



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: MARCOS JOEL SALAZAR RINCÓN
Demandado: MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO
Litisconsorte: ACP COLPENSIONES
Radicado: 05001 31 05 013 2019 00302 01
Sentencia: S-117

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a dar trámite a los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, así como a la revisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín el día 12 de mayo de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES:

MARCOS JOEL SALAZAR RINCÓN demandó a la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO, para que le reconozca y pague el salario causado y no pagado del mes de abril de 2019 por la suma de \$550.000, la

cesantía e intereses a la misma del 1° de enero al 30 de abril de 2019, la prima de servicios del primer semestre de 2019, indemnización por despido injusto, vacaciones de los años 2017 y 2018, pensión sanción al no mediar pago completo de los aportes a la seguridad social en pensiones o en su defecto el pago de los mismos, sanción moratoria por el no pago completo de prestaciones, la corrección monetaria de lo debido y las costas procesales.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 24 de febrero de 1957; que inició labores el 28 de enero de 1992 al servicio del señor GUILLERMO MONTOYA PÉREZ ex esposo de la demandada, en la finca situada en el municipio de Guarne, vereda Quebrada Arriba, desempeñándose como mayordomo y oficios varios; que el salario pactado fue equivalente al mínimo legal; que a partir del 1° de noviembre de 2005, siguió laborando con la demandada sin solución de continuidad y bajo la dependencia de esta hasta el 30 de abril de 2019, fecha en la cual fue despido sin justa causa; que solo fue afiliado a pensiones a partir del 1° de mayo de 1997, presentando a su vez períodos no cotizados, y registra 848,71 semanas; que su auxilio a la cesantía le fue consignado anualmente, pero no la proporción del 2019; y que durante los últimos 2 años no disfrutó de vacaciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO aceptó la fecha de nacimiento del demandante, y que laboró al servicio del señor GUILLERMO MONTOYA PÉREZ desde el año 1992, pero indica que el servicio prestado a ella inició a partir del 1° de noviembre de 2005; que es cierto el salario mínimo percibido; que el demandante comenzó a laborar con ella a partir del 1° de noviembre de 2005, cuando firmaron un contrato de trabajo; que el despido no fue sin justa causa, ya que este finalizó por vencimiento de la prórroga; que no le consta la

afiliación a la seguridad social desde 1997, ya que con esta solo empezó la relación laboral en el año 2005 efectuando cotizaciones ininterrumpidas hasta el 30 de abril de 2019; que no es cierto que se presente la figura de la sustitución patronal; que no es cierto que el demandante hoy este ocupando la fina en la que laboraba; que es cierto que siempre se le consignó la cesantía, y no es cierto que se le adeude un pago parcial de cesantía; y que el último período de vacaciones se le compensó en dinero, y se solicita autorización para consignarle el adeudado. Se opuso a la totalidad de pretensiones, indicando que los salarios de abril de 2019 y prestaciones sociales de enero a abril del mismo año, se pagaron con la consignación en el Banco Agrario, sin adeudarle otro concepto como es la indemnización por despido injusto, pensión sanción, sanción moratoria ni indexación, debiéndose tan solo el penúltimo período de vacaciones. Como excepciones de fondo propuso pago, prescripción, transacción, inexistencia de la obligación de pagar pensión sanción e indexación, ausencia de causa para pedir, inexistencia del despido e inexistencia de obligaciones legales.

COLPENSIONES, en su respuesta señaló que acepta la fecha de nacimiento conforme al registro civil de nacimiento; que no le consta la afiliación a esta entidad, pero es cierto que ha cotizado 848.71 semanas; y que no le consta los demás hechos, toda vez que obedecen a una situación exclusiva del demandante y la codemandada, razón por la cual deberá probarse en el proceso. Se opuso a las pretensiones, por falta de legitimación en la causa por pasiva, y carecer de fundamentación fáctica y legal y señala que en el evento de quedar demostrado el incumplimiento de las obligaciones de la demandada MARTHA MONTOYA, la misma debe ser condena a realizar los pagos de los aportes que hubiere lugar y que fueran demostrados en el expediente, los mismos que deben ser recibidos y aplicados al período indicado, pero que al ser pagos en mora, en el eventual caso de un siniestro los mismos no se tendrán en cuenta porque quien debe responder es el empleador. Como excepciones planteó buena fe, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 12 de mayo de 2022, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, profirió la siguiente decisión:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor MARCOS JOEL SALAZAR RINCON y el señor GUILLERMO MONTOYA PÉREZ existió contrato de trabajo desde el 31 de diciembre de 1992, con sustitución patronal con la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO desde el 1 de noviembre de 2005 hasta el 1 de abril de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO a pagar ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el cálculo actuarial tendiente a validar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones en favor del señor MARCOS JOEL SALAZAR RINCÓN por los siguientes períodos:

- 31/12/1992 al 21/04/1997
- 01/08/1998 al 31/10/2001
- 01/06/2004 al 31/10/2005

Tomando como IBC el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Se condena a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a elaborar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el mencionado cálculo actuarial, y notificarlo a la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO, a quien se condena a su pago, dentro del término que la entidad de seguridad social le fije.

Se condena a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a actualizar la historia laboral del demandante, dentro de los 30 días siguientes al pago del cálculo actuarial aludido, con las novedades del pago del cálculo y con el pago de 8 días de abril de 1997 por el señor GUILLERMO MONTOYA PÉREZ.

TERCERO: CONDENAR a la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO a pagar al señor MARCOS JOEL SALAZAR RINCÓN los siguientes conceptos:

- \$3.850.000 por concepto de indemnización por despido injusto
- \$256.052 por vacaciones de 2016-2017
- \$266.525 por vacaciones de 2017-2018
- Indexación de las condenas, según la fórmula y directrices expuestas en la motivación.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de PAGO respecto a la liquidación definitiva de prestaciones sociales, además de la estimación del pago parcial por la suma de \$764.127, autorizando a la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO a descontar éste valor de las condenas aquí proferidas.

Las demás excepciones de mérito propuestas por las demandadas, se declaran improbadas.

QUINTO: COSTAS en ésta instancia a cargo de la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO y en favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000."

RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación en forma parcial en lo que se refiere a la condena del pago de indemnización por despido injusto, ya que en la sentencia no se tuvo en cuenta la unidad contractual que existió desde el 28 de enero de 1992 al 30 de abril de 2019, y por ende, no se contabilizó el tiempo trabajado desde el año 1992 a noviembre del año 2005, pues la parte pasiva no probó que el señor GUILLERMO MONTOYA hubiese pagado indemnización alguna; y además no existe prueba de la existencia de las interrupciones de cada uno de los contratos existentes celebrados con posterioridad al mes de noviembre de 2005.

Por otra parte, el apoderado de la demandada MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO, expuso en su recurso que en la sentencia el

juzgado desconoce la existencia de una sustitución laboral la cual no se dio, no se dio debido a que se celebró un nuevo contrato que el mismo demandante reconoció y no manifestó en ningún momento que se haya presentado presión, fuerza o dolo para que tal contrato se celebrara, la norma establece que la sustitución se da por el cambio de empleador por otro por cualquier causa, en este caso, se desconoce la figura de la sustitución y se actuó de buena fe y además la razón del nuevo contrato fue simplemente que en razón de la disolución de la sociedad conyugal la Sra. Martha Elena acordó con el Sr. Marco Joel la celebración de un nuevo contrato porque ya ese predio no le pertenecía al primer empleador el Sr. Guillermo Montoya Pérez sino a ella, por lo que hubo consentimiento del trabajador y no se le engaño.

Otra inconformidad radica en que el despacho basa su decisión tomando como argumento un certificado que la Sra. Marta Elena firmó a petición del Sr Marco Joel, donde habla que el contrato inició en determinada fecha y que con anterioridad tuvo un contrato con el Sr. Guillermo Montoya, esa primera relación que aparece en ese certificado que es un certificado de simple correspondencia y amabilidad con un trabajador no se puede decir que esa parte donde la Sra. Marta Elena habla de un contrato anterior con determinados extremos laborales sea una confesión, no se puede confesar nada por un tercero eso es claro a la luz de las normas procesales y probatorias, un simple certificado no puede tomarse como una confesión respecto de terceros.

Se dice que no hubo solución de continuidad tal como se mostró en la prueba documental en el momento de los alegatos de conclusión, la prueba documental siendo este el certificado de historia laboral de COLPENSIONES donde antes de que la Sra. Marta Elena hiciera la afiliación iniciando el contrato el día 1º de noviembre de 2005 se ve que en el renglón anterior tenemos que Guillermo Montoya Pérez pagó aportes hasta el 31 de mayo de 2004, es decir que entre esa fecha y la fecha de iniciación del contrato con la Sra. Marta Elena transcurrió un término de año y medio; siendo así, se le solicita al despacho y en el

trámite de segunda instancia se tenga en cuenta como fecha de la terminación del contrato con el Sr. Guillermo Montoya y en consecuencia a la cesación de la prestación del servicio por parte del Sr Marco Joel la fecha del 31 de mayo de 2004.

El despacho entre las múltiples condenas que impone está la indemnización por terminación del contrato y habla de 7 meses, si este contrato fue celebrado por 6 meses contados a partir del 1 de noviembre de 2005 y tenía período inicial y 3 prorrogas por igual termino se entiende que la suma corresponde a 2 años y la cual determinaba el 31 de octubre de 2007, y a partir de esa fecha se prorrogaba automáticamente por un año lo que significa que ese contrato terminaría el 31 de octubre de ese respectivo año y no hay 7 meses sino 6 meses, en consecuencia con lo anterior se solicita rectificar que esa indemnización por terminación de ese contrato no fue de 7 meses sino de 6 meses.

De igual forma el despacho condena a la parte demandada a pagar los incumplimientos pensionales del primer empleador apoyándose en la sustitución de empleadores, la cual negamos su existencia, también condena a pagar el cálculo actuarial y ordena tomar fecha del año 1994 aproximadamente hasta la última fecha de vinculación del Sr Marco Joel; al remitirnos a la norma que habla de responsabilidades en la sustitución, sustitución que no aceptamos que haya existido, pero en el evento de que esto fuera cierto nos remitimos al numeral 3 del artículo 69 del Código Laboral (Lee el numeral del articulo) se trata de una norma de 1948-1950 y a esa fecha no existía el régimen contributivo de la Seguridad Social, entonces dicho artículo establece que el nuevo empleador continúe a partir de esa sustitución pagando el aporte a pensión, mesadas, lo anterior es la correcta hermenéutica de ese numeral 3, las anteriores mesadas pensionales las paga el anterior empleador siendo este un deber exclusivo del mismo, entonces los aportes a la Seguridad Social que se dejaron de pagar los tiene que pagar el anterior empleador en consecuencia con esto los aportes que

se causen durante la sustitución en este caso frente al nuevo empleador los cubre el nuevo. Respecto a esto se evidencia la negligencia de COLPENSIONES que nunca realizó el cobro de dichos aportes, por lo anterior se invoca la correcta aplicación del numeral 3 del artículo 69 del Código Laboral. La Sra. Marta Elena pagó cumplidamente los aportes a la Seguridad Social.

De igual forma, el presente proceso deberá ser revisado en grado jurisdiccional de Consulta, frente a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

En esta instancia, dentro del término concedido a las partes, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión manifestando que no se opone a que, en el evento de ser confirmada la sentencia, se elabore el respectivo cálculo actuarial que debe ser pagado por la codemandada.

Por otro lado, el apoderado de la demanda, indica que no es posible la sustitución patronal, toda vez que se celebró un nuevo contrato con la demandada, el demandante afirmó haber recibido la liquidación del señor GUILLERMO MONTOYA la cual terminó el 14 de mayo de 2004, y por tal razón, fueron hasta allí realizados los pagos a la seguridad social; que a partir del año 2005 los pagos a la seguridad social en pensiones, fueron ininterrumpidos; que no puede catalogarse como confesión cuando la actora refiere a la relación laboral anterior del demandante, por ser un hecho relacionado con un tercero; y que en el caso de existir una sustitución patronal, la cual no debe prosperar, a la demandada no se le pueden trasladar la gravosa consecuencia del no pago de la seguridad social en pensiones, ya que fue Colpensiones por su negligencia quien nunca cobró dichos aportes, y por lo tanto debe responder por con sus recursos. Y que la indemnización esta liquidada de manera incorrecta, debiendo ser solo 6 meses.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, en contra de la sentencia de primera instancia, con arreglo al principio de consonancia de que trata el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66 A del CPTSS.

La juez de primera instancia consideró en su sentencia que, se había configurado la sustitución patronal entre el señor GUILLERMO MONTOYA PÉREZ y la demandada MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO, argumentando su decisión conforme a la jurisprudencia vigente frente a dicho tema, en el sentido de que se habían probado los 3 elementos exigidos¹, pues no se desnaturalizó la figura de la sustitución patronal por el solo hecho de tener un nuevo contrato de trabajo, ya que el actor continuó prestando su servicio en la misma finca y ejerciendo la misma labor, teniendo como fecha de iniciación de la relación laboral el último día y mes del año 1992, es decir, el 31 de diciembre de 1992, toda vez que no se probó otro extremo, y como consecuencia condenó a pagar a la señora MARTHA MONTOYA a través de cálculo actuarial a COLPENSIONES, los períodos comprendidos del 31/12/1992 al 21/04/1997, 1º/08/1998 al 31/10/2001, y del 1º/06/2004 al 31/10/2005. De igual forma, condenó a la indemnización por despido sin justa causa por 7 meses, por no darse una terminación correcta del contrato de trabajo.

Antes de cualquier consideración en torno a las inconformidades presentadas en los recursos de apelación, es preciso advertir, que existen una serie de situaciones que no ofrecen discusión alguna a esta altura del proceso y las cuales ya no serán debatidas: **i)** la relación laboral que existió con la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO a partir del año 2005; **ii)** el salario recibido por el actor por valor de \$550.000; y **iii)** el lugar de prestación personal del servicio ejerciendo

¹ Cambio de empleador, existencia del establecimiento y continuidad en la prestación del servicio.

la actividad de mayordomo en la finca AGUA DULCE ubicada en el municipio de Guatapé Antioquia.

De esta manera, son tres los temas básicos que debe dirimir la Sala conforme a las apelaciones presentadas y la consulta concedida en favor de COLPENSIONES: **1)** si realmente existió una sustitución patronal entre el señor GUILLERMO MONTOYA PÉREZ y la codemandada MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO o por el contrario al existir disolución de la sociedad conyugal y elaborarse un nuevo contrato de trabajo, dejó de existir la misma, siendo terminada la relación laboral con el señor GUILLERMO MONTOYA PÉREZ el 31 de mayo de 2004, con solución de continuidad; **2)** si los aportes a la Seguridad Social en pensiones deben ser cancelados por el anterior empleador, al dársele una correcta interpretación del numeral 3º del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, o debe ser responsable COLPENSIONES por la mora del empleador y la negligencia al no realizar el cobro de dichos aportes; **3)** y si la indemnización por despido injusto debe ser liquidada teniendo en cuenta el tiempo laborado por el demandante desde el año 1992 a 2005, o por el contrario como lo efectuó la juez, pero siendo corregida la condena teniendo en cuenta un término para finalizar el contrato de 6 meses y no de 7.

i) Sustitución patronal

Para analizar lo que tiene que ver con la figura de la sustitución patronal, hay que remitirnos a los artículos 67 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales consagran lo siguiente:

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

...La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.”

De igual forma, lo anterior se tiene que armonizar con lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia² de vieja en donde señaló que la figura de la sustitución patronal tiene por finalidad *“amparar a los asalariados contra un imprevisto e intempestivo fin del contrato de trabajo producido por el traspaso o cambio de dominio o de administración de la empresa”*.

Se tiene pues que, para hablar de la sustitución patronal, deben configurar tres elementos, como lo estableció claramente la juez: un cambio de empleador, la continuidad de la empresa tanto en sus actividades o negocios, y la continuidad del trabajador prestando el servicio³.

Descendiendo al caso objeto de estudio se observa que, si se presentó la sustitución patronal, por las siguientes razones:

1. En lo que se refiere al cambio de empleador, si bien la prueba documental es muy escasa, existe la constancia elaborada por la misma demandada, la cual no fue tachada de falsa, en donde expresa que *“Es de anotar que durante el lapso comprendido entre los años 1992 y 2005 laboró, en esta misma propiedad, con el doctor GUILLERMO MONTOYA PÉREZ ejerciendo la misma actividad”*, no obstante, si esto no fuera de recibo, el testigo de la parte demandada JORGE MARIO MOLINA VELÁSQUEZ, quien le prestó asesoría en varios proyectos agrícolas a la demandada, señaló que él sabe que el demandante laboró con el señor GUILLERMO porque la finca estaba manejada por éste al principio, y se daba cuenta que él era el que le daba las órdenes; y por otro lado, la testigo MARTA LUCÍA MORALES, quien es promotora de salud del municipio, en las encuestas que debía realizar a las familias de la vereda por motivos de su trabajo, cuando iba a visitar a la familia del actor, siempre colocaba que el patrón era el señor

² T-927 de 2010

³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL1399 de 2022

GUILLERMO, pero señaló que nunca lo conoció. Por otro lado, y quizás más significativo, si bien en la historia laboral⁴ del demandante solo se reportan cotizaciones con el empleador GUILLERMO MONTOYA PÉREZ hasta el 31 de mayo de 2004, no figura la novedad de retiro correspondiente, por lo que en principio se puede establecer que continuó la relación laboral.

2. En lo que se refiere a la existencia del mismo establecimiento, está más que claro que el demandante siempre ha laborado en la finca AGUA DULCE en el municipio de Guatapé; así lo expresa la misma demandada y lo corrobora la testigo MARTA LUCÍA MORALES, quien es promotora de salud desde 1998, pues como se dijo le realizaba una encuesta mensual a la familia del actor por motivos laborales.
3. Y, en lo que tiene que ver con la prestación del servicio, no existe duda alguna que el demandante haya seguido prestando los servicios en la finca AGUA DULCE, pues de la misma constancia arriba mencionada la cual fue elaborada por la demandada así se observa, y si bien la señora MARTHA ELENA MONTOYA se divorció del señor GUILLERMO MONTOYA, la finca pasó a ser de su propiedad, y conforme a lo declarado por el señor JORGE MARIO MOLINA, se logra entrever que nunca existió una interrupción en dicha relación laboral, pues este señala que siempre pudo notar que había un mayordomo, el cual sin lugar a dudas era el demandante.

Es importante advertir que, a pesar de existir un nuevo contrato entre las partes, nuestro órgano de cierre ha señalado que *“la continuidad en la prestación del servicio no equivale a continuidad en el contrato de trabajo, como lo entiende el recurrente. De lo contrario, **podrían eludirse con facilidad los efectos de la sustitución de empleadores, terminando los contratos de trabajo antes de que el nuevo empresario asuma la***

⁴ Incorporadas en el expediente administrativo de folios 9 a 16 y 35 a 54

dirección del negocio y suscribiendo uno nuevo con él.⁵”(Negrilla fuera del texto)

Así las cosas, lo anterior es suficiente para **CONFIRMAR** lo decidido por la juez de primera instancia, en tal sentido.

ii) Cálculo actuarial

Para comenzar a resolver esta inconformidad se hace necesario repetir que la juez de primera instancia condenó a la señora MARTHA ELENA MONTOYA a cancelar un cálculo actuarial a COLPENSIONES, por los períodos comprendidos entre el 31 de diciembre de 1992 al 21 de abril de 1997, 1º de agosto de 1998 al 31 de octubre de 2001 y el 1º de junio de 2004 al 31 de octubre de 2005; no estando conforme el apoderado de la demandada con lo anterior, indicó en su recurso que la interpretación del artículo 69 en su numeral 3º del Código Sustantivo del Trabajo, es completamente distinta a la dada por la juez, y que en el caso de salir adelante esta interpretación, es COLPENSIONES, quien debe responder por existir mora del empleador.

Lo primero que debe señalar la Sala, es que en las pretensiones de la demanda van encaminadas al pago completo de los aportes a la seguridad social en pensiones, por lo que desde un principio el estudio se debió dividir en 2 partes, es decir, al estudio de la omisión de la afiliación y la mora en las cotizaciones, ya que contrario a lo indicado por la juez, desde la misma fijación del litigio se señaló que también se debía realizar un estudio en el sentido de observar si COLPENSIONES tenía alguna responsabilidad, ya que fue integrado como litisconsorcio necesario por pasiva, y frente a éstas pretensiones la entidad codemandada en su contestación señaló que en caso de mora, en el eventual caso de un siniestro los mismos no se deberían tener en cuenta, ya que quien debe responder es el empleador.

⁵ SL 1399-2022

Por lo anterior, es ineludible explicar que en el caso de autos se presentan dos figuras completamente disímiles, la **omisión en la afiliación** y la **mora en las cotizaciones**, que claramente desencadenan acciones de diferentes índoles; **la mora**⁶, obedece a falta de pago de la cotización por ciertos períodos por parte del empleador en vigencia de una relación laboral, en **donde la respectiva administradora de pensiones debió adelanta las acciones de cobro** pertinentes para obtener el recaudo de los aportes que se registran en mora en la historia laboral, los cuales son de importancia para adquirir el derecho a la prestación económica, sin que le sea imputable al afiliado responsabilidad alguna; por el contrario, **la omisión** en la afiliación, se produce cuando el empleador **incumplió su obligación de afiliar** al trabajador, para que de esta manera se pudieran reportar en vigencia del vínculo laboral las respectivas cotizaciones, de modo que ante tal omisión se configura una deuda o crédito cobrable, la cual se realiza a través de un cálculo actuarial que está en cabeza del empleador, sin ser posible atribuirle esa carga y mucho menos responsabilizar del pago de la pensión a la administradora pensional bajo la figura de la mora en las cotizaciones.⁷

Ahora. La Sala se dispuso a revisar el expediente administrativo anexado por COLPENSIONES, encontrándose que el ex empleador GUILLERMO MONTOYA PÉREZ, solo afilió al demandante hasta el **23 de abril de 1997**⁸, iniciando la relación laboral el 31 de diciembre de 1992, como ya quedó establecido en primera instancia y que no fue objeto de discusión, por lo que claramente encaja en la figura de omisión de la afiliación, siendo ineludible traer el mecanismo del título pensional, debiendo ser entendido éste como aquel cálculo actuarial que están obligados a trasladar a las AFP las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones establecido en la ley 100 de 1993, efectuaban directamente el reconocimiento y pago de pensiones.

⁶ CSJ SL2074-2020, CSJ SL6030-2017, CSJ SL3399-2018 y CSJ SL3550-2018

⁷ SL16086-2015 y SL3609-2021.

⁸ Folio 13 de la demanda

Debe indicarse que la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de septiembre del 2014 radicado 45107, la cual ha sido reiterada en sentencias como la SL2263-2022, señaló que la obligación del empleador de pagar el cálculo actuarial por el período laborado antes de que se suscitara la obligación de afiliar al trabajador al sistema general de pensiones, no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores, dado que no puede *“...imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.”*

De igual forma, esta Sala debe advertir que independientemente si la afiliación al ISS no se efectuó por omisión del empleador o debido a que no existía cobertura, es obligación del empleador pagar mediante cálculo actuarial los períodos durante los cuales el trabajador estuvo laborando a su servicio, toda vez que se busca con ello garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS por períodos efectivamente laborados.

Por tal motivo, sin duda alguna, es correcta la interpretación que realizó la juez, al manifestar que la señora MARTHA ELENA MONTOYA, debe cancelar un cálculo actuarial por el período comprendido sin afiliación al ISS, el cual iría entre el **31 de diciembre de 1992 al 22 de abril de 1997** y no al 21 de abril de ese mismo año como lo manifestó la juez, toda vez que, de las pruebas aportadas en el expediente administrativo, es decir, las autoliquidaciones de aportes, se observa que el señor GUILLERMO MONTOYA pagó 8 días del mes de abril de 1997⁹, debiendo ser **MODIFICADA** la condena en este sentido.

⁹ Folio 22 del expediente administrativo.

Respecto a esta condena, debe señalar la Sala que no erró la juez al manifestar que conforme al numeral tercero del artículo 69 del C.S.T., la que debe responder por este período es la señora MARTHA ELENA MONTOYA, como empleadora sustituta, pues es claro dicho artículo cuando establece que *“En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deben ser cubiertas por el nuevo empleador, pero éste puede repetir contra el antiguo.”*, artículo que no merece una interpretación distinta, pues el empleador sustituto, es el obligado a cancelar todas las acreencias dejadas de cancelar por el empleador sustituido.

En lo que tiene que ver con los períodos comprendido entre **1° de agosto de 1998 al 31 de octubre de 2001 y el 1° de junio de 2004 al 31 de octubre de 2005**, no sucede lo mismo que la omisión de la afiliación, pues como ya se dejó dicho que existe una afiliación desde el 23 de abril de 1997, en consecuencia, lo que acá se presenta es la mora en las cotizaciones.

Frente a este asunto, es importante determinar que era el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, quien debía asumir la responsabilidad de cobro frente a estas períodos en mora, pues cabe recordar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos ha considerado que la mora en las cotizaciones es culpa patronal inexorable, y por ende recae en el empleador la responsabilidad del pago de las prestaciones económicas del sistema de seguridad social, y son las administradoras de pensiones quienes tienen la potestad para ejercer el cobro coactivo a los empleadores que se encuentran en mora. Esta tesis fue avalada por el Alto Tribunal en sentencia con radicado 34270 del 22 de julio de 2008 y más recientemente en sentencia SL244-2023.

Así pues, esta Sala se dispuso a revisar la historia laboral, encontrándose que el empleador GUILLERMO MONTOYA PÉREZ,

efectivamente realizó cotizaciones en favor del demandante desde el 23 de abril de 1997, dejando algunos períodos sin cancelar, como son del 1º de agosto de 1998 al 31 de octubre de 2001 y del 1º de junio de 2004 al 31 de octubre de 2005, espacios en los cuales no se registra la novedad retiro, lo que conlleva a concluir que existió una continuidad laboral, y por tal razón, se presentó en estos ciclos la mora en el pago del empleador, y no una omisión como lo señaló la juez. Debiendo en este sentido, **REVOCAR** la condena impuesta a la señora MARTHA ELENA MONTOYA, y en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES, a incluir en la historia laboral estos períodos, para ser contabilizados para el cumplimiento de requisito de semanas.

iii) Indemnización por despido

Con respecto a este tema de inconformidad presentado por ambas partes, de un lado la parte actora indica que se debió tener en cuenta para la liquidación de la indemnización desde el 28 de enero de 1992 al 30 de abril de 2019, es decir desde el inicio del contrato con el señor GUILLERMO MONTOYA; por otro lado, señala la parte demandada, que erró la juez al tomar 7 meses como el tiempo faltante para liquidar el contrato a término fijo, ya que la terminación se dio para el 30 de abril de 2019, por lo que desde mayo al 31 de octubre de 2019, solo se contabilizan 6 meses.

Para comenzar, no existe discusión alguna que entre el señor MARCOS JOEL SALAZAR RINCÓN y la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO, se firmó un nuevo contrato de trabajo a término fijo de 6 meses¹⁰, con fecha de iniciación de las labores el día 1º de noviembre de 2005, el cual vencía el 30 de abril de 2006, y si bien la parte actora pretende que se tenga una única relación laboral desde 1992 a 2019, no hay duda alguna que las partes pueden modificar las características del contrato de trabajo como sucedió en el presente caso, al ser confesado por el demandante que éste firmó sin presión alguna un nuevo contrato

¹⁰ Folios 43 y 44

con la demandada en donde se plasma que es por jornada de medio tiempo y a término fijo de 6 meses, por tal razón, se debe tomar éstos términos para realizar los cálculos pertinentes.

Ahora. Respecto a esta relación laboral, la demandada le envió un preaviso de terminación de contrato de trabajo¹¹ al actor el 17 de marzo de 2019, en donde le indicaba que el contrato tenía como fecha de vencimiento el 30 de abril de 2019 y por lo tanto no sería prorrogado ni renovado.

El 28 de marzo de 2019, la demandada MARTHA ELENA MONTOYA, le remitió otra carta al señor SALAZAR RINCÓN, en donde establecía que, si bien el contrato de trabajo se encontraba vigente hasta el 30 de abril de 2019, conforme a lo dispuesto en el artículo 140 del C.S.T, lo relevan de seguir prestando el servicio personal a partir del 1º de abril de 2019, advirtiendo que las liquidaciones de las acreencias laborales se harían hasta el día 30 del mes de abril.

En estos documentos se observa que el demandante se negó a recibirlos, como claramente consta en cada una de ellas, debiendo ser firmadas por testigos, no obstante, el actor expresa en su interrogatorio que si bien no sabe si fueron esos documentos los que se le pusieron de presente, no los firmó por rebeldía, pero que si se le explicaron cada uno de ellos.

Pues bien. De la liquidación definitiva de prestaciones sociales¹², realizada a órdenes del Juzgado Civil Laboral del Circuito de Marinilla – Antioquia¹³, se observa que la demandada canceló el valor de \$1'321.399,99, siendo discriminado cada uno de los valores, y donde se indicó el pago del salario del mes de abril de 2019, por valor de \$550.000.

¹¹ Folio 45

¹² Folio 47

¹³ Folio 52

De acuerdo a esto, no hay duda alguna el contrato tuvo vigencia hasta el 30 de abril de 2019, contrario a lo manifestado por la juez, pues si bien no se prestó el servicio por este mes de abril, fue clara la demandada al manifestar que lo relevaba de seguir prestando el servicio personal a partir del 1º de abril de 2019, por lo que conforme a esta prueba documental se tiene que todo el mes de abril si fue cancelado, y por tal razón, se debe tener como fecha de terminación el **30 de abril de 2019.**

Conforme a las prórrogas que se debieron haber realizado, la parte demandada incurrió en un error, pues la tercera prórroga del contrato de trabajo por 6 meses finalizaba el 31 de octubre de 2007, y a partir de allí se prorrogaba por 1 año el cual vencía el **31 de octubre de 2019**, y no el 30 de abril de ese mismo año como lo efectuó, por tal razón, la accionada adeuda al demandante 6 meses de salario, por valor de **\$3'300.000**, pues no hay discusión que el demandante devengaba como salario la suma de \$550.000.

Así las cosas, deberá ser **MODIFICADA** la sentencia de primera instancia en tal sentido.

	Desde	hasta
Periodo inicial	1º de noviembre de 2005	30 de abril 2006
Primera Prórroga	1º de mayo de 2006	31 de octubre de 2006
Segunda Prórroga	1º de noviembre de 2006	30 de abril de 2007
Tercera Prórroga	1º de mayo de 2007	31 de octubre de 2007
1 año	1º de noviembre de 2007	31 de octubre de 2008
1 año	1º de noviembre de 2008	31 de octubre de 2009
1 año	1º de noviembre de 2009	31 de octubre de 2010
1 año	1º de noviembre de 2010	31 de octubre de 2011
1 año	1º de noviembre de 2011	31 de octubre de 2012
1 año	1º de noviembre de 2012	31 de octubre de 2013
1 año	1º de noviembre de 2013	31 de octubre de 2014
1 año	1º de noviembre de 2014	31 de octubre de 2015
1 año	1º de noviembre de 2015	31 de octubre de 2016
1 año	1º de noviembre de 2016	31 de octubre de 2017
1 año	1º de noviembre de 2017	31 de octubre de 2018
1 año	1º de noviembre de 2018	31 de octubre de 2019

Salario	meses adeudados	valor total
\$ 550.000	6	\$ 3.300.000

Como consecuencia de todo lo dicho, la sentencia que se revisa por vía de apelación merece ser **CONFIRMADA, MODIFICADA y REVOCADA.**

Sin costas en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Se **MODIFICA** la sentencia de primera instancia, en lo que tiene que ver con el pago del cálculo actuarial n favor del demandante, y en su lugar se **CONDENA** a la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO, a pagar a COLPENSIONES el período establecido del 31 de diciembre de 1992 al 22 de abril de 1997 y no al 21 de abril de ese mismo año como lo manifestó la juez.

SEGUNDO: Se **REVOCA** en lo que tiene que ver con la condena establecida a la señora MARTHA ELENA MONTOYA por cálculo actuarial de los períodos comprendidos entre el 1° de agosto de 1998 al 31 de octubre de 2001 y del 1° de junio de 2004 al 31 de octubre de 2005, y en su lugar, se **CONDENA** a COLPENSIONES a incluir en la historia laboral del demandante estos períodos, para ser contabilizados para el cumplimiento de requisito de semanas.

TERCERO: Se **MODIFICA** en lo que respecta a la condena impuesta por concepto de indemnización por despido injusto, y, en su lugar, se **CONDENA** a la señora MARTHA ELENA MONTOYA OSORIO a pagar al demandante por este concepto el valor de **\$3'300.000.**

CUARTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d5e4e11e37041c7f68e8b8721d28416505fd526e7d8ec4cabdb1080f945720be**

Documento generado en 11/05/2023 03:07:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>