en la actividad de poner en contacto a oferentes de mano de obra o fuerza de trabajo con demandantes de ésta, es decir, a trabajadores y a empleadores. En esta, el simple intermediario no adquiere ningún tipo de responsabilidad laboral, pues no ejerce subordinación y su intervención cesa cuando el oferente y demandante de la fuerza de trabajo celebran el contrato laboral.
- ii) La **segunda dimensión**, consiste en la agrupación y coordinación de trabajadores para que ejecuten actividades con **elementos y patrimonio de propiedad del contratante**, para el beneficio de éste *-del contratante-*. En esta modalidad, el beneficiario o contratante viene a ser el empleador directo, en tanto que el proveedor de personal es un simple intermediario, quien responde solidariamente con el empleador de las obligaciones laborales, en caso de no declarar su calidad de intermediario y el nombre del empleador (Vid. Art. 25, num. 2º, CST).

En esta modalidad o dimensión, el intermediario no es un contratista independiente, porque éste *-el contratista independiente-* lo que entrega es un bien o servicio, cuestión que no cabría predicar si, para la producción de ese bien o servicio, se usan las instalaciones, equipos, materiales y/o maquinarias del beneficiario, o si no lo hace con libertad

y autonomía técnica y directiva (**Vid. CST, Arts. 34-1° y 35-2°; y, sentencia SL16350-2014 y la SL868-2013, reiterando la SL, 27 oct. 1999, rad. 12187**).

No obstante lo anterior, en esta segunda modalidad o dimensión de la intermediación laboral, existe una excepción en la que, el proveedor de la mano de obra o personal sigue siendo el empleador director, a pesar de que el trabajador realice la labor usando las instalaciones, equipos, materiales y/o maquinarias del beneficiario y bajo la subordinación de éste, siendo esa excepción la que conciernen al suministro de trabajadores en misión por parte de las EST, quienes son las únicas autorizadas para ello, siempre y cuando dicho suministro sea para ejecutar de forma temporal actividades misionales del beneficiario, es decir, propias del giro normal u ordinario de sus negocios (**Vid. Arts. 71 y ss. Ley 50/90; 10, 19-9° y 20-1° y 2° del D. 4369 de 2006; 63 L. 1429/2010; y, 1° y 2° del D. 2025/2011, entre otros; y, Sala de Casación Laboral, Sentencias SL6621-2017 y SL, 25 mayo 2010, Rad. 35.790; y, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia 6 jul. 2017, Rad. 11001-03-25-000-2016-00485-00[2218-16], C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez**)<sup>1</sup>.

A esta excepción mencionada, hace alusión los artículos 57 de la Ley 50 de 1990; 1° del Decreto 2025 de 2011, reglamentario de la Ley 1233 de 2008, y 63 de la Ley 1429 de 2010, al precisar la segunda norma descrita que: *«Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones»*, y además, estableció que esa *«actividad es propia de las empresas de servicios temporales»*.

Y, para acercar ya del todo este marco teórico a lo que es objeto de decisión en este caso, iterase que, conforme al análisis conjunto o sistemático de los artículos 34-1° y 35-2° del CST, es dable inferir, entre otras, la siguiente conclusión:

No es contratista independiente, y, por tanto, no es el empleador directo, sino un simple intermediario, aun cuando aparezca como empresario independiente, aquel que agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos misionales del beneficiario de dichos servicios, si para la ejecución de éstos se utilizan recursos, equipos u otros elementos de un del mentado beneficiario, y, más aún, si quien aparece en el rol de contratista independiente no obra con libertad y autonomía técnica y directiva.

Al respecto, ha señalado la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL868-2013, reiterando la SL, 27 oct. 1999, rad. 12187, lo siguiente:

“Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

<sup>1</sup> También la doctrina, vid.: Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, pág. 13; Ermidia & Colotuzzo, 2009, pág. 29); Ermidia, O., & Colotuzzo, N. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Bogotá D.C.: Norma, pág. 29.; Pérez García, M, *Contratación laboral, intermediación y servicios*, 2012, pág. 94; Pérez García, M, 2006, *Doctrina y alcance de la temporalidad laboral*. Bogotá D., citados en “La Licitud De La Tercerización Laboral Y La Intermediación Laboral En Colombia: Análisis De La Postura Del Ministerio Del Trabajo A Partir Del Ordenamiento Jurídico Colombiano.” Autores: Mariana Góez Mondragón; José Jaime Posada Molina; Universidad EAFIT. [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/9759/PosadaMolina\\_JoseJaime\\_GoezMondragon\\_Mariana\\_2016.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/9759/PosadaMolina_JoseJaime_GoezMondragon_Mariana_2016.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

'a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

'b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario "representante" del empleador".

Y, en la **SL16350-2014**, dijo la Corte:

El contratista independiente ejecuta directamente la obra o el servicio, lo hace con sus trabajadores, **con sus propios medios y obra con plena autonomía patronal**".

Entonces, una vez puntualizados los conceptos de tercerización e intermediación laboral, contratista independiente e intermediario, pasa ahora la Sala a resolver los interrogantes que conforman los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia.

Para resolver se hace necesario revisar el material probatorio recaudado en el plenario, de las documentales allegadas por la parte demandante se evidencia a folio 17-25 del expediente colillas de pago de salarios del demandante, por parte de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, en la que se indica que se desempeñaba como operador logístico; a folio 26 se observa certificado laboral expedido por CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, en el que consta que el demandante se desempeña como operador logístico desde el 08 de julio de 2015.

Seguidamente, se evidencia carnet de operador montacargas (fl 27), certificado laboral Leoncio Vega (fl 29), Afiliación porvenir S.A (fl 30), historia laboral (fl 31-33), constancia registro de creación y junta directiva SINALTRANAL (fl 34), acta acuerdo de terminación contrato INDEGA S.A y CONTACTAMOS (fl 36), respuesta petición (fl 37), derecho de petición a INDEGA (fl 38), acta de acuerdo (fl 39), auto No 00001729 procedimiento sancionatorio (fl 40-41), constancia deposito convención colectiva (fl 42-43), convención colectiva 2014-2016 ( fl 44-82), deposito convención colectiva de fecha 04 de abril de 2018 (fl 83-84), convención colectiva 2018-2020 ( fl 85-122), cámara de comercio (fl 123), respuesta petición (fl 131), contrato de obra o labor (fl 132), tarifas Montería 2018 (fl 133), respuesta petición (134-135).

De las aportadas por la parte demandada, se observa a folio 194 certificado por parte de la analista de recursos humanos de INDEGA, acta terminación mutuo acuerdo por parte de INDEGA Y CONTACTAMOS OUTSOURCING (195-196), contrato de prestación de servicios PSR00073 (fl 195-215), cesión posición contractual contrato PSR00073 (216-217).

Ahora bien, es pertinente indicar que la Sala encuentra acreditado por la parte demandante, que prestó sus servicios personales en las instalaciones de INDEGA, para beneficio de esta, sin solución de continuidad, desde el 08 de julio

de 2015, tal como consta en el certificado laboral expedido por CONTACTAMOS, hasta la fecha del inicio de la celebración de la audiencia del artículo 80 del CPTSS (11 de noviembre de 2021), los continuaba prestando.

De acuerdo a lo anterior, el actor ha laborado alrededor de 6 años, prestando sus servicios en beneficio de INDEGA, y en las instalaciones de esta, siempre contratado o vinculado supuestamente por algún contratista independiente, en el presente caso CONTACTAMOS.

Como prueba de lo anterior, al realizarse un análisis exhaustivo del acervo probatorio, se evidencian las declaraciones de los señores LUIS CARLOS OCHOA FUENTES, ALVARO ARISMENDY, MARIO ABELLO.

En cuanto al testigo **LUIS CARLOS OCHOA FUENTES**, este manifestó al ser interrogado que, trabaja en el cargo de verificador en INDEGA, conoce al señor Fabián desde hace aproximadamente 5 o 6 años laborando en la compañía, indica que el demandante realiza sus funciones en la compañía, pero labora para contactamos. **PREGUNTADO:** ¿usted alguna vez escucho órdenes que le diera Mario Abello al señor Fabián? **RESPONDIÓ:** si, igual el señor Fabián tenía ordenes de contactamos, pero también tenía órdenes directas de parte del personal de la compañía. **PREGUNTADO:** ¿Cómo sabe eso? **RESPONDIÓ:** porque yo trabajo en el mismo espacio concerniente con la bodega y yo veía esos mandos del señor Mario como del jefe de operaciones el señor Alirio también daba órdenes a cualquiera de nosotros sea de la compañía o de contactamos. **PREGUNTADO:** ¿hay algún personal contratado directamente por INDEGA que también realice la función de transporte de esta materia prima? **RESPONDIÓ:** si hay una persona en R2 que está autorizado para esa función, pero él no siempre está disponible, él también puede bajarla pero si en el momento no está lo hace cualquier montacargas. **PREGUNTADO:** ¿Quién es el propietario de los montacargas en las que ha visto realizar funciones al señor Fabián? **RESPONDIÓ:** Las montacargas son de la compañía porque tienen un plaqueteado que la hace notar que es activo de INDEGA. **PREGUNTADO:** ¿conoce quien le impone horario al señor Fabián? **RESPONDIÓ:** El señor Fabián como dije hay un muchacho que revisa los horarios, pero el señor Alirio puede autorizar el horario que le convenga.

El señor **ALVARO JOSE ARISMENDY**, indicó que labora como auxiliar de tráfico de INDEGA, manifestó que conoció al demandante en la empresa, porque comparten labores, ya no tanto, sin embargo, esta de movilizador todavía las comparte, en el sentido de que debe verificar el carro y su compañero mueve el carro. De otro lado, indicó al ser interrogado **PREGUNTADO:** ¿tiene conocimiento quien imparte órdenes al señor Bravo? **RESPONDIÓ:** me imagino que su superior. **PREGUNTADO:** ¿conoce al señor Alirio Plaza? **RESPONDIÓ:** Claro. **PREGUNTADO:** ¿Ha presenciado que le impartan órdenes al señor Fabián? **RESPONDIÓ:** Alirio Plaza fue 15 años mi jefe, toda la vida impartía órdenes en el patio a Fabián y muchos más. **PREGUNTADO:** ¿conoce al señor Mario Pastrana? **RESPONDIÓ:** Claro **PREGUNTADO:** ¿usted ha visto que el señor Mario Pastrana haya realizado llamados de atención o capacitaciones en materia de seguridad al demandante? **RESPONDIÓ:** Mario Pastrana por lo general cuando hace capacitaciones no solamente asisten los muchachos de contactamos, casi siempre asiste la gente que está involucrada en la operación. **Preguntado:** ¿tiene conocimiento quien es el propietario de los camiones que moviliza el señor Fabián? **RESPONDIÓ:** INDEGA, los camiones tienen el logotipo de coca cola y todo lo demás. ¿Quién es el propietario de las maquinas montacargas? **Respondió:** no sabría decirte porque en un tiempo se arrendaban algunas, la verdad no se ahora mismo quien es el propietario. **PREGUNTADO:** ¿tiene usted

conocimiento sobre quien impone los horarios del demandante? RESPONDIÓ: o sea, ellos pueden tener una directriz interna pero casi siempre todos los horarios de las operaciones como tal, la cabeza visible de eso era Alirio Plaza, era quien organizaba los horarios según la conveniencia de la compañía.

En lo referente al testigo **MARIO ABELLO**, indicó que fue coordinador de un proyecto desde septiembre de 2018, hasta febrero de 2020, manifiesta que conoce al demandante cuando ingreso a laborar como coordinador ya el prestaba sus servicios a la empresa que representaba, en el cargo de operador logístico en la parte de movilización de vehículos, alega que el señor Fabián estaba en ese cargo desde el 2015 y que el cómo coordinador del proyecto estaba encargado de toda la operación logística y daba las indicaciones. Seguidamente, manifiesta que el demandante realizaba la labor de movilizador dentro de las instalaciones.

El señor **FABIAN ENRIQUE BRAVO BRACAMONTE**, al ser interrogado manifestó que es operador de montacargas y movilizador de camiones en coca cola, que le pedía permiso al señor Alirio cuando se presentaba alguna novedad, alega que contactamos paga sus prestaciones, pero que cuando trabaja en la empresa instalaciones de INDEGA, el señor Alirio Plaza era quien le daba las órdenes, indica que hay una planilla una semana de tarde otra de día, anteriormente el personal era convocado por el señor Alirio Plaza, si bien tenían coordinador a veces los ponían a hacer una labor y el señor Alirio decía que no era esa sino otra, asimismo, indica que el INDEGA el que escoge el personal que va a laborar es el jefe de operaciones.

En ese orden de ideas, de las pruebas testimoniales considera esta Corporación que si bien los testigos se contradicen al momento de referirse a las fechas y horarios en que laboró el demandante, todos concuerdan al afirmar que el demandante prestó sus servicios en las instalaciones de INDEGA.

Así que, acorde con la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL082-2021, SL3990-2020, SL3085-2019, SL1375-2018, SL905-2013 y 22 mar. 2006, rad. 25580**), cabría inferir que el demandante viene prestando sus servicios personales de forma continua desde el desde el 08 de julio de 2015, tal como consta en el certificado laboral expedido por CONTACTAMOS, hasta la fecha del inicio de la celebración de la audiencia del artículo 80 del CPTSS (11 de noviembre de 2021), los continuaba prestando, siempre en las instalaciones de INDEGA, beneficiándose ésta de los servicios del actor.

De conformidad con lo anterior, es de aceptarse la activación de la presunción del contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, desde el 08 de julio de 2015 y hasta, por lo menos, el 11 de noviembre de 2021.

Ahora bien, para desvirtuar presunción establecida en el artículo 24 del CST, la labor probatoria de INDEGA S.A. se limitó a tratar de acreditar la Subordinación del actor a CONTACTAMOS, y, además, la legalidad de la tercerización de sus actividades logísticas a ATENCOMP S.A.S y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, en tiempos en los que el demandante prestó los servicios a través de CONTACTAMOS. Sin embargo, ello no desconoce la presunción de contrato de trabajo en el tramo temporal anterior, pues ninguna prueba trajo la parte demandada para desvirtuar la misma para dicha época.

En ese orden, se tiene que el señor FABIAN BRAVO, ha prestado o venido prestando sus servicios personales a través de CONTACTAMOS desde el 08 de

julio de 2015, en las instalaciones de INDEGA, beneficiándose ésta de tales servicios, a juicio de la Sala, también se impone aceptar como verdadera empleadora de aquél, a INDEGA, a pesar de la labor probatoria de esa empresa con documentos (contratos comerciales), y testimonios rendidos en el plenario, tratando de acreditar la subordinación de ese trabajador a CONTACTAMOS y la tercerización de sus operaciones o actividades logísticas a CONTACTAMOS, luego a ATENCOMP y después nuevamente a CONTACTAMOS, pues no debe olvidarse que en la tercerización, a diferencia de la intermediación, el tercero o contratista provee bienes o servicios, más no es de su resorte limitarse al sólo suministro de mano de obra o de trabajadores, pues, no es la provisión de personal, sino, como se dijo, de bienes o servicios lo caracterizador y permitido en este modo de descentralización de las actividades (**Vid. Sentencias SL4479-20, SL467-2019 y SL3171-2019**).

Así las cosas, en el caso bajo estudio, lo realmente importante no es si a INDEGA le era dable o no tercerizar sus actividades u operaciones logísticas. Ello, entiende la Sala, le es perfectamente posible, pues se acepta que son actividades conexas o de apoyo a su actividad principal de producción; empero, esa tercerización, a fin de ser legítima, no puede consistir única y exclusivamente en proveer mano de obra, que es lo aquí acontecido, ya que acreditado está que es sólo eso lo aportado por CONTACTAMOS: mano de obra o trabajadores uniformados, a saber: Operadores logísticos y un coordinador. Ningún otro valor agregado aporta.

De otra parte se evidencia, que ni las órdenes que el coordinador de CONTACTAMOS da al demandante, resultan suficientes para desvirtuar la presunción de contrato de trabajo de éste con INDEGA, porque hay otros indicios de laboralidad que fortalecen esa presunción y que reducen tales órdenes a la sola función de agrupar o coordinar los servicios de trabajadores, lo cual no es suficiente para aceptar la legitimidad de la tercerización, ya que ello no escapa del ámbito de la intermediación, tal como claramente lo estipula el numeral 2º del artículo 35 del CST.

Por tal razón, no puede pasarse por alto que, la actividad de movilizador, que ha venido realizando el actor en las propias instalaciones de INDEGA. En cuanto a la labor de montacarga alegada por el demandante esta no se logra acreditar, pues los testigos no son congruentes en establecer si el actor cumplía esta labor de montacarga, en lo que si fueron coincidentes era en su labor de movilizador, labor que realiza con camiones de propiedad de esa comitente INDEGA.

Ahora bien, es pertinente traer a colación lo dicho por esta Corporación en sentencia radicado 2018-00399, folio 220-2020, Magistrado ponente MARCO TULIO BORJA PARADAS de fecha 12 de marzo de 2021, en un caso muy similar, se dijo:

“Por otra parte, la persistente injerencia de trabajadores directos de INDEGA (ALIRIO PLAZAS y LEONID BURGOS) en las labores realizadas por el demandante, lo cual aparece acreditado con los testimonios de MARCO AURELIO MORALES FUENTES, LUIS EDUARDO DE HOYOS ACOSTA y JHON JAIRO HERNÁNDEZ CUADRADO, así esas injerencias puedan calificarse como actos de coordinación o incluso de supervisión, y no de subordinación, por efectuarse la mismas, como se dijo, de forma persistente, y, precisamente, en los precisos momentos de ejecución de la actividad, la que consistió, como se dijo, en la conducción de vehículos de la empresa comitente (montacargas), en las instalaciones de ésta, y, además, en el armamento, clasificación, cargue y descargue de materia prima que es también de esa misma empresa, permiten concluir la integración del actor en la estructura organizativa de dicha empresa, lo cual es otro indicador de la

relación de trabajo (**Vid. Recomendación n.º 198 de la OIT**). Al respecto, ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4479-2020:

“Al respecto, a modo de doctrina autorizada, conviene recordar que de acuerdo con la Recomendación n.º 198 de la OIT, uno de los indicadores de la relación de trabajo es la «integración del trabajador en la organización de la empresa», criterio que en tratándose de empresas en red o grupos empresariales es bastante útil para definir quién es el verdadero empleador, y que, en este caso, se refleja en el hecho de que los accionantes estaban asignados a las sedes de Codensa S.A., conducían sus vehículos, transportaban (...) sus materiales, y seguían las rutas prediseñadas por esta sociedad. Es decir, hacían parte de la estructura organizativa o productiva de Codensa (...)”.

Se suma a lo dicho, que el trabajo del demandante siempre lo ha efectuado únicamente en beneficio de INDEGA y no otros clientes de CONTACTAMOS, lo cual es también indicio de relación laboral con la beneficiaria de los servicios, según la mentada **Recomendación n.º 198 de la OIT** y la predicha sentencia **SL4479-2020**:

“El trabajo era efectuado únicamente en beneficio de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, y no de otros clientes de Galaxtet, criterio que también ha sido incluido en la Recomendación n.º 198 de la OIT como indicativo de una relación de trabajo.”

De conformidad con lo anterior, se tiene que la injerencia de trabajadores directos de INDEGA, en el presente caso el señor ALIRIO PLAZA, en el desarrollo de las actividades del demandante, lo cual se encuentra acreditado con algunos testimonios como el de los señores LUIS CARLOS OCHOA FUENTES, ALVARO ARISMENDY, lo cual puede calificarse como actos de coordinación o incluso de supervisión, y no de subordinación, por efectuarse las mismas de forma persistente, en los momentos de ejecución de la actividad, la cual consistió en el cargo de movilizador, esto es, la conducción de vehículos de la empresa comitente, en las instalaciones de ésta. Lo cual permite concluir la integración del actor en la estructura organizativa de dicha empresa, lo cual es otro indicador de la relación de trabajo.

Aunado a lo anterior, por aproximadamente 6 años INDEGA, ha acudido sucesivamente a contratistas independientes, en este caso CONTACTAMOS, el cual ha utilizado los servicios personales continuos del demandante, lo cual es otro indicio de relación laboral.

Finalmente, de conformidad con el acervo probatorio allegado al plenario, lo que ha realizado CONTACTAMOS, es suministrar trabajadores uniformados (coordinador y operarios), para que ejecuten actividades en instalaciones de la beneficiaria, con maquinaria de la misma, no dista, objetivamente, en nada con lo que hacen las empresas de servicios temporales. Ni siquiera el tema de las órdenes impartidas por un Coordinador, empleado de CONTACTAMOS, denota diferencia con el actuar de las empresas de servicios temporales, pues si bien es cierto que, en el marco de los trabajadores en misión que suministran dichas empresas de servicios temporales, éstas delegan en la usuaria la subordinación, también es cierto que nada se opone a que igualmente ellas ejerzan el poder subordinante.

Ahora, es pertinente indicar que en la actualidad se pregona la evolución del concepto o elemento dependencia-subordinación de la relación de trabajo, como

consecuencia de la aparición de nuevas formas de organización de trabajo, de modo que, para predicar la relación de trabajo, la nota de la dependencia no ha de exigirse de forma rígida, sino flexible, para lo cual resulta de suma importancia establecer si el trabajador ha sido realmente integrante de la organización de trabajo del empresario beneficiario de sus servicios.

Sobre el tema, la Honorable Sala de Casación Laboral, en sentencia **SL4479-2020** expresó:

“Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un *contratista independiente* (art. 34 CST) sino frente a un *simple intermediario* que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal” (Destaca y subraya la Sala la conjunción disyuntiva “o” del texto).

De acuerdo a lo dicho en precedencia, se concluye que la real empleadora del demandante, es la demandada INDEGA S.A. Por tanto, se procederá con el estudio de los demás interrogantes planteados.

### **V.II.III. Nivelación salarial**

Respecto a este tema, el actor alega que tiene derecho a la nivelación salarial, toda vez que INDEGA pagaba a los trabajadores que hacían la misma función del demandante, una mayor remuneración a la devengada por este.

En lo que concierne a la nivelación salarial a causa del desconocimiento del principio de igualdad, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral tiene establecido que al trabajador le incumbe acreditar *«la diferencia de salarios y la identidad de cargo; al tiempo que al empleador le corresponde probar que dicha diferencia obedece a factores objetivos»* (Vid. SL4647-2020 y SL4362-2020 y SL16404-2014).

Ahora bien, del acervo probatorio que milita en el expediente se tiene que de la prueba testimonial, se evidencia que el señor LEONCIO VEGA, quien realizaba la labor de operario montacargas, es de avanzada edad, y se encuentra pensionado.

No obstante, existe deficiencia probatoria en lo atinente a la diferencia salarial alegada por el accionante, pues no se acredita cual era el salario devengado por un movilizador de INDEGA.

### **V.II.IV. Beneficios convencionales reclamados**

En el expediente obra a folios 34-35 se evidencia constancia de registro de creación y primera junta directiva de una subdirectiva o comité seccional, dentro de los cuales se encuentra afiliado el hoy demandante señor Fabián Enrique Bravo. Ahora bien, es pertinente indicar que en el caso bajo estudio de las documentales aportadas se extrae que el actor se encuentra afiliado al sindicato “SINTRAINAL” en el cargo de secretario de investigación, y posteriormente, se evidencia depósito de convención colectiva suscrita entre los sindicatos “SINTRAIMAGRA”, “ASONTRAGASEOSAS”, “SINALTRAINBEC” y “SICO” con la compañía INDEGA.

Esta Sala rectifica el criterio según el cual los beneficios convencionales de las mentadas CCT son extensivo a los trabajadores no sindicalizados, que se había

sostenido en la sentencia del 29 de septiembre de 2020, Rad.2019-00115, Folio 566-19 (M.P. Dr. Cruz Antonio Yáñez Arrieta), el cual se hincó en los respectivos artículos 83 de dichos instrumentos, habida cuenta del precedente de la H. Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencia SL2921-2020**). Además, los sendos artículos 87 de esas CCT expresan que sus beneficios se aplican de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965, es decir, los artículos 470 y 471 del CST. Razones suficientes para establecer que el actor es beneficiario de las convenciones colectivas 2014-2016 y 2018-2020.

En ese orden, respecto al incremento salarial convencional está se realizará de conformidad con el artículo 28 de la CCT, la cual establece que a partir del 01 de marzo de 2019 el incremento está en función del IPC MÁS 1.15 puntos.

Posteriormente, se estudiará la procedencia y liquidación de los beneficios convencionales previstos en dicha CCT y que aparece reclamados en la demanda.

Así las cosas, realizada la liquidación correspondiente por conceptos de prima extralegal de junio, navidad, antigüedad, auxilio de alimentación, así como la reliquidación de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, cotizaciones en pensión de conformidad con el artículo 37 de la CCT, le corresponde cancelar a la parte demandada, las siguientes sumas:

BASE PARA CALCULAR PRESTACIONES SOCIALES							
Período	Año 2015	Año 2016	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020	Año 2021
Enero		91.787	108.759	116.700	109.784	98.645	114.889
Febrero		91.787	108.759	116.700	109.784	98.645	114.889
Marzo		157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	142.624
Abril		157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	142.624
Mayo		157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	142.624
Junio		157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	142.624
Julio	104.951	157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	142.624
Agosto	136.892	157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	142.624
Septiembre	136.892	157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	142.624
Octubre	136.892	157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	142.624
Noviembre	136.892	157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	
Diciembre	136.892	157.021	160.225	156.658	148.332	145.612	-
1/12 P.E. JUNIO	-	73.584	78.555	82.707	86.572	90.859	94.362
1/12 P.E. NAVIDAD	94.735	105.859	112.370	117.809	123.199	129.527	-
1/12 P.E. VACACIONES	-	93.689	99.732	104.779	109.624	115.154	119.262

1/12 P.E. ANTIGÜEDAD	-	-	-	-	-	34.114	42.093
1/12 AUX ALIMENTACIÓN	72.629	78.694	83.479	89.970	93.668	98.173	100.833
PROMEDIO	298.932	497.975	525.783	545.263	554.970	605.611	493.627

Concepto	Año 2015	Año 2016	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020	Año 2021	Total
Cesantías	143.654	497.975	525.783	545.263	554.970	605.611		2.873.257
Intereses sobre Cesantías	8.284	59.757	63.094	65.432	66.596	72.673	-	335.836
Prima de Servicios	143.654	497.975	525.783	545.263	554.970	605.611	246.814	3.120.071
Vacaciones	71.827	248.987	262.892	272.632	277.485	302.806	411.356	1.847.984
<b>TOTAL</b>								<b>8.177.148</b>

CONCEPTO	VALOR
Diferencia Salarial	10.890.011
Auxilio de Alimentación	6.802.189
Prima Extralegal de Junio	6.079.675
Prima Extralegal de Navidad	8.201.985
Prima Extralegal de Vacaciones	7.706.868
Prima Extralegal de Antigüedad	914.477
Auxilio de Cesantías	2.873.257
Intereses Sobre Cesantías	335.836
Prima de Servicios	3.120.071
Vacaciones	1.847.984
<b>TOTAL</b>	<b>48.772.353</b>

De conformidad con lo anterior, se tiene que la demandada debe cancelar a la parte demandante un total de CUARENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTRA Y TRES PESOS (\$48.772.353).

De otro lado, frente a la sanción por no consignación de las cesantías de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, es dable inferir que la conclusión del carácter laboral de la relación, resultó indispensable la presunción de contrato de trabajo del artículo 24 del CST.

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

En efecto, Corte, por ejemplo, en sentencia **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765<sup>2</sup>**, señaló:

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

Y a su turno, en la sentencia **SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767<sup>3</sup>**, expresó:

“Si **la censura invoca** el contenido literal de las aludidas documentales, **para decir que actuó convencida de que no tenía las obligaciones inherentes a las de un empleador** respecto del demandante y por eso no las cumplió, aspecto este, según él, inobservado por el fallador en la valoración de las citadas pruebas, **es de destacar por la Sala, para no darle la razón al recurrente en su infundada acusación, que el juez colegiado declaró la existencia de la relación laboral basado no solo en la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST a la prestación personal del servicio del actor a la sociedad demandada, sino en la constatación, al igual que lo había hecho el a quo, de que la mencionada relación laboral que ligó a las partes sí se había dado bajo la continuada subordinación propia del contrato de trabajo**”. Se destaca.

En la **SL19093-2017**, dijo:

“Encuentra la Sala que deviene procedente [se refiere a la indemnización moratoria del artículo 1º del Decreto 797 de 1949], **dado que se encuentra demostrado dentro del plenario que la demandada actuó en todo momento como un verdadero empleador, exigiendo horario, y utilizando el poder subordinante**, al servicio de la demandada”.

Recientemente en la **SL1426-2018**, señaló la Corte:

“Es el propio demandado el que expresamente reconoce la existencia de un contrato de trabajo, como se puede verificar en el folio 44, en el cual se le recuerdan las funciones que debe cumplir el actor, además de que

<sup>2</sup> M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

<sup>3</sup> M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

**es incontrovertible el ejercicio de la subordinación** y la remuneración por los servicios prestados”.

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

Es más, esta sub-regla a la que se viene haciendo referencia, fue encontrada razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019** y **STL, 13 may. 2020, rad. 59396**.

De conformidad con las razones expuestas se revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se procederá a declarar la existencia de un contrato laboral a término indefinido desde el 08 de julio de 2015.

Como quiera que la sentencia apelada fue revocada totalmente, se procederá a condenar en costas en primera instancia a la parte demandada y en favor del demandante, la cual tasará el juez de conocimiento, por otro lado, con respecto a esta instancia, al no existir intervención de la parte demandante, no se encuentran causadas. (Art.365 CGP).

## VI. DECISIÓN

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

## VII. RESUELVE:

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

**SEGUNDO: DECLARAR** que entre INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS - INDEGA S.A. y el señor **FABIAN ENRIQUE BRAVO BRACAMONTE**, existió un contrato de trabajo, el cual se inició desde el 08 de julio de 2015 y ha seguido vigente por lo menos hasta la fecha de la sentencia apelada.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada al pago de los derechos convencionales reclamados en la demanda, así:

CONCEPTO	VALOR
Diferencia Salarial	10.890.011
Auxilio de Alimentación	6.802.189
Prima Extralegal de Junio	6.079.675
Prima Extralegal de Navidad	8.201.985
Prima Extralegal de Vacaciones	7.706.868

Prima Extralegal de Antigüedad	914.477
Auxilio de Cesantías	2.873.257
Intereses Sobre Cesantías	335.836
Prima de Servicios	3.120.071
Vacaciones	1.847.984
<b>TOTAL</b>	<b>48.772.353</b>

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A y SEGUROS DEL ESTADO S.A, de acuerdo a la motiva.

**QUINTO:** Oportunamente vuelva el expediente a su oficina de origen.

**SEXTO:** Costas según la parte motiva.

**SEPTIMO:** Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**ORDINARIO LABORAL**  
**Expediente 23-001-31-05-002-2021-00071-01 Folio 459-21**  
**DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE**

**Montería, veintiocho (28) 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, contra la sentencia de fecha nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **AIDA DEL SOCORRO BERRIO CANCINO** contra **PORVENIR S.A. Y OTRO**.

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Pretensiones.**

Pretende la actora, se declare que tiene derecho al reconocimiento, emisión y pago de un bono pensional **tipo A** por parte de **la Nación – Oficina de bonos pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, correspondientes a los aportes realizados como trabajadora del sector privado, como consecuencia de lo anterior, se condene a las mencionadas entidades, emitir dicho bono a la **AFP Porvenir**, para que proceda con el pago del mismo como devolución de saldos junto con los rendimientos financieros, indexación, costas y agencias en derecho.

**I.II Hechos**

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

- Manifiesta la accionante, nació el 25 de abril de 1963, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 57 años de edad.
- Aduce que, laboró con instituciones educativas privadas como el Gimnasio Vallegrande, Universidad del Sinú y La Universidad de Córdoba, cotizando en COLPENSIONES desde el 13 de mayo de 1983 hasta el 6 de mayo de 1998.
- Alega, en fecha 6 de mayo de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con Solidaridad – Porvenir y que posee 191 semanas de aportes pensionales en la OBP del Ministerio de Hacienda.

Afirma que, laboró como docente oficial, afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, siéndole reconocida una pensión de jubilación, con base en tiempos de servicio como docente oficial, no siendo utilizadas las cotizaciones de Colpensiones y Porvenir S.A. para financiar dicho derecho pensional.

- Indica que, remitió petición ante Porvenir S.A., solicitando el reconocimiento y pago de una pensión de vejez y/o devolución de saldos, siendo reconocido y cancelado el saldo de su cuenta de ahorro individual, con la salvedad de negar el bono pensional de aportes a Colpensiones, debido a que la OBP encontró incompatible la pensión de jubilación con este.
- Finalmente alude, el 6 de noviembre de 2020 envió petición ante Porvenir S. A. y la OBP del Ministerio de Hacienda, solicitando un bono pensional, la cual fue negada por parte de ambas entidades.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

### **II.I. Oficina De Bonos Pensionales Del Ministerio De Hacienda Y Crédito Público.**

La demanda fue contestada por la demandada, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por ser improcedentes, toda vez que en razón a lo contemplado en el art 279 de la Ley 100 de 1993 que contempla la aplicabilidad de las disposiciones de dicha norma a los afiliados del FOMAG y el art. 128 de la Constitución Política y el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, que establece la prohibición constitucional de recibir dos prestaciones que se encuentren financiadas con cargo a los recursos públicos, como sería el caso de la pensión de jubilación de la cual goza la actora y el solicitado bono pensional.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de la obligación, inaplicabilidad de las disposiciones de la Ley 100, aplicación artículo 11 del Decreto 3995 de 2008, imposibilidad de recibir dos prestaciones con cargo a recursos públicos, buena fe y la genérica.*

**II.II. Porvenir S.A:** Indica que se opone a todas las declaraciones enlistadas, por carecer de fundamentos legales y de hechos que las sustenten y propuso como excepciones de fondo *"falta de causa para pedir y/o ausencia de derecho sustantivo, buena fe, prescripción general de la acción judicial y las que resulten probadas en el curso del proceso"*.

## **III. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de fecha 9 de diciembre de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, resolvió DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de FALTA DE CAUSA PARA PEDIR Y/O AUSENCIA DE DERECHO SUSTANTIVO propuesta por ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA; NO PROBADAS las de INAPLICABILIDAD DE LAS

DISPOSICIONES DE LA LEY 100; APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 11 DEL DECRETO 3995 DE 2008 e IMPOSIBILIDAD DE RECIBIR DOS PRESTACIONES CON CARGO A LOS RECURSOS PÚBLICOS propuestas por OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. PROBADA la excepción de BUENA FE propuesta por las accionadas Y ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y LA NACION -OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones de la demanda.

Pudo determinar el a-quo, si bien la demandante demostró ser beneficiaria del bono pensional tipo A solicitado, al tener 57 años de edad, no ha cumplido con el requisito indispensable para la redención del mismo.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

##### **IV.I. Parte Demandante**

El apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

*“Presentamos recurso de apelación y en este estado de la diligencia, lo soportamos en que tal como lo manifestó en la parte motiva de sus declaraciones, estamos en desacuerdo con el tema del derecho que tiene mi poderdante, en que le sea reconocido y pagado su bono pensional en devolución de saldos, en el sentido de que como usted lo manifestó claramente en las jurisprudencia que leyó, en este caso a pesar de que mi mandante no tiene la edad de 60 años, no cumple ni con el capital ni con las semanas cotizadas para tener derecho en este caso a una pensión, ojala fuese el caso de que mi poderdante cumpliera con el capital en este caso, para tener derecho a una pensión en el RAIS o una pensión en el régimen de prima media con prestación definida”.*

#### **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El apoderado judicial de la parte demandante, allegó alegatos de conclusión donde manifestó, que la situación laboral precaria que han tenido que soportar los docentes en Colombia y que a través de la lucha sindical han podido presionar y conseguir que el Gobierno mejore sus condiciones laborales y prestacionales, razón por la cual muchos vinculados al Magisterio, les tocó laboral simultáneamente en el sector privado, haciendo aportes al ISS y a los fondos privados.

Aduce, en el caso que nos ocupa, su poderdante laboró para empresas del sector privado, haciendo cotizaciones al ISS y posteriormente hizo traslado al fondo privado PORVENIR, pero simultáneamente y en otra jornada se dedicaba a las labores como docente en el sector público, donde después de 20 años de servicio, logró obtener una pensión de jubilación con el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual ratifica las respuestas y contestación de la demanda por parte del Ministerio de hacienda – Oficina de Bonos Pensionales.

Y argumenta, se cumple con los presupuestos para que se reconozca la redención del Bono Pensional tipo A, en la figura devolución de saldos en el Régimen de Ahorro Individual.

La contraparte guardó silencio.

## **VI. CONSIDERACIONES:**

### **VI.I. Presupuestos procesales.**

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

### **VI.II. Problema jurídico.**

El núcleo central de la Litis se ciñe en **(i) ¿Cumple la demandante con los requisitos para redimir el bono pensional solicitado?**

### **VI.III. Solución al problema jurídico**

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

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

Tenemos que existen cinco clases de bonos pensionales tipo A, tipo B, tipo C, tipo E y tipo T, pero el sub judice se centra en el bono Tipo A, por ser sobre el cual recae el punto álgido del asunto, toda vez que tienen derecho a bonos pensionales tipo A quienes estén cotizando o hubieren efectuado cotizaciones al ISS o a las Cajas o Fondos de Previsión del Sector Público y al momento del traslado tengan en total más de 150 semanas de cotización, como es el caso de la señora Aida Berrio, la que tal como se demostró, cotizó 191 semanas a Colpensiones y 285 a

Porvenir S.A., al cual se encuentra afiliada en la actualidad. (Pág. 10, Archivo demanda)

Ahora, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 denota palmariamente que "quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho."

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

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

Del descontento planteado por la actora acerca de la negativa por parte de las accionadas al no otorgarle el solicitado bono pensional se tiene que, es de señalar que la **Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia** en sentencia **SL1142-2021 M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez** reseñó:

***"En este punto, respecto a la posibilidad de acceder a la devolución de saldos, es preciso hacer una diferenciación, que es de gran trascendencia, sobre la situación de los hombres y de las mujeres, toda vez que no pueden ser considerados de la misma forma.***

En efecto, nótese que en tratándose de los hombres la edad para acceder a la devolución de saldos, como se explicará más adelante, coincide generalmente con la data de la redención normal del bono -62 años-, de modo que si un hombre arriba a tal edad, no ajustó 1150 semanas de cotización, no reunió el capital suficiente para financiar la pensión de vejez en los términos establecidos en la regulación del régimen de ahorro individual y acude a la figura prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, inexorablemente deberá acceder a ello, pues en dicho evento (i) se cumplieron con los plazos y las condiciones definidos en la legislación para concretar el derecho pensional sin que ello acontezca, y (ii) para redimir normalmente el bono.

**Por el contrario, cuando se trata de una mujer, como también se explicará más adelante, la edad para acceder a la solicitud de devolución de saldos -57 años- nunca coincide con la de redención normal del bono -60 años en este caso-, de modo que en tales casos debe analizarse detalladamente si es posible la**

**redención anticipada de dicho bono a la edad de 57 años porque a ello podrá accederse solo si se acredita que para la fecha de redención normal del bono tampoco se reuniría el capital suficiente para financiar la prestación de vejez, pues, de comprobarse lo contrario, debe privilegiarse el otorgamiento de la prestación principal periódica -pensión de vejez- sobre la secundaria o subsidiaria -devolución de saldos.**

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

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

Asimismo, que la jurisprudencia ha considerado que la autonomía de elección de la decisión de la persona afiliada de acceder a la devolución de saldos desarrolla garantías fundamentales inherentes a todo ser humano, como la libertad y la dignidad humana **(CC C375-2004).**"

Y ulterior compendia la Corte:

"Conforme lo anterior, la redención normal del bono pensional tipo A se produce cuando ocurre alguna de estas circunstancias: (i) la persona afiliada cumple 62 años si es hombre, o 60 años si es mujer -fecha de referencia o redención normal establecida en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo previsto en los artículos 11, numeral 1) del Decreto 1299 de 1994 y 20, literal a) del Decreto 1748 de 1995-; (ii) completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono -artículo 20, literal c) del Decreto 1748 de 1995- o, (iii) cuando alcance la edad en la que haya transcurrido el tiempo de 500 semanas en los casos de las personas excluidas de dicho régimen en virtud del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, salvo que se manifieste la imposibilidad de cumplir tal exigencia -artículo 20, literal b) del Decreto 1748 de 1995 y CSJ SL4313-2019-; y (iv) por solicitud de la administradora de pensiones privada, una vez esta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión y dicho bono ha sido efectivamente negociado en el mercado secundario de valores -artículo 12 del Decreto 1299 de 1994, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el 5.º del Decreto 1474 de 1998, CSJ SL4305-2018 y CSJ SL196-2019-.

Por otra parte, la redención anticipada ocurre cuando (i) la persona afiliada fallece, (ii) es declarada en situación de invalidez, o (iii) no cumple con el requisito de semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión de vejez, y el bono pensional, si hay lugar a él, no ha sido

negociado -artículos 11, numerales 2 y 3 del Decreto 1299 de 1994, y 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el 5.º del Decreto 1474 de 1998.”

Entonces, la redención normal del bono de la accionante sería a los 60 años, empero, como se hace constar en la cédula de ciudadanía adosada en la *Pág. 9 del archivo demanda*, la actora nació el 25 de abril de 1963, lo cual quiere decir que a la fecha de presentación de la demanda, que tuvo lugar el 16 de marzo de 2021, contaba con 57 años, es decir, no ha cumplido la edad para obtener dicho bono pensional.

Ahora bien, lo que resultaría viable para el caso de la demandante, sería la redención anticipada de bono pensional, sin embargo, teniendo en cuenta que para el caso que nos ocupa, la señora **Aida Del Socorro Berrio Cancino** no probó haber solicitado dicho concepto ante la AFP Porvenir S.A, entonces no es posible realizar un estudio sobre este tema. Por lo anterior, se confirmará la decisión emitida por el juzgador de primer grado.

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

## VII. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

**SEGUNDO: Sin costas** en esta instancia

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

### NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE Los Magistrados

  
CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado

  
KARÉN STELLA VERGARA LÓPEZ

  
CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUÍZ VILLADIEGO**

**ACCION ESPECIAL DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL**  
**Expediente N° 23-001-31-05-002-2022-00129-02 Folio 480-22**  
**DISCUTIDO Y APROBADO**

**Montería, veintiocho (28) de noviembre del dos mil veintidós (2022)**

Procede la Sala Tercera de decisión Civil - Familia - Laboral de esta Corporación, a resolver la apelación interpuesta por el apoderado judicial del accionante, frente a la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, en el proceso especial de Acción de Levantamiento de fuero sindical adelantado por **OPEN MARKET LIMITADA**, representado legalmente en contra de **ELADIO MIGUEL SIERRA REGINO**.

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Hechos**

1. Indica la parte demandante, el 1° de diciembre de 2016 se suscribió un contrato de trabajo entre Operaciones Nacionales de Mercadeo LTDA y el Sr. Eladio Miguel Sierra Regino, para que este último desempeñara el cargo de "Auxiliar de Bodega" en la ciudad de Montería.
2. Manifiesta que el trabajador se encuentra afiliado a la organización sindical denominada "Sindicato Nacional de Trabajadores de la Empresa Open Market Operaciones Nacionales de Mercadeo LTDA – SINTRA OPEN".
3. Alude que el accionado fue elegido como directivo sindical de Sintra Open, tal como se hace constar en el depósito del cambio de junta directiva del 16 de agosto de 2021.
4. Indica que el demandante no se encuentra en la nueva junta directiva de Sintra Open, y al momento de la presentación de la demanda goza de fuero residual.

5. Afirma que el 14 de marzo de 2022, la demandada recibió comunicación por medio de la cual SINTRARED MARKET le notificó su constitución como nuevo sindicato, donde funge el demandado como directivo sindical.
6. Manifiesta que SINTRARED MARKET fue creado y funciona con abuso del derecho de asociación sindical, razón por la cual presentó una demanda sumaria de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción de su registro sindical, correspondiéndole esta al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.
7. Arguye, el día 12 de noviembre de 2019 el demandado en calidad de afiliado y directivo de Sintra Open, aprobó y presentó pliego de peticiones, el cual fue negociado sin que se lograra acuerdo alguno dentro de la etapa de arreglo directo.
8. Indica que, el demandado y los demás miembros del sindicato optaron por pedir al Ministerio de Trabajo la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, a través del cual llegaron a un acuerdo y suscribieron convención colectiva de trabajo el día 12 de agosto de 2021, con vigencia de tres años, poniéndose fin al conflicto colectivo suscitado por más de un año.
9. Manifiesta que los directivos de Sintrared Market también lo eran de la Convención Colectiva de Trabajo con Sintra Open; se refiere a los señores Luisa Fernanda Castañeda Cadena, Rubén Felipe Díaz Rico, Nidya Manrique Martínez, Sandra Fuqueme Martínez, Eladio Sierra Regino, Abraham López Obregón, Jenny Yanivi González Medina, Clara Inés Gutiérrez Sánchez, Domingo Narváez Segura y Víctor Garcés Gómez.
10. Comenta, el 14 de marzo de 2022 Sintra Open Notificó el retiro de miembros de su junta directiva y retiro de la organización sindical, y en la misma data, recibió comunicación por medio de la cual SINTRARED MARKET le notificó su constitución como nuevo sindicato.
11. Dice, el demandado es fundador y directivo sindical de Sintrared Market, la cual se creó como un sindicato de industria, pero se encuentra constituida en su totalidad por trabajadores de la empresa demandante.
12. Indica que el accionado decidió sumergir a la empresa en una nueva negociación colectiva y conflicto, con la fundación de un nuevo sindicato donde la totalidad de los miembros de la junta directiva son trabajadores afiliados a Sintra Open.
13. Alega que Sintrared no ha solicitado a la empresa el descuento de cuotas sindicales, y siendo estas la fuente de subsistencia de todo sindicato, y que, además, no existe autonomía e independencia en dicha organización sindical.

14. Comentan, el trabajador demandado no tuvo en cuenta que la convención colectiva que suscribió Sintra Open estaba en plena vigencia y les es aplicable.
15. Adujo, hay un claro interés de mantener el fuero circunstancial de forma permanente, lo cual muestra una mala fe al no respetar los acuerdos logrados, pues no tenía interés en desarrollar una negociación verdadera.
16. Arguye, Sintra Market se comporta como un sindicato de empresa y la única actuación del citado sindicato ha sido presentar un nuevo pliego de peticiones ante Open Market.
17. Al indagar ante el Ministerio del Trabajo en relación con el registro de constitución y funcionamiento del demandado, mediante correo electrónico del 5 de mayo de 2022 señala que no encontró registros del depósito de constitución de Sintrared Market.
18. Interpretan, el accionado incumplió de forma grave sus obligaciones de ejecutar el contrato de trabajo con honestidad y honorabilidad, violando gravemente el Código de Ética de la compañía.

**Del proceso disciplinario adelantado en contra del demandado:**

1. Manifiesta la parte demandante, mediante correo electrónico del 23 de marzo de 2022, recibió informe de abuso del derecho de asociación sindical y negociación colectiva en virtud del cual detectaron varios incumplimientos del demandado.
2. Aducen, en cumplimiento del procedimiento disciplinario aplicable al empleado, este fue citado para que rindiera sus descargos el 29 de marzo de 2022 y en la mencionada diligencia el demandado se rehusó a contestar preguntas, entregando un documento escrito donde argumentó, se encontraban sus descargos.
3. Informa, en la citada misiva el demandado confiesa, de manera libre y espontánea que: (i) se encuentra afiliado a SINTRARED y a SINTRAOPEN; (ii) él y otros trabajadores buscaron una forma más eficaz, plena y legal para defender sus derechos a la asociación sindical sin intervención patronal o estatal, por lo que crearon otro sindicato; (iii) perteneció a la junta directiva de SINTRAOPEN; (iv) sí existió un conflicto colectivo entre SINTRAOPEN y OPEN MARKET, el cual se suscitó siendo miembro de la junta directiva de SINTRAOPEN y este finalizó con la firma de una convención colectiva del trabajo; (v) actualmente hace parte de la junta directiva de SINTRARED.
4. Aduce, el reproche del comportamiento del demandado radica en que siendo afiliado y directivo de SINTRAOPEN, siendo representada por la organización sindical suscribió un acuerdo convencional el día 12 de agosto de 2021, con ocasión a la presentación de un pliego de peticiones a la empresa el día 12 de noviembre de 2019, la cual mantuvo a la compañía en conflicto colectivo por más de un año.

5. No obstante, lo anterior, el accionado decidió sumergir a la empresa en una nueva negociación y conflicto, esto a través de la fundación de la organización sindical SINTRARED MARKET.
6. Explica, el 1° de abril de 2022 fue notificado el trabajador de la terminación en suspenso del contrato de trabajo con justa causa comprobada, decisión que se haría efectiva una vez contaran con autorización judicial para ello.
7. Posteriormente, el trabajador en fecha 4 de abril de 2022 presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión de la empresa, decisión que fue confirmada el 6 de abril de esta anualidad.
8. Finalmente dicen, el proceso disciplinario adelantado en contra del empleado culminó el 6 de abril de 2022.

**I.II.** Los hechos mencionados soportan las siguientes pretensiones:

Se declare la existencia del fuero sindical del señor Eladio Miguel Sierra Regino, y como consecuencia de lo anterior, se declare la existencia de las justas causas alegadas en el presente escrito para dar por terminado el contrato del trabajador demandado.

Se ordene el levantamiento del fuero sindical del Sr. Sierra y se autorice su despido.

**I.III.** Admitida como fue la demanda especial de Levantamiento de fuero sindical-Permiso para despedir, e imprimiéndosele el trámite correspondiente, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, ordenando en esa misma providencia la notificación y el correspondiente traslado al accionado.

Por intermedio de vocero judicial del demandado señor **ELADIO MIGUEL SIERRA REGINO**, se pronunció sobre los hechos y oponiéndose a la mayoría de las pretensiones. Propuso como excepciones de mérito: “Persecución sindical y necesidad de protección judicial, buena fe, abuso del poder subordinante del empleador, violación de derechos fundamentales constitucionales, inexistencia de una justa causa para conceder el permiso para despedir al señor Eladio Miguel Sierra, violación del derecho de defensa, ineficacia del proceso disciplinario y por tanto de la supuesta falta invocada, existencia de un fallo absolutorio en un caso idéntico”.

## **II. SENTENCIA APELADA**

Mediante providencia de fecha 21 de noviembre de 2022, el Juez de instancia resolvió DECLARAR que entre la empresa demandante OPEN MARKET LTDA, y el demandado ELADIO MIGUEL SIERRA, existe vínculo laboral vigente desde el 01 DE DICIEMBRE DE 2016 hasta la fecha, tener como probada la excepción de inexistencia de una justa causa para conceder el permiso para despedir al señor Eladio Miguel Sierra propuesta

por la parte accionada, no acceder a la solicitud de levantamiento de fuero sindical del aforado y por tanto, no otorgar la autorización del despido. Pudo determinar el a-quo a partir del acervo probatorio, el demandado efectivamente participó en calidad de afiliado y miembro de junta directiva de dos entes sindicales, sin embargo, esta conducta se encuentra permitida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siendo una manifestación legítima del derecho de asociación sindical, por lo que no puede interpretarse como una conducta abusiva de dicho derecho.

Así adujo, los puntos en los cuales concuerda la CCT suscrita con SINTRA OPEN, con el pliego de peticiones realizado por el segundo sindicato (SINTRARED MARKET), no es suficiente para deducir un abuso del derecho.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante no está de acuerdo con la decisión, por tal razón, presenta recurso de apelación.

Manifiesta que debe ser revocada en su totalidad la sentencia de primer grado, ya que a su consideración existió una valoración errónea de las pruebas, existiendo un estudio inadecuado pues debió encontrarse el abuso del derecho y las justas causas replicadas en la carta de terminación dirigida al trabajador.

Muestra su descontento explicando que, se denota la existencia de un fuero del que fue beneficiario el demandante, estando participe de cada una de las decisiones del sindicato, y en 2021 inició en SINTRA MARKET con la asamblea en la que participó. Según su dicho, no debió estudiarse la multifiliación sino la coexistencia de sindicatos.

Arguye la apoderada, se demostró que la creación del segundo sindicato obedeció a un fin particular del demandante, para así poder continuar con los beneficios de un fuero circunstancial, siendo este un tema de grupo de trabajadores.

Advierte, no se le puede dar validez ni desnaturalizar el derecho mismo, y en este caso se pregona la existencia de un Sindicato de Industria, cuando lo cierto es que los trabajadores que hacen parte de aquel hacen parte de la misma empresa.

Finalmente dice, no se buscaba un beneficio colectivo, pues en la CCT suscrita con SINTRA ONE y en el pliego de peticiones presentado por SINTRA MARKET, se pretenden los mismos beneficios.

### **IV. CONSIDERACIONES**

**IV.I.** Reunidos los presupuestos procesales de competencia, demanda en forma, capacidad procesal y capacidad para ser parte; corresponde por tanto dictar la sentencia que ponga fin a esta segunda instancia.

**IV.II.** Vista la demanda y escuchadas las consideraciones del Juez de primera instancia al proferir la decisión apelada y sus planteamientos, se tiene que el problema jurídico será imperioso para la Sala **i)** determinar si se encuentra probada la justa causa aludida por la empresa OPEN MARKET para dar por terminado el contrato de trabajo del señor **ELADIO MIGUEL SIERRA REGINO**, y por siguiente, **(ii)** si hay lugar al levantamiento del fuero sindical del trabajador solicitado.

**(i) ¿Se encuentra probada la justa causa alegada por la empresa OPER MARKET para dar por terminado el centrado de trabajo al Sr. Eladio Miguel Sierra Regino?**

Pues bien, en el presente asunto alega la empresa demandada como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo del señor Eladio Miguel Sierra Regino, lo dispuesto en el art. 65 del CST, en su Literal A, numeral 1, el cual consagra lo siguiente:

“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumbe al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo (...)

el accionado violó gravemente su derecho a la negociación colectiva y de asociación sindical y con ello se extralimitó, violando estos derechos, así como sus obligaciones de: (i) Ejecutar el contrato de trabajo de buena fe (artículo 55 del C.S.T.); (ii) Guardarle obediencia y fidelidad a su empleador (artículo 56 del C.S.T.); (iii) Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros (artículo 58 numeral 4 del C.S.T.).

Así, manifiesta que el trabajador incurrió en faltas catalogadas como graves, dentro de las cuales están: “(i) La violación por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias (numeral 7, artículo 58) y (ii) incumplimiento a las directrices establecidas en el código de ética y políticas de la compañía (numeral 29, artículo 58). Con lo anterior, pretermitió de forma grave su obligación de (iv) Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido (artículo 58 numeral 1 del C.S.T.)”, **e incumplimiento del deber constitucional de no abusar de sus derechos, consagrado en el artículo 95 de la Constitución Política.**

Pues bien, argumenta la recurrente que el Sr. Sierra actuó de mala fe, no por el hecho de afiliarse a otro sindicato, sino por el hecho de que pese a ser un colaborador y miembro de la junta directiva de SINTRA OPEN, con la que ya habían firmado una Convención Colectiva, seis meses después crea un sindicato de industria y allega un nuevo pliego de peticiones del sindicato SINTRA MARKET.

**IV.III. Pruebas existentes dentro del plenario:**

En este orden de ideas, se observa del acervo probatorio allegado al expediente, en la Carpeta Anexos Demanda, el Archivo **"Notificación elección miembro de junta directiva"**, dentro del cual se evidencia que el día 20 de noviembre de 2021, se remitió escrito dirigido a la señora Paula Castañeda en su calidad de Representante Legal de la empresa OPEN MARKET, con asunto **"Notificación sobre elección de Junta Directiva de SINTRAOPEN y designación de sus representantes"**, y en este se deja constancia que el señor Eladio Miguel Sierra Regino funge en el cargo de SECRETARIO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD OCUPACIONAL (SUPLENTE N° 4).

Posteriormente, se observa en la página 111 del Archivo Contestación demanda, renuncia colectiva a la afiliación sindical SINTRA OPEN del 23 de junio de 2022, suscrita entre otros trabajadores por el demandado, donde le expresan a la empresa que no es una renuncia voluntaria sino motivada en la extrema necesidad de defender su estabilidad laboral como trabajadores de OPEN MARKET LTDA, dado que fueron demandados por pertenecer a dos organizaciones sindicales y haber ejercido un reconocido liderazgo sindical al interior de la empresa. En dicho documento manifiestan que fueron perseguidos por su empleador, solamente por el hecho de ejercer su derecho fundamental de asociación sindical.

En el archivo "22. Anexos generales" reposa la comunicación realizada a la empresa OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO del 14 de marzo de 2022, donde le hacen saber a su empleador la fundación del "SINDICATO RED DE TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS EMPRESAS DEDICADAS AL MERCADO ABIERTO Y DEMÁS ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS – SINTRARED MARKET", conformando la Junta Directiva de Fundadores el Sr Eladio Miguel Sierra Regino.

#### **IV.IV. Análisis de las probanzas recaudadas**

De lo anterior es dable colegir, el demandado para la fecha de presentación de la litis que hoy nos ocupa, se encontraba amparado por un fuero, al haber sido miembro de la Junta Directiva del sindicato SINTRA OPEN, esto teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso D, del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se estatuye lo siguiente: **"Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes. (...) este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis meses más"**.

De ello, teniendo en cuenta que el trabajador demandado hacia parte de la Junta Directiva de SINTRA OPEN, figurando dentro de los cinco suplentes de esta y que su renuncia tuvo lugar solo hasta el 23 de junio de la presente anualidad, se infiere, al momento de presentación de la demanda, esto es, 23 de mayo de 2022, aun se encontraba siendo cobijado por la prerrogativa en comento, razones que de cantera debilitan la tesis alegada por la empresa, según la cual la finalidad de la creación

de SINTRA MARKET obedeció a una situación personal de obtener un fuero a su favor.

Aunado a lo anterior, se duele la apelante acerca de un abuso del derecho que a su consideración se encuentra probado dentro del proceso, pues el demandado incurrió en la coexistencia de sindicatos, con la única intención de un beneficio personal.

Pues bien, de lo dicho resulta procedente citar lo esbozado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL415-2021, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez, donde se dilucidó como aquí acerca de una multifiliación por parte de los trabajadores de una empresa, que eran beneficiarios de una primera CCT y posteriormente constituyeron una segunda organización sindical. En aquella oportunidad se alegó como aquí, la constitución de esta la segunda se hizo con la finalidad de lograr una estabilidad laboral indefinida, veamos:

“Ahora, debe destacarse que la jurisprudencia constitucional ha adoctrinado que la teoría del abuso del derecho supone que el titular de los derechos o facultades establecidos en el ordenamiento haga un uso de estos en forma contraria a sus fines, a su alcance y a la extensión permitida por el sistema jurídico, pues ello comporta un desbordamiento de los límites fijados en la Constitución o en la ley con independencia que ello conlleve un daño a terceros, pues «es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho mientras el daño le es meramente accidental» (SU- 631-2017); y en similar sentido lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SI1983-2020).

La teoría del abuso del derecho que conduciría a sostener que el ordenamiento jurídico otorga derechos o prerrogativas a las personas bien sea naturales o jurídicas sin que estas se encuentren legitimadas de ninguna manera a hacer un ejercicio extralimitado, tiene su fundamento en el artículo 95 de la Carta Política de 1991, según el cual son deberes «respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios», y mantiene una relación directa con el principio de la buena fe contemplado en el artículo 83 superior y 55 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así, corresponde al juez del trabajo revisar en cada caso particular si los titulares de los derechos están efectuando Radicación n.º 70830 SCLAJPT-10 V.00 30 un ejercicio indebido para lograr beneficios ajenos a los fines mismos que estos pretenden, pues, se reitera, solo las particularidades sustanciales permitirán determinar si hay o no abuso del derecho en un caso particular (CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 46175)”.

Y explica nuestro máximo Tribunal:

**“Por tanto y para responder a los reparos de la censura, la Corte advierte que el simple ejercicio de las garantías mínimas de la libertad sindical contempladas como parte del bloque de constitucionalidad y relativas a la multifiliación sindical, la pluralidad de sindicatos y la autonomía para proponer conflictos colectivos del trabajo, lo cual implica en algunos casos el surgimiento de fuero circunstancial, no implica per se un abuso del derecho, por cuanto el ordenamiento jurídico es el que permite ejercer la libertad sindical en tales condiciones mínimas, de modo que no es posible aducir una extralimitación por el mero hecho de su ejercicio (CSJ SL1983-2020).”**

En ese contexto, corresponde a quien alega un posible abuso del derecho en materia de libertad sindical probar de manera concreta y específica que su titular hizo un uso extralimitado de las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico y contrario a sus propios fines, desfigurando el sentido y la teleología de los derechos asignados en la Constitución y en la Ley”.

Hay que precisar en este punto, la existencia de un abuso del derecho no se puede presumir como pretende la censura, ya que bien es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico la presuntiva es la buena fe, y para el caso, lo que contrariara dicho presupuesto, debía ser probado. En sentencia SL 3275 de 2020, de lo aquí tratado se expresó:

“Que, en relación con los artículos 25 del 2351 de 1995, 14 del Decreto 1469 de 1978 y 36 del Ley 616 de 1954, también mencionados por la acusación, relativos al fuero circunstancial y a su alegación, sobre la existencia de abuso del derecho en la presentación de un nuevo pliego de peticiones, es necesario precisar, que no es posible presumir que el conflicto colectivo iniciado por SINTRAUNHILO en mayo de 2009, no tuviere la real intención de mejorar las condiciones del empleo de los trabajadores, sino de exceder la facultad constitucional para prolongar en el tiempo de forma injustificada la estabilidad laboral que acarrea los procedimientos de negociación colectiva, porque, de una parte, la impugnante no enfiló sus esfuerzos en las instancias a demostrarlo y, de otra, lo que discutió fue la falta de legitimación del sindicato para iniciar las negociaciones colectivas o, en otras palabras, la imposibilidad del actor de beneficiarse de la protección del fuero en ciernes, que es diferente.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, a la empresa demandante le correspondía demostrar de una forma concreta que el trabajador extralimitó sus facultades, y en razón a ello desfiguró el sentido o fin del derecho a la asociación sindical que pregona. Así, pretende la solicitante probar tales presupuestos bajo la afirmación de que el demandado está

siendo acreedor de dos beneficios con la intención de continuar bajo un fuero circunstancial, aduciendo que, de esa forma lo expresa el Sr. Sierra en su interrogatorio de parte.

Y al respecto hay que precisar, esta Sala no vislumbra aquello en las declaraciones realizadas, toda vez que al trabajador se le cuestionó sobre el porqué de su afiliación al sindicato, este adujo que lo hizo para defender sus derechos como trabajadores, incluso, para tener una barrera ante las humillaciones que sufrieron y obtener todos los derechos que lo pudieran beneficiar, lo cual ultimadamente es el fin de la suscripción de dichas asociaciones, pues es la defensa de sus intereses comunes y la mejora de sus condiciones la que los mueve.

Cuando al trabajador se le pregunta si eligió ser directivo del sindicato solamente para obtener el fuero de dirigente sindical este fue responsivo al manifestar que lo hizo para obtener todos los beneficios de un trabajador.

Bajo este orden, tampoco sale avante el dicho de la demandante, cuando aduce que la Convención Colectiva de trabajo suscrita con SINTRA ONE posee los mismos beneficios que se piden posteriormente en el pliego de peticiones de SINTRA MARKET, pues hay que precisar de esto, es viable jurídicamente que existan diversas convenciones colectivas, y así se ha indicado en innumerables sentencias de la C.S.J., por ejemplo en las CSJ SL 33998, 29 abr. 2008, CSJ SL 50795, 28 feb. 2012, CSJ SL4865-2017 y CSJ SL1983-2020 y **SL3650-2022, M.P. Olga Yineth Mrechá Calderon, donde de ello se puntualizó:**

“Por tanto, aun cuando es viable jurídicamente que un trabajador pueda ser parte de varios sindicatos, en caso de que existan diversas convenciones colectivas suscritas por las organizaciones que integra, y de las cuales un mismo trabajador sea beneficiario de todas ellas, ello no significa que pueda aprovecharse simultáneamente de cada una, pues la libertad sindical debe entenderse para tales efectos, como que el asalariado debe escoger entre los distintos convenios aquel que mejor le convenga a sus intereses económicos, ello con el fin de evitar que el trabajador reciba duplicidad o más beneficios convencionales.

**(...) pues la pluralidad convencional al interior de una compañía está también permitida y a esta no pueden oponerse meros argumentos de conveniencia. Ello amparado así mismo por las directrices del Comité de Libertad Sindical de la OIT”.**

Ahora, la escogencia de la aplicabilidad de una u otra convención colectiva queda muy a criterio del trabajador, y en ello no puede inferir el empleador. En este caso, el trabajador demandado manifestó que no se encuentra beneficiándose de las prerrogativas de la CCT de SINTRA ONE,

y dice a cuestionamientos de la apoderada judicial de la parte demandante: **“Nosotros por ejemplo hemos adquirido solamente las primas que nos pagan acá, de diciembre y junio, pero primas de antigüedad nunca hemos recibido”**.

De lo dicho, se cita nuevamente la jurisprudencia arriba señalada, donde en caso similar se indica que el hecho de hacer parte de un sindicato, no constituye obstáculo para que los trabajadores fueran beneficiarios de la posterior garantía de fuero circunstancial derivada del conflicto colectivo que surgió con una nueva presentación de pliego de peticiones, veamos:

“En segundo lugar, el Colegiado de instancia tampoco cometió error en la definición de la controversia, por cuanto si bien los demandantes eran beneficiarios de la convención colectiva suscrita con el sindicato mayoritario, cuya vigencia comprendía hasta el 31 de diciembre de 2012, ello no constituía un obstáculo para que fueran beneficiarios de la garantía de fuero circunstancial derivada del conflicto colectivo que surgió con la presentación del pliego de peticiones el 23 de febrero de 2012 que efectuó el nuevo sindicato de base Sindienka y en el cual los actores eran socios fundadores. Nótese que el ordenamiento jurídico garantiza no solo la multifiliación sindical, sino la pluralidad de sindicatos y la autonomía de estos en la contratación colectiva, por lo que Sindienka no estaba obligada a denunciar la convención suscrita con Sinaltradihitexco.

En consecuencia, los demandantes podían ser beneficiarios legítimamente del fuero circunstancial generado con ocasión del pliego de peticiones que presentó Sindienka el 23 de febrero de 2012, cuando cursaba la vigencia de la convención celebrada con el sindicato mayoritario y, por tanto, no podía efectuarse el despido sin justa causa que realizó la empresa cuando se encontraba activo el conflicto colectivo con el sindicato de base; y así la Radicación n.º 70830 SCLAJPT-10 V.00 34 empresa se hubiese negado a negociar, bajo el criterio que no tenía que hacerlo”.

Finalmente, alega la accionante que SINTRARED MARKET se creó como un sindicato de industria, pero este se encuentra constituido en su totalidad por trabajadores de la empresa demandante, por lo que no encajaría en esta modalidad, al respecto hay que señalar, este es un asunto que no le compete a esta Sala estudiar, pues esto es un asunto que se encuentra tramitándose a través de una demanda sumaria de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción de su registro sindical, que le correspondió al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, y lo que aquí se discute es la justa causa alegada por el empleador para el despido del Sr. Sierra.

En conclusión, se infiere, la tesis sobre el abuso del derecho que expuso la empresa en las instancias está huérfana de prueba, y teniendo en

cuenta lo dicho por el artículo 167 del C.G.P, el cual hace referencia a la carga de la prueba, y establece: "**Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen**", no logra sostenerse la tesis alegada, por lo cual, no le asiste razón al recurrente sobre las justas causas de terminación del vínculo del trabajador demandado.

**(ii) ¿hay lugar al solicitado levantamiento del fuero sindical pretendido?**

Finalmente, conforme a las argumentaciones antes expuestas, dado que no se demostró por parte del demandante, la justa causa alegada para el despido del trabajador, no hay lugar al levantamiento del fuero sindical solicitado y se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

**V. Costas**

No se condenará en costas por no encontrarse causadas (art. 365 C.G.P)

**VI. DECISIÓN**

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

**VII. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído, conforme lo dicho en la parte motiva.

**SEGUNDO: Sin Costas** en esta instancia.

**TERCERO:** Oportunamente regrese el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

  
CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado

  
KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

  
CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**

<b>ORDINARIO LABORAL</b> <b>Expediente: 23-001-31-05-003-2019-00218-01 Folio 298-21</b> <b>DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE</b>
--

**Montería, veintiocho (28) 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 Administradora de Pensiones Colpensiones y el demandante, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por GONZALO QUINTERO PEREZ** contra la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRO.**

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Pretensiones.**

El demandante actuando en causa propia, llama a juicio a la Administradora de Pensiones Colpensiones para que le reconozca de manera principal la pensión de vejez por aportes de que trata el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, a partir del 30 de agosto de 2010, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año, intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, mesada 14 indexación de condenas, costas y agencia en derecho. Subsidiariamente solicita le sea reconocida la prestación de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 a partir de la solicitud y la pensión de vejez de acuerdo con los artículos 12 y 20 de la Ley 758 de 1990.

**I.II. Hechos**

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

Como sustento a causa petendi, relata que nacido el 30 de agosto de 1950, que laboró para el ministerio de salud y protección social desde 1970 hasta 25 de junio de 1972; en el Idema Cerete desde el 09 de enero de 1973 hasta 5 de marzo de 1973, desde 2 de enero de 1974 a 15 de abril de 1974; Ministerio de Agricultura desde 20 de abril de 1974 hasta el 15 de noviembre de 1991; con Gaseosas Lux Sucursal Medellín desde el 13 de septiembre de 1973 hasta el 9 de noviembre de 1973, para un total de 20 años en entidades publico privadas,

motivo por el cual realizó diversos trámites ante las entidades con la cuales laboró a fin que le reconocieran la pensión de vejez, lo cual no fue posible.

Comenta que, posteriormente solicitó a Colpensiones el reconocimiento de pensión, la cual luego de varios trámites administrativos y de incluso declararse una falta de competencia con la UGPP fue negada.

Dice que mediante Resolución N° DIR 15151 del 7 de febrero de 2019 Colpensiones confirmó la Resolución SUB 256921 del 28 de septiembre de 2018, por medio de la cual había negado la prestación solicitada.

### **I.III. Contestación de la demanda**

**I.IV.** Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada Colpensiones oponiéndose a las pretensiones por carecer de asidero jurídico que les permita ser procedentes, debido a que la pensión fue reconocida legalmente y no hay lugar a declarar la nulidad.

Propuso como medio exceptivos las excepciones de mérito que denomino; Cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios, petición especial de cumplimiento de fallo en un término máximo de cuatro meses.

Por su parte la vinculada Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no se opone a las pretensiones, en su lugar propone la excepción de mérito que denominó "*falta de legitimación en causa por pasiva*".

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

## **II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA**

A través de esta el A-quo accedió a la pretensión principal incoada por el actor, y declaró que es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes consagrada en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 a partir del 30 de agosto de 2010, data en la cual cumplió el requisito de la edad, por tanto, condenó a Colpensiones a pagar al actor la pensión de jubilación por aportes equivalente a \$ 1.033.444 a partir del 17 de febrero de 2014, junto con los reajustes legales y al pago de las mesadas generadas a partir de dicho reconocimiento en 14 mesadas; los intereses moratorios del artículo 141 de La ley 100 de 1993 a partir del 18 de junio de 2014; el retroactivo causado desde el 17 de febrero de 2014 hasta el 17 de junio de 2014, absolvió sobre la indexación de condenas.

Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones, se abstuvo de pronunciarse contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como del estudio de las pretensiones subsidiarias y condenó a Colpensiones al pago de costas procesales en cuantía de dos SMLMV.

Como argumento indicó que, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el demandante es beneficiario del régimen de transición, habida cuenta que a la entrada en vigencia de la cita preceptiva legal contaba con 43 años, ello por cuanto la fecha nacimiento lo fue el 30 de agosto de 1950, y el régimen aplicable al caso corresponde al anterior al cual se encontraba afiliado, que según el

tiempo de servicios cotizados por el actor corresponde a públicos y privados, lo cuales consagra el artículo 7 la Ley 71 de 1988 y que sustenta en la sentencia SL 3142 de 2019.

Adujo que de acuerdo con la jurisprudencia vigente es posible tener en cuenta los tiempos servidos al sector público sin que se haya efectuado cotizaciones al ISS o caja de previsión social a efectos de adquirir la pensión de jubilación por aportes.

En esa senda indicó que, examinados los requisitos exigidos por la mencionada norma, en consonancia con las certificaciones del registro civil de nacimiento, el actor cumplido los 60 años el 30 de agosto de 2010 quedando con ello acreditado el requisito de edad.

En relación con el tiempo de servicio laborado, indicó que del acervo probatorio traído al proceso se observa que cotizó un total de 1.042.43 semanas, las cuales son superiores a las 1.029 que representa los 20 años de servicios, observándose con ello los presupuestos exigidos en la norma.

Concluyó que el demandante es beneficiario de la presión de jubilación consagrada en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 con un IBL de \$ 1.232.973 y tasa de remplazo del 75%.

Respecto de las pretensiones secundarias, por salir avante las principales, se abstuvo de estudiar las mismas. Concedió los intereses moratorios y negó la indexación por considerar un doble pago el cual constituye un detrimento económico contra el demandado.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y condenó en costas a favor del demandante.

### **II.I. RECURSO DE APELACION POR EL DEMANDANTE**

El actor quien actúa en causa propia, oportunamente interpuso el recurso de alzada esgrimiendo la inconformidad frente a la sentencia, en el sentido que se debió recocer la pretensión subsidiaria, ello por cuanto, la pensión sanción es compatible con la pensión de jubilación por aportes reconocida en primera instancia.

### **II.II. RECURSO DE APELACION POR PARTE DE COLPENSIONES**

El apoderado judicial de la demandada Colpensiones, interpuso recurso de apelación por inconformidad con la decisión del A-quo, arguyendo que la pensión reconocida bajo la Ley 71 de 1988 exige acreditar 20 años de aporte sufragados, los cuales de acuerdo con la documentación aportada el actor laboró esos 20 años que se traducen en 1.029 semanas que debió acreditar el demandante como efectivamente cotizadas.

Aduce que, por el contrario, de la historia laboral del actor se evidencia que solo cotizó 202 semanas, lo cual significa que el requisito exigido por la disposición legal no se cumple y se debe revocar la sentencia.

## **III. ALEGATOS DE CONCLUSION**

### **III.I. Por el demandante**

En esta etapa procesal, el demandante reiteró lo expuesto en la sustentación de la apelación, aduciendo que la A-quo al abstenerse de estudiar el artículo 8 de la Ley 171 de 1996 contravino derechos fundamentales, tales como el debido proceso y seguridad social; así como al artículo 25 y 50 del C.P.L.

Afirma que presto servicios a las entidades Idema, Malaria, Caja Agraria, por más de 20 años y cotizado 1.042.43 semanas lo cual lo hace acreedor de los requisitos contenidos en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 para el reconocimiento y pago de la pensión restringida por retiro voluntario consagrada en la citada normativa.

### **III.II Por la Administradora de Pensiones Colpensiones.**

Por su parte la Administradora de Pensiones Colpensiones en sus alegaciones apunta a que, el actor no cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por lo que pide se revoque la sentencia proferida en audiencia de fecha 27 de agosto de 2021

## **IV. CONSIDERACIONES**

### **IV.I. Presupuestos procesales**

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

### **IV.II. Problema jurídico.**

Teniendo en cuenta las inconformidades elevadas por la Administradora de Pensiones Colpensiones y el demandante y que se surte el grado jurisdiccional de consulta corresponde a la Sala determinar;

- i)** Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes contemplada en la Ley 71 de 1988, de ser así;
- ii)** Fecha de causación, disfrute y monto de la misma, así como al retroactivo si a ello hubiere lugar;
- iii)** Si hay lugar al estudio de la pretensión subsidiaria, esto es, a la pensión de vejez restringida;
- iv)** Intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993;
- v)** Las excepciones de prescripción.
- vi)** Condena en costas.

### **De la pensión de jubilación por aportes contemplada en la Ley 71 de 1988.**

La Ley 71 de 1988, reglamentada por los Decretos 1160 de 1989 y 2709 de 1994, creó la pensión de jubilación por aportes, como aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado, con la condición de que en el primer caso se hubieran efectuado aportes y en el segundo, realizado cotizaciones.

La citada ley en su artículo séptimo, estableció:

«A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer».

Conforme a la norma trascrita, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el cotizado en el ISS, constituye un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al ISS o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se estableció, en la misma línea de lo dispuesto por la Ley 71 de 1988, la posibilidad de acumular para efectos pensionales, los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados tanto en el sector público como en el sector privado, lo cual hizo en principio innecesaria la aplicación de ésta última para estos efectos.

Al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, la Ley 100 de 1993 previó igualmente un régimen de transición pensional en su artículo 36, conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión conforme a la normatividad que anteriormente le resultara aplicable.

En virtud del citado régimen de transición pensional, es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general, establecida en la Ley 33 de 1985, como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

En este contexto, resulta viable también para quienes no reúnen los requisitos del ISS, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son beneficiarios del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la sumatoria de los tiempos cotizados al Seguro Social y a otras cajas de previsión como servidor público; a partir de lo cual, la citada prestación pensional por aportes pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud de la normatividad contenida en la Ley 71 de 1988 y sus decretos reglamentarios.

#### **Del caso en concreto.**

Conforme a las anteriores precisiones, corresponde entonces a la Sala determinar si le asiste derecho o no al demandante a que se le reconozca la pensión de jubilación por aportes, por ser beneficiario del régimen de transición contenido en el canon 36 de la ley 100 de 1993, lo cual conlleva a verificar el requisito de la edad. Por lo que, al haber nacido el 30 de agosto de 1950, fecha que, acompañada con la entrada en vigencia de la citada Ley, y en armonía con el artículo 151 ídem, la cual indica que, para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entraría a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, o en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental. No hay discusión que, para el 30 de junio de 1995, el actor contaba con 45 años de edad, lo que refleja acreditado el requisito de la edad para ser beneficiario del régimen de transición.

Así las cosas, es preciso advertir que, el régimen de transición establece características que se deben cumplir, tal es la edad, tiempo y semanas cotizadas, del régimen anterior al cual se encontraba afiliado el actor, que según se observa, para el demandante se constituye en tiempos públicos y privados, que para el caso bajo análisis corresponde al artículo 7 de la Ley 71 de 1988, el cual dispone que; «*A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer*».

Adicionalmente, el máximo órgano de la jurisdicción Ordinaria en providencia CSJ SL15531-2017, reiterado en la SL3142-2019 radicación N.º 63920, sostuvo;

[...] quienes cumplan los requisitos para ser beneficiarios de la transición, pueden acceder igualmente al régimen de la pensión por aportes si hubieren cotizado en entidades de previsión social o prestado servicios oficiales y en el Instituto de los Seguros Sociales, sin que para tal fin, tenga trascendencia la época del pago o prestación de los mismos, en razón a que la Ley 71 de 1988 dispuso que tal acto se podría hacer «en cualquier tiempo», con lo cual no marcó un límite temporal, ni siquiera, una proporción o porcentaje entre los servicios oficiales y los particulares que deberá acreditar quien persiga esta prestación.

Lo expuesto, evidencia que la posición actual de esta Corporación permite tener en cuenta el tiempo de servicio prestado al sector público, sin que se hayan efectuado cotizaciones al ISS o a alguna caja de previsión social, para efectos de adquirir la pensión de jubilación por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988.”

En suma, de lo dicho se verifica que el demandante acredita los requisitos exigidos por el canon 7 de la disposición legal 71 de 1988, que conforme al certificado del registro civil de nacimiento se observa que nació el 30 de agosto de 1950 y que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2010, es decir, se encuentra cumplido tal requisito.

Respecto del requisito de veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, la Sala verifica los tiempos laborados y efectivamente cotizados por el actor en entidades públicas y privadas, arrojan un total de 1.031 semanas que resultan superiores a las 1.029 que equivale los 20 años de servicios establecidos en la preceptiva legal mencionada, es decir, supera el mencionado requisito.

En consecuencia, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes contemplada en la Ley 71 de 1988, como bien lo sostuvo el A-quo.

### **De la causación, disfrute y monto de la pensión.**

No hay discusión que el demandante causó el derecho pensional el 30 de agosto de 2010, data en la cual cumplió los 60 años. Empero el artículo 13 del Acuerdo

049 de 1990 establece que, para la causación y disfrute, será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Sin embargo, ha de adentrarse al análisis del parágrafo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, por que recuérdese que, el actor es beneficiario del régimen de transición y se debe determinar si el mismo le fue o no extendido el año 2014.

por consiguiente, al revisar si el mencionado régimen se hizo extensivo se detalla que de las certificaciones labores adosadas al proceso, se observa que el actor había cotizado a 31 de julio de 2010, más de 750 semanas, exactamente 905.86 lo que acredita la extensión del mencionado régimen.

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

*"En lo relativo al disfrute de la pensión especial de vejez, esta Sala adoctrinó que, conforme los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, se requiere la desvinculación formal del sistema general de pensiones. Sin embargo, también precisó que, ante situaciones particulares, es posible acudir a otras posibilidades interpretativas y, en consecuencia, pagar la pensión con antelación a dicho acto, cuando, por ejemplo, el afiliado continúa cotizando por la negativa injustificada de la entidad de conceder la prestación pedida oportunamente o en el supuesto en que la conducta del afiliado evidencie su voluntad de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema (CSJ SL5603-2016)."*

Así entonces, no se evidencia en el expediente documento que acredite la fecha a partir de la cual el demandante se desafilio del sistema, pues su ultimo cotización la realizo en noviembre de 1991. Empero, lo anterior se supera con lo evidenciado del expediente administrativo del demandante allegado por Colpensiones, en el cual se observa que el actor elevo solicitud pensional ante dicha entidad el 17 de febrero de 2014, lo que muestra también el agotamiento de la vía gubernativa ante dicha entidad pensional, por lo que comparte la Sala la fecha de disfrute pensional establecida por la A-quo de instancia.

En cuanto al monto de la pensión, se aplica lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, para lo cual se efectúa la operación aritmética correspondiente, con la inclusión del promedio salarial de los últimos 10 años laborados e indexados, lo cual arroja un total de 3.600 días laborados, obteniéndose un IBL de \$ 1.232.973, con tasa de remplazo del 75% para una mesada pensional al año 2010 de \$ 924.730 mil pesos.

I.B.L. DE LOS 10 ÚLTIMOS AÑOS						
Período	I.B.C.	Días	Índice Inicial	Índice Final Dic -2009	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
nov-81	5.947	15	0,9	71,2	470.474	1.960,31
dic-81	11.893	30	0,9	71,2	940.868	7.840,57
ene-82	11.893	30	1,14	71,2	742.791	6.189,92
feb-82	11.893	30	1,14	71,2	742.791	6.189,92
mar-82	15.674	30	1,14	71,2	978.938	8.157,81
abr-82	15.773	30	1,14	71,2	985.121	8.209,34

may-82	15.945	30	1,14	71,2	995.863	8.298,86
jun-82	15.945	30	1,14	71,2	995.863	8.298,86
jul-82	15.945	30	1,14	71,2	995.863	8.298,86
ago-82	15.945	30	1,14	71,2	995.863	8.298,86
sep-82	15.945	30	1,14	71,2	995.863	8.298,86
oct-82	15.945	30	1,14	71,2	995.863	8.298,86
nov-82	15.945	30	1,14	71,2	995.863	8.298,86
dic-82	15.945	30	1,14	71,2	995.863	8.298,86
ene-83	15.945	30	1,41	71,2	805.166	6.709,72
feb-83	15.945	30	1,41	71,2	805.166	6.709,72
mar-83	20.728	30	1,41	71,2	1.046.690	8.722,42
abr-83	20.857	30	1,41	71,2	1.053.205	8.776,70
may-83	21.080	30	1,41	71,2	1.064.465	8.870,54
jun-83	21.080	30	1,41	71,2	1.064.465	8.870,54
jul-83	21.080	30	1,41	71,2	1.064.465	8.870,54
ago-83	21.080	30	1,41	71,2	1.064.465	8.870,54
sep-83	21.080	30	1,41	71,2	1.064.465	8.870,54
oct-83	21.080	30	1,41	71,2	1.064.465	8.870,54
nov-83	21.080	30	1,41	71,2	1.064.465	8.870,54
dic-83	21.080	30	1,41	71,2	1.064.465	8.870,54
ene-84	21.080	30	1,65	71,2	909.634	7.580,28
feb-84	21.080	30	1,65	71,2	909.634	7.580,28
mar-84	25.718	30	1,65	71,2	1.109.771	9.248,09
abr-84	25.796	30	1,65	71,2	1.113.136	9.276,14
may-84	25.932	30	1,65	71,2	1.119.005	9.325,04
jun-84	25.932	30	1,65	71,2	1.119.005	9.325,04
jul-84	25.932	30	1,65	71,2	1.119.005	9.325,04

ago-84	25.932	30	1,65	71,2	1.119.005	9.325,04
sep-84	25.932	30	1,65	71,2	1.119.005	9.325,04
oct-84	25.932	30	1,65	71,2	1.119.005	9.325,04
nov-84	25.932	30	1,65	71,2	1.119.005	9.325,04
dic-84	25.932	30	1,65	71,2	1.119.005	9.325,04
ene-85	25.932	30	1,95	71,2	946.850	7.890,42
feb-85	25.932	30	1,95	71,2	946.850	7.890,42
mar-85	30.609	30	1,95	71,2	1.117.621	9.313,51
abr-85	36.404	30	1,95	71,2	1.329.213	11.076,77
may-85	36.594	30	1,95	71,2	1.336.150	11.134,58
jun-85	36.594	30	1,95	71,2	1.336.150	11.134,58
jul-85	36.594	30	1,95	71,2	1.336.150	11.134,58
ago-85	36.594	30	1,95	71,2	1.336.150	11.134,58
sep-85	36.594	30	1,95	71,2	1.336.150	11.134,58
oct-85	36.594	30	1,95	71,2	1.336.150	11.134,58
nov-85	36.594	30	1,95	71,2	1.336.150	11.134,58
dic-85	36.594	30	1,95	71,2	1.336.150	11.134,58
ene-86	36.594	30	2,38	71,2	1.094.745	9.122,87
feb-86	36.594	30	2,38	71,2	1.094.745	9.122,87
mar-86	44.279	30	2,38	71,2	1.324.649	11.038,74
abr-86	44.412	30	2,38	71,2	1.328.628	11.071,90
may-86	44.642	30	2,38	71,2	1.335.509	11.129,24
jun-86	44.642	30	2,38	71,2	1.335.509	11.129,24
jul-86	44.642	30	2,38	71,2	1.335.509	11.129,24
ago-86	44.642	30	2,38	71,2	1.335.509	11.129,24
sep-86	44.642	30	2,38	71,2	1.335.509	11.129,24
oct-86	44.642	30	2,38	71,2	1.335.509	11.129,24

nov-86	44.642	30	2,38	71,2	1.335.509	11.129,24
dic-86	44.642	30	2,38	71,2	1.335.509	11.129,24
ene-87	44.642	30	2,88	71,2	1.103.649	9.197,08
feb-87	44.642	30	2,88	71,2	1.103.649	9.197,08
mar-87	53.571	30	2,88	71,2	1.324.394	11.036,62
abr-87	53.731	30	2,88	71,2	1.328.350	11.069,58
may-87	54.006	30	2,88	71,2	1.335.148	11.126,24
jun-87	54.006	30	2,88	71,2	1.335.148	11.126,24
jul-87	54.006	30	2,88	71,2	1.335.148	11.126,24
ago-87	54.006	30	2,88	71,2	1.335.148	11.126,24
sep-87	54.006	30	2,88	71,2	1.335.148	11.126,24
oct-87	54.006	30	2,88	71,2	1.335.148	11.126,24
nov-87	54.006	30	2,88	71,2	1.335.148	11.126,24
dic-87	54.006	30	2,88	71,2	1.335.148	11.126,24
ene-88	54.006	30	3,58	71,2	1.074.086	8.950,72
feb-88	60.758	30	3,58	71,2	1.208.371	10.069,76
mar-88	67.509	30	3,58	71,2	1.342.637	11.188,64
abr-88	67.708	30	3,58	71,2	1.346.595	11.221,62
may-88	68.053	30	3,58	71,2	1.353.456	11.278,80
jun-88	68.053	30	3,58	71,2	1.353.456	11.278,80
jul-88	68.053	30	3,58	71,2	1.353.456	11.278,80
ago-88	68.053	30	3,58	71,2	1.353.456	11.278,80
sep-88	68.053	30	3,58	71,2	1.353.456	11.278,80
oct-88	68.053	30	3,58	71,2	1.353.456	11.278,80
nov-88	68.053	30	3,58	71,2	1.353.456	11.278,80
dic-88	68.053	30	3,58	71,2	1.353.456	11.278,80
ene-89	69.700	30	4,58	71,2	1.083.546	9.029,55

feb-89	80.845	30	4,58	71,2	1.256.804	10.473,37
mar-89	91.990	30	4,58	71,2	1.430.063	11.917,19
abr-89	92.260	30	4,58	71,2	1.434.260	11.952,17
may-89	92.726	30	4,58	71,2	1.441.505	12.012,54
jun-89	92.726	30	4,58	71,2	1.441.505	12.012,54
jul-89	92.726	30	4,58	71,2	1.441.505	12.012,54
ago-89	92.726	30	4,58	71,2	1.441.505	12.012,54
sep-89	92.726	30	4,58	71,2	1.441.505	12.012,54
oct-89	92.726	30	4,58	71,2	1.441.505	12.012,54
nov-89	92.726	30	4,58	71,2	1.441.505	12.012,54
dic-89	92.726	30	4,58	71,2	1.441.505	12.012,54
ene-90	92.726	30	5,78	71,2	1.142.230	9.518,59
feb-90	106.171	30	5,78	71,2	1.307.850	10.898,75
mar-90	119.617	30	5,78	71,2	1.473.483	12.279,02
abr-90	119.965	30	5,78	71,2	1.477.770	12.314,75
may-90	120.567	30	5,78	71,2	1.485.185	12.376,54
jun-90	120.567	30	5,78	71,2	1.485.185	12.376,54
jul-90	120.567	30	5,78	71,2	1.485.185	12.376,54
ago-90	120.567	30	5,78	71,2	1.485.185	12.376,54
sep-90	120.567	30	5,78	71,2	1.485.185	12.376,54
oct-90	120.567	30	5,78	71,2	1.485.185	12.376,54
nov-90	120.567	30	5,78	71,2	1.485.185	12.376,54
dic-90	120.567	30	5,78	71,2	1.485.185	12.376,54
ene-91	120.567	30	7,65	71,2	1.122.140	9.351,17
feb-91	136.844	30	7,65	71,2	1.273.633	10.613,61
mar-91	153.121	30	7,65	71,2	1.425.126	11.876,05
abr-91	153.563	30	7,65	71,2	1.429.240	11.910,33

may-91	154.326	30	7,65	71,2	1.436.341	11.969,51
jun-91	154.326	30	7,65	71,2	1.436.341	11.969,51
jul-91	154.326	30	7,65	71,2	1.436.341	11.969,51
ago-91	154.326	30	7,65	71,2	1.436.341	11.969,51
sep-91	154.326	30	7,65	71,2	1.436.341	11.969,51
oct-91	154.326	30	7,65	71,2	1.436.341	11.969,51
nov-91	77.164	15	7,65	71,2	718.180	2.992,42
Total Días		3.600	I.B.L.			1.232.973
			Tasa de Reemplazo			75%
			Valor Mesada Año 2010			924.730

Como quiera que la liquidación efectuada por este Tribunal (IBL- mesada inicial) arroja un guarismo al año 2010, fecha en la cual el actor causo el derecho pensional en la suma de \$ 924.730, la que resulta igual a la realizada en primera instancia. Y haciendo el incremento de la mesada pensional al año 2014 data del reconocimiento y disfrute pensional, se obtiene el monto de \$ 1.033.444, se confirmará lo señalado por el último, es decir los montos establecidos en la sentencia apelada, habida cuenta que la parte demandante no interpuso reparos sobre este punto y la consulta se resuelve a favor de Colpensiones. Ver tabla anexa.

INCREMENTO DE MESADA		
Período	Vr. Mesada	I.P.C.
Año 2010	924.730	3,17
Año 2011	954.044	3,73
Año 2012	989.630	2,44
Año 2013	1.013.777	1,94
Año 2014	1.033.444	3,66
Año 2015	1.071.268	6,77
Año 2016	1.143.793	5,75
Año 2017	1.209.561	4,09
Año 2018	1.259.032	3,18
Año 2019	1.299.069	3,80
Año 2020	1.348.434	1,61
Año 2021	1.370.144	

### **Procedencia de la pretensión subsidiaria.**

Con el escrito inaugural el demandante plantea dos pretensiones a saber; por un lado, como pretensión principal pide;

*1. Se declare el derecho al reconocimiento de pensión de vejez por parte de la Administradora de Pensiones, Colpensiones, y se condene al pago de la pensión solicitada, a GONZALO QUINTERO PEREA con CC 6.865.199 con fundamento en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición consignado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cumplir con la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión establecida en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado.*

Como pretensión subsidiaria pide;

*Primero. En caso que no me pueda beneficiar en mi derecho de pensión de vejez con la situación más beneficiosa como estipula el artículo 53 de la CPN, se me reconozca y pague mi derecho adquirido con fundamento en el artículo 8 Ley 171 de 1961, a partir de su solicitud, con fundamentos en los señalados en las diferentes peticiones y recursos hecha a los fondos de pensiones y el concepto de CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA U SERVICIO CIVIL del 15 de mayo de 2018.*

*Segunda. Que se me reconozca y pague mi derecho a la pensión de vejez, adquirido según los artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990 que aprueba el Acuerdo 049 de 1990 emanado del CONSEJO Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.*

Anotado lo anterior, y teniendo en cuanto la inconformidad del demandante respecto a que no se haya reconocido la pretensión subsidiaria, ya que según su dicho las dos prestaciones económicas resultan compatibles por cuanto el retiro de la vida laboral fue voluntario, acogiéndose a los requisitos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961. Empero, de entrada, se apunta no asistirle vocación de prosperidad a los argumentos esbozados, pues la Honorable Corte Suprema de Justicia en proveído CSJAL3111-2016, reiterado en la SL5247-2021, Radiación 83794, adoctrinó:

[...] las pretensiones subsidiarias solamente pueden ser objeto de estudio cuando quiera que las principales no resulten acogidas por el juzgador, por tratarse de una acumulación eventual o subsidiaria, es decir, cuando en el petitum inicial se plantean pretensiones excluyentes entre sí, lo que supone la dejación de las segundas ante la prosperidad de las primeras, siendo procedente abordar el estudio y decisión de aquellas, únicamente, frente a la desestimación previa de los pedimentos principales, pues al no tratarse de peticiones independientes y autónomas entre sí, (acumulación simple), si no por el contrario, tienen relación de dependencia, que condiciona que solo ante el rechazo de las súplicas principales es procedente el análisis de las subsidiarias (...)

Y en la SL2971-2021 radicado 77631 la Corte preciso;

“De otra parte, conviene destacar que las pretensiones subsidiarias solamente pueden ser objeto de estudio cuando las principales no resultan acogidas por el juzgador, por tratarse de pretensiones excluyentes entre sí. Así lo ha señalado el precedente de la Corporación (CSJ AL3511-2016, CSJ AL5290-2016, CSJ AL1216-2018 y CSJ AL1746-2020).”

Se precisa entonces que, en el caso *sub examine*, no es posible acceder al estudio de la pretensión subsidiaria como lo pretende el actor, habida cuenta que, al haberse concedido por la juez de instancia la pretensión principal, y en esta instancia, como se dejó sentado en precedencia, se consideró que el

derecho pensional a la Luz del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 resultaba procedente, se torna nugatoria la procedencia del estudio de las pretensiones subsidiarias, sin que se menoscaben derechos fundamentales como lo pretende hacer ver la censura, motivos estos que conllevan avalar la decisión de la Juez de instancia.

### **De los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.**

Respecto de este tópico en sentencia SL3552-2021 radicación N.º 59174, la Corte expreso;

*"Así las cosas, conforme al nuevo criterio jurisprudencial antes señalado y dado que la pensión de vejez de la demandante se otorgó en armonía con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el presente asunto resulta procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la referida normativa."*

*En ese sentido, se tiene que esta corporación ha explicado que los intereses moratorios proceden a partir del día siguiente al vencimiento de los 4 meses que confiere la ley para resolver la solicitud. (CSJ SL4985-2017)".*

Bajo el abrigo jurisprudencial, es procedente el pago de intereses moratorios, los cuales principian al día siguiente del vencimiento de los 4 meses que confiere la ley para resolver la petición.

En relación con lo anterior debe señalarse que, si bien la demandante solicitó en su escrito genitor igualmente el pago de la indexación de las sumas adeudadas, ello no resulta procedente puesto que, de procederse en ese sentido se estaría imponiendo una doble sanción para la convocada al proceso.

### **De la excepción de prescripción**

El derecho pensional es imprescriptible con sustento en el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución, y conforme al principio de solidaridad y a la especial protección que debe el Estado, que sostiene que el derecho a la pensión no se extingue con el paso del tiempo.

No obstante, sí existe un término de prescripción, pero para las mesadas pensionales. En otras palabras, las mesadas que no hayan sido reclamadas en un término de tres años, prescriben.

Luego entonces, se desestiman las excepciones formuladas por Colpensiones, incluyendo la de prescripción, debido a que el actor realizó la reclamación pensional el 17 de febrero de 2014, y la demanda fue instaurada en 7 de junio de 2019.

Empero, lo anterior se supera, al observar que el actor se vio inmiscuido en un largo trámite administrativo que fue superado el 15 de mayo de 2018 cuando la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resolvió conflicto negativo de competencia suscitado entre Colpensiones y la UGPP, mismo que llevo a la administradora de pensiones Colpensiones a proferir la Resolución SUB 256921 del 28 de septiembre de 2018 que negó la prestación económica de jubilación, frente a la cual el actor interpuso los recurso de ley, los cuales fueron resueltos en la Resolución SUB 19550 de 22 de enero de 2019 que confirmó lo anterior decisión.

Lo anterior permite concluir que, el fenómeno prescriptivo que encontraba suspendido y se reinició con la notificación que resolvió el recurso de apelación el 26 de febrero de 2019, temporalidad insuficiente al término prescriptivo de

los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales, en aplicación artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del C.S.T.

#### **V. COSTAS**

Dado que ninguno de los recursos de las diferentes partes salió avante, se encuentran no causadas (Vid. CGP, art. 365).

#### **VI. DECISIÓN**

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

#### **VII. RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**TERCERO:** Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

#### **NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADO**

  
CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado

  
KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

  
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado sustanciador: Dr. Carmelo del Cristo Ruíz Villadiego**

**ORDINARIO LABORAL**  
**Expediente N° 23-001-31-05-002-2020-00205-01 Folio 385-21**  
**DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE**

**Montería, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022).**

Procede la Sala a resolver por escrito el recurso de apelación interpuesto contra sentencia de fecha nueve (09) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **SHIRLY CECILIA MEJÍA DÍAZ** contra **EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD – EMDISALUD ESS EN LIQUIDACIÓN FORZOSA**.

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Pretensiones**

La actora demanda a EMDISALUD ESS EN LIQUIDACIÓN FORZOSA, a fin de que declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término definido, desde el día 22 de junio de 2015 y culminó al ser despedida por su empleador el 09 de agosto de 2019; como consecuencia de lo anterior, condenar a la demandada al pago de salarios adeudados desde abril 15 de 2019 al 09 de agosto de 2019; prestaciones sociales adeudadas desde el 01 de enero de 2019 al día de su despido, indemnización por no pago de prestaciones sociales, indemnización como perjuicio moral, a título de daño a la vida de relación o alteración grave de las condiciones de existencia, seguridad social, costas y agencias en derecho, finalmente, condenar a la demandada al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de impuesto a partir del mes 25 a falta de pronunciamiento judicial.

**I.II. Hechos**

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

- Afirma la accionante que el 22 de junio de 2015, fue contratada por la demandada para ejercer el cargo de supernumeraria.
  
- Indica que como salario se pactó el salario mínimo legal mensual vigente.

- Manifiesta que, la labor fue ejecutada de manera personal, atendiendo instrucciones del empleador, cumpliendo órdenes, pago correspondiente y en el horario de trabajo señalado.
- Arguye que, el día 09 de agosto de 2019, fue despedida y le adeudaban 3 meses y 24 días de salario y liquidación de prestaciones y seguridad social.

### **I.III. Contestación de la demanda.**

**I.III.I PARTE DEMANDADA EMDISALUD:** Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada indicando oponerse a las pretensiones 1º, 2º, 4º,5º,6º y 8º, teniendo en cuenta que, el 1 de octubre de 2014 celebraron contrato a término fijo, el cual fue prorrogado en 3 oportunidades por el mismo término inicial, teniendo como fecha final el día 30 de septiembre de 2015, debidamente liquidado.

Seguidamente, indica que celebraron contrato por obra o labor contratada de fecha 1 de octubre de 2015, el cual finalizó el 09 de agosto de 2019, como consecuencia de la renuncia voluntaria presentada por la demandante, a sabiendas de la crisis financiera y/o administrativa que atravesaba EMDISALUD E.S.S, lo cual llevó a incumplimientos involuntarios, siendo consecuencia la liquidación forzosa ordenada mediante Resolución No 8929 de 02 de octubre de 2019.

Propuso excepciones denominadas "*aplicación del fuero de atracción en el proceso liquidatorio, la no configuración del despido indirecto, la no procedencia de condena por daño moral, innominada*".

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, mediante sentencia de fecha 09 de septiembre de 2021, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada, declaró que entre la demandante y la sociedad demandada existieron 2 contratos laborales, uno a término fijo desde el 01 de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 y otro contrato de trabajo indefinido que fue desde el 01 de octubre de 2015 al 09 de agosto de 2019, el cual culminó por despido indirecto, condenar a la demandada a pagar indemnización por despido indirecto, salarios adeudados, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, condenó a la demandada a pagar a la demandante las cotizaciones a pensión desde el 01 de marzo de 2019 hasta el 09 de agosto de la misma anualidad, condenó al pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 10 de agosto de 2019 hasta el 02 de octubre de 2019, absolver a la demandada de los demás reclamos y condenó en costas a la demandada.

En síntesis, el Juez de Primera Instancia manifestó que no existe discusión respecto a los extremos temporales, teniendo en cuenta que la actora aceptó los dos extremos indicado por la demandada. Por lo que, concluye que entre las partes existieron dos contratos laborales uno a término fijo

desde el 1 de octubre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015 y otro contrato a término indefinido que va desde el 1 de octubre de 2015 hasta el 09 de agosto de 2019.

En cuanto a la causa de la terminación del contrato, la parte demandante alega que se dio un despido indirecto debido al incumplimiento de las obligaciones del empleador. En el asunto la parte demandante no aportó prueba documental alguna que demuestre el hecho del despido, no obstante, la parte accionada aporta un archivo denominado renuncia y aceptación de renuncia, en el cual se evidencia que la actora presentó carta de terminación del contrato a la sociedad demandada teniendo como fundamento que la empresa no ha cancelado los meses de marzo a julio de 2019, así como tampoco la prima de servicio, seguridad social por lo que asegura que el contrato termina por hechos imputables a la demandada. Frente a ello, es importante resaltar que esta última en su contestación reconoce que es cierto que existen acreencias en favor de la demandante por concepto de salarios y liquidación de prestaciones sociales del año 2019, por lo que, se denota que, si hubo incumplimiento por la demandada y, en consecuencia, se demuestra el despido indirecto.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **III.I. RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD – EMDISALUD ESS EN LIQUIDACIÓN FORZOSA**

El vocero judicial de la demandada interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, toda vez que no está de acuerdo con el pago de la prima de servicios debido a que no se valoró la prueba documental aportada en la contestación de la demanda, respecto al comprobante de pago de la primera prima del año 2019 correspondiente al mes de junio, el cual está en el numeral 13 de la contestación de la demanda y fue aportada oportunamente.

Por otra parte, no comparte su decisión de condenar a la indemnización moratoria a la entidad en liquidación, puesto que esta circunstancia haría más gravosa la situación actual de la empresa y fundamenta que en el caso de marras está demostrado que la empresa demandada se encuentra en liquidación forzosa ordenado mediante la resolución No 8929 de 02 de octubre de 2019, en ese orden, y de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado al respecto que las empresas en liquidación deben ser exoneradas del pago de la indemnización moratoria ante la ausencia de la mala fe.

Indica que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del alto Tribunal en sentencia radicado 53793 de fecha 1 de marzo de 2017, y de acuerdo con el criterio esbozado en la sentencia precitada se tiene que la empresa no ha actuado de mala fe frente a la actora, así como frente a los demás trabajadores, y el incumplimiento de obligaciones se debió a cuestiones adversas provocadas por la crisis financiera, por lo que, debe ser absuelta del pago de indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST.

Con fundamento en lo anterior, da por sustentado su recurso de apelación.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes guardaron silencio.

#### **V. CONSIDERACIONES**

**V.I.** Se deja claro, que la Sala se ocupará privativamente de los puntos expuestos en la censura, toda vez que, no tiene por qué entrar a dilucidar inconformidades no puestas a su consideración, pues ese es el alcance del apelante con el recurso; por consiguiente, esta Sala dejará incólumes los puntos de la sentencia de primera instancia no controvertidos.

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

#### **V.II- PROBLEMA JURÍDICO**

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar **i) si el Juez de Primera Instancia no tuvo en cuenta el pago efectuado a la demandante correspondiente a la prima de servicios del mes de junio del año 2019 ii) establecer si hay lugar al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.**

En el presente asunto, se evidencia que no existe discusión respecto a los extremos temporales, por tanto, se tiene que entre las partes existieron dos contratos laborales uno a término fijo desde el 1 de octubre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015 y otro contrato a término indefinido que va desde el 1 de octubre de 2015 hasta el 09 de agosto de 2019.

Ahora bien, lo que se encuentra en discusión es lo referente al pago de acreencias laborales, pues la parte demandada alega que el A quo no tuvo en cuenta el comprobante de pago de la prima de servicios del mes de junio del año 2019, el cual aportó con la contestación de la demanda.

Así las cosas, una vez revisado el acervo probatorio, se observa que, la parte demandada, efectivamente allegó al plenario soporte ejecución de préstamo, pagaré 0039 servicios para el desarrollo y comprobante de pago de fecha 12 de agosto de 2019, efectuado en la cuenta de ahorros 97050012480 de la señora Sirley Mejía Díaz, la suma de \$523.516 por concepto de prima de servicios del mes de junio de 2019. Razón por la cual, le asiste razón al recurrente, toda vez que se encuentra demostrado en el plenario que la entidad demandada canceló la prima de servicios correspondiente al mes de junio del año 2019, en consecuencia, se revocará la condena en comento.

**V.III** De otro lado, respecto a la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, frente a la cual el apoderado judicial de la demandada no se encuentra conforme, teniendo en cuenta que la entidad se encontraba en liquidación forzosa ordenada mediante la Resolución No 8929 de 02 de octubre de 2019, por lo que, las empresas en liquidación deben ser exoneradas del pago de la indemnización moratoria ante la ausencia de la mala fe.

En ese orden de ideas, es preciso indicar que en el caso bajo estudio la terminación del contrato de trabajo se produjo en fecha 09 de agosto de 2019, es decir, antes de la iniciación del proceso de liquidación de la entidad demandada, la cual fue ordenada mediante Resolución No. 008929 del 2 de octubre de 2019 de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que el inicio de ese trámite de liquidación no es de recibo para excluir la sanción moratoria en estudio. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Honorable Sala de Casación Laboral, en circunstancias similares, para justificar dicha sanción ha establecido que *«la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores»*, sino que:

*"la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo". (CSJ SL, 9, feb. 2010, rad. 36080; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 37288; CSJ SL, 1 ag. 2012, rad. 40972 y CSJ SL485-2013, entre otras)*

Ahora bien, la misma Corporación en sentencia SL1595-2020, con ponencia del magistrado Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez, establece que:

*"De antaño ha sido criterio constante en las decisiones de la Sala, que en principio los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, no constituyen de manera automática buena fe, como tampoco situación de caso fortuito o fuerza mayor que exoneren de la indemnización moratoria, y aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional deberá quien así lo alegue, demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva. Así quedó plasmado en la sentencia CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012, en la que sobre el tema, se sostuvo lo siguiente:*

*Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que, **en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria; en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe.**"*

Así las cosas, en el caso bajo estudio se evidencia que la crisis económica de la demandada, no es eximente del pago de la indemnización moratoria, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia. Aunado a ello, se observa que el a quo impuso dicha sanción hasta el inicio del proceso de liquidación de la demandada, lo cual ha sido aceptado por la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1186-2019, en la cual se dispone que, desde la fecha en que inicia el proceso de liquidación obligatoria de la sociedad demandada, no se puede deducir que el empleador llamado a la liquidación forzosa, siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses de sus trabajadores. De conformidad con lo anterior, se procederá a confirmar la sentencia apelada.

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

## VI. DECISIÓN

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

## VII. RESUELVE:

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral tercero de la sentencia apelada, en el sentido de absolver a la demandada del pago correspondiente a la prima de servicios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**CUARTO:** Oportunamente vuelva el expediente a su oficina de origen.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado

  
KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

  
CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**

**ORDINARIO LABORAL**  
**Expediente 23-001-31-05-002-2020-00029-01 Folio 417-21**  
**DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE**

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

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ OLIVEROS** contra **MOVIRED VISA S.A.**

**I. ANTECEDENTES**

**I.I Pretensiones.**

Pretende la parte actora, se declare que entre la empresa OVIRED VIDA SAS y la señora CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ OLIVEROS, existió una relación contractual de carácter laboral desde el 16 de enero de 2015 hasta el 31 de octubre de 2017 con un salario de \$1.000.000, y como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad demandada al reintegro de la actora, salarios adeudados desde el día que ocurrió el despido hasta la fecha en que se efectúe el reintegro, prestaciones sociales tales como horas extras diurnas y nocturnas, trabajo ordinario y extra en dominicales y festivos, recargo nocturno por trabajo ordinario, recargo nocturno por horas extras nocturnas, no disfrute en tiempo de vacaciones causadas, aportes mensuales correspondientes a la seguridad social de pensión, salud y ARL desde que ocurrió el despido, 180 días de salario por despido sin autorización del Inspector de Trabajo de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997, costas y agencias en derecho.

**I.II Hechos**

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

- Indica la actora que estuvo vinculada laboralmente a la empresa MOVIRED VIDA SAS desde el 16 de enero de 2015 hasta el 31 de octubre de 2017, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de Asistente Administrativa, y acatando funciones impartidas por su jefe inmediato, el Gerente General.
- Arguye que tenía que cumplir con una jornada laboral de lunes a lunes, las 24 horas del día sin excepción, ejecutando sus funciones de manera personal sin que se llegare a presentar queja alguna.
- Explica, la empresa demandada, decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa el día 31 de octubre de 2017, sin cancelarle indemnizaciones, vacaciones y horas extras.
- Informa que durante la relación laboral, adquirió la enfermedad física denominada vértigo, inflamación de oído interno por el uso permanente del celular para programar traslados solicitados por las EPS por un período de dos años, nueve meses y quince días, estando la demandada enterada al respecto.
- Aduce, que al ser despedida la empresa le ordenó practicar examen de egreso, el cual arrojó una enfermedad en el oído, pero sin ser calificada por organismos idóneos para determinar su grado y porcentaje de invalidez y pérdida de capacidad laboral.
- Finalmente dice, con fecha 1 de febrero de 2019, se le solicitó a la representante legal de la accionada, Dra. Ingrid Cerra Amín, el reconocimiento, liquidación y pago de todas las prestaciones sociales y económicas de origen laboral adeudados, las cuales hasta la fecha de presentación de la demanda no han sido reconocidas.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **II.I. MOVIRED VIDA S.A.S.**

Procedió la empresa Movired Vida SAS a dar contestación a la demanda presentada a través de apoderado judicial, informando que la demandante sostuvo dos tipos de contrato con su representada, primero fueron dos contratos de prestación de servicios profesionales no subordinados e independientes, uno desde el 16 de enero al 15 de febrero de 2015 y el otro desde el 16 de febrero al 15 de marzo de 2015.

Y posteriormente dos contratos de trabajo a término indefinido, cuyos extremos laborales fueron, el primero desde el 16 de marzo de 2015 y el segundo con fecha de inicio 1 de abril de 2016 hasta el 31 de octubre de 2017, terminado por mutuo acuerdo y cancelándose todas las

prestaciones sociales y emolumentos derivados de los mismos. Aclara que, efectivamente todos los contratos se desarrollaron en el cargo de Asistente Administrativo.

En lo que respecta a las pretensiones, se opone a la totalidad de las mismas y propone como excepciones de fondo las de "Carencia de derecho para pedir", "Pago", "Compensación", "Buena fe", "Prescripción" y "Cobro de lo no debido".

### **III. SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de fecha 10 de noviembre 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería decidió: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS las excepciones de CARENCIA DE DERECHO PARA PEDIR; PAGO y COBRO DE LO NO DEBIDO propuestas por MOVIRED VIDA SA, DECLARAR que entre la demandante CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ OLIVEROS y la sociedad accionada MOVIRED VIDA SA existió un contrato laboral desde el 16 de enero de 2015 hasta el 31 de octubre de 2017, la cual terminó por mutuo acuerdo de las partes, como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a MOVIRED VIDA SA a pagar a la demandante CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ OLIVEROS, lo correspondiente a vacaciones no pagadas y ABSOLVER a la demandada de los demás reclamos impetrados, condenándola al pago de costas y agencias en derecho.

Pudo determinar el a-quo en aplicación a la presunción establecida en el art 24 del CST, los contratos que pretendían ser alegados como de prestación de servicios, realmente fueron un contrato de trabajo que tuvo lugar entre las partes hasta el año 2017, correspondiéndole a la parte demandada derruirla, situación que para el caso no ocurrió.

En lo que respecta al despido injusto alegado, adujo que esta condena no procede, toda vez que las partes suscribieron un documento de terminación del contrato por mutuo acuerdo, el cual consideró completamente valido.

De las horas extras solicitadas indicó, no fueron demostradas efectivamente por parte de la trabajadora.

### **IV. RECURSO DE APELACION**

#### **IV.I. Parte Demandante**

Sostuvo lo siguiente:

*"En esta instancia me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta instancia, por considerar que la señora Claudia Patricia Hernández si tiene derecho a que se le pague el recargo de horas diurnas y nocturnas acorde con las pruebas aportadas al expediente, las cuales se encuentran a a folio 43 y 54, las cuales pues*

*se les debió dar el respectivo valor probatorio, teniendo en cuenta que estas pruebas no fueron desvirtuadas tampoco por la parte demandada, por lo cual se presume que tienen valor de autenticidad y valor probatorio, de igual forma se debe presumir la buena fe de la parte demandante, ya que ella misma en aras de demostrar que en dicha relación laboral no le fueron canceladas estas horas laboradas, se le puede reliquidar y liquidar estas horas por el tiempo laborado durante la relación laboral del 6 de enero de 2015 hasta el 31 de oct de 2017, teniendo en cuenta que ella prestó sus servicios pero dichas horas no le fueron canceladas.*

*De igual forma tampoco, la suscrita no está de acuerdo con la liquidación parcial de las prestaciones sociales, acorde con los respectivos pagos que le fueron realizados teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente”.*

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes guardaron silencio.

## **VI. CONSIDERACIONES:**

### **VI.I. Presupuestos procesales.**

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

### **VI.II. Problema jurídico.**

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar si la demandante, señora Claudia Patricia Hernández tiene derecho a que se le pague lo concerniente al recargo de horas extras diurnas y nocturnas alegado.

**VI.III:** En primer lugar, atendiendo que se pretende por la parte actora se reconozcan las horas extras laboradas, es preciso indicar que la Corte Suprema de Justicia ha explicado reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo. Sobre este punto, en sentencia CSJ SL 9 ag. 2006, rad. 27064, la Sala indicó:

*"Es importante recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva*

*claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas, como sucedió en el sub examine.”*

De igual manera se pronunció en sentencia rad. 47044, de fecha 15 de febrero de 2017, con ponencia de magistrado Gerardo Botero, estableciendo lo siguiente:

*"No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada”.*

Revisado el expediente y las documentales en las que pretende basarse la recurrente, evidencia esta Corporación, las planillas adosadas a folios 43-53 del expediente no dan validez probatoria alguna acerca de las horas extras pretendidas, toda vez que en ellas no se ofrece certeza acerca de la persona que las suscribió o que hayan sido realizadas por parte de la empresa demandada, y así mismo tampoco se observa con claridad las fechas exactas en que fueron laboradas, y partiendo del principio que las partes no pueden fabricar su propia prueba, se cita lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL866-2020, M. P. Ernesto Forero Vargas, donde se indicó al respecto lo siguiente:

*"Aunque con lo expuesto es suficiente para resolver la instancia, dado que las pretensiones están fundadas en las nivelaciones salariales y prestacionales consagradas en la convención colectiva, la Sala considera, con relación a la validez del cuaderno anexo, contentivo de 540 folios, que si bien fue aportado con la demanda inicial, lo cierto es que conforme las previsiones del artículo 252 del CPC, aplicable en su momento, no hay certeza de quién lo elaboró, es decir, que carece a autenticidad. En efecto, según la citada disposición, modificada por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003, «es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado».*

*Luego de la revisión del citado anexo la Sala no encuentra signos, rasgos, firmas u otros elementos que permitan inferir su origen o de quién proviene, lo cual, justamente, fue lo que el a quo estableció. Es más, el actor no controvierte la deducción del sentenciador, según la cual, al parecer fue el mismo demandante quien la elaboró, es decir, que la información allí consignada no fue realizada por las empresas demandadas o por personas autorizadas para ello y, por tanto, no podía beneficiarse de una prueba preconstituida o prefabricada por el mismo.*

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar inadvertido que cuando se*

*corrió traslado de dicho medio de convicción, las contendientes alegaron su falta de autenticidad, razón por la cual, el actor estaba compelido a demostrarla. Adicionalmente, si bien, como lo afirma el recurrente en la alzada, se solicitó la práctica del testimonio de Fernando Rodríguez en aras de verificar la procedencia y validez de dicho medio de convicción, lo cierto es que el mismo no se practicó y, por tanto, asiste razón al sentenciador de primer grado al afirmar que el mismo no puede ser tenido en cuenta por las razones anotadas”.*

En este orden de ideas, concluyó en dicha oportunidad el mencionado órgano de cierre, argumentando:

*"Respecto a los reajustes de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos la Sala considera que no hay lugar a ellos por las siguientes razones:*

*(...) la simple fijación de horario y disponibilidad no permite dar por acreditado el trabajo efectivamente realizado por el actor; y iii) la prueba analizada en el numeral 3 de esta providencia no es válida estos propósitos, conforme se indicó en precedencia. Por consiguiente, ante la orfandad probatoria que permita establecer con claridad y precisión el trabajo suplementario ejecutado por el actor, la decisión del a quo debe mantenerse”.*

De la jurisprudencia en cita se logra concluir, no habrá lugar al aludido pago de horas extras pretendido por la parte actora, máxime cuando fue alegada por la contraparte su falta de autenticidad, razón por lo cual, la parte activa estaba compelida a demostrarla, debiendo acreditar efectivamente “una a una” las horas y los días alegados, sin embargo, la demandante no cumplió con dicha carga procesal.

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

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

Entonces, no se pueden realizar cálculos o suposiciones de dichos momentos, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario, ya que se requiere que estén debidamente acreditadas.

Finalmente, es de aclarar que se aqueja la demandante en su recurso de apelación, argumentando que no se encuentra de acuerdo con la liquidación parcial de prestaciones sociales realizada, y al respecto se resalta, no considera esta Sala claridad alguna en el reparo realizado, ya

que de lo dicho no se logra inferir a ciencia cierta, a cual ítem de sus pretensiones se refiere, ahora, si en gracia de discusión estuviera, y la recurrente se refiere a las condenas impartidas por el Juez de primer grado, verifica esta Sala, el pago ordenado por concepto de vacaciones se encuentra realizado conforme a derecho, y no habrá lugar a modificaciones en este.

#### **VI.IV.COSTAS**

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

#### **VII. DECISIÓN**

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

#### **VIII. RESUELVE:**

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

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

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

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado

  
KARÉM STELLA VERGARA LOPEZ

  
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA  
Magistrado