



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-010-2009-00930-01 (O2-22-287)
Demandante: BEATRIZ ELENA LOPERA ECHAVARRÍA Y OTROS
Demandado: SUS MENSAJES S.A. y OTROS
Procedencia: JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No 040
Asunto: CONTRATO REALIDAD- CTA.

En Medellín, a los diecinueve (19) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ** y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **BEATRIZ ELENA LOPERA ECHAVARRÍA**, en nombre propio y en representación de sus hijos **YONATAN ALEJANDRO** y **SANTIAGO SARRAZOLA LOPERA** en contra de **SUS MENSAJES S.A.** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE MENSAJERIA Y CARGA**, radicado bajo el n.º 05001-31-05-010-2009-00930-01 (O2-22-287).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda. La señora BEATRIZ ELENA LOPERA ECHAVARRÍA, en nombre propio y en representación de sus hijos YONATAN ALEJANDRO y SANTIAGO SARRAZOLA LOPERA, por intermedio de poderhabiente judicial, promovió demanda laboral en contra de SUS MENSAJES S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE MENSAJERÍA Y CARGA, en procura de que se declare que entre ambas entidades existió una relación de simple intermediación respecto de la vinculación de FERNANDO ANTONIO SARRAZOLA AREIZA; que se declara que de haber cumplido el empleador SUS MENSAJES S.A. con el pago de la seguridad social de FERNANDO ANTONIO SARRAZOLA AREIZA, aquel hubiera gozado de la pensión de invalidez desde el 01 de agosto de 2005, y tras su fallecimiento,

habría dejado causada la pensión de sobrevivientes a favor de BEATRIZ ELENA LOPERA ECHAVARRIA, en calidad de esposa y de YONATAN ALEJANDRO y SANTIAGO SARRAZOLA LOPERA en calidad de hijos, y como consecuencia de ello, se condene al pago de las cesantías, intereses sobre las mismas, sanción legal por no pago oportuno de las cesantías, sanción por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, el subsidio de transporte, las primas de servicio, las vacaciones, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivientes, así como las costas procesales.

Como fundamento fáctico de los anteriores pedimentos, indicó que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza fue contratado de manera verbal como mensajero por SUS MENSAJES S.A. desde el 15 de junio de 1996; que la retribución acordada fue de \$100 por entrega de sobre y \$70 por devolución, esto es, a través de salario a destajo, pero nunca inferior al salario mínimo legal mensual; que el 24 de abril de 1998 fue afiliado a COLFONDOS en pensiones y cesantías, a SUSALUD EPS, y a una ARL que no recuerda el nombre; que la afiliación sólo duró tres meses y fue retirado por parte de SUS MENSAJES S.A.; que en febrero de 2001 lo hicieron entrar como supuesto trabajador asociado a la Cooperativa de Trabajo Asociado de Mensajería y Carga MENSACAR, ideada y auspiciada por SUS MENSAJES S.A.; que las reuniones de la cooperativa eran convocadas, organizadas y dirigidas por Olga Inés Acevedo, quien era funcionaria de SUS MENSAJES S.A.; que la Cooperativa siempre ha tenido sus oficinas administrativas en las mismas instalaciones físicas de SUS MENSAJES S.A.; que los trabajadores que no quisieron entrar como trabajadores asociados a MENSACAR fueron despedidos; que la señora Orfelina Cano era funcionaria de SUS MENSAJES S.A., y era quien entregaba a los mensajeros el correo para repartir, es decir, siguió con la misma función después de creada MENSACAR; que la decisión de retirar a algún asociado la toma primero SUS MENSAJES S.A. y luego MENSACAR; los uniformes utilizados tienen el nombre de SUS MENSAJES S.A.; que no se le pagó prestaciones sociales, ni se le otorgó vacaciones; que el 30 de noviembre de 2004, le fue diagnosticado Leucemia Aguda Mieloide a Fernando Antonio Sarrazola Areiza, y a partir de allí dejó de trabajar; que el 07 de septiembre de 2005 la Junta Regional de Calificación de Invalidez le asigna una PCL del 66.15%; que en vida Fernando Antonio Sarrazola Areiza, solicitó la pensión de invalidez ante COLFONDOS S.A., pero le fue negada por no contar con 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez; que Fernando Antonio Sarrazola Areiza no cuenta con cotizaciones entre octubre de 1999 hasta diciembre de 2004; que SUS MENSAJES S.A. no cumplió con su deber de cotizar, y se ideó la creación de la cooperativa MENSACAR; que Fernando Antonio Sarrazola Areiza falleció el 09 de febrero de 2007; que Fernando Antonio Sarrazola Areiza y Beatriz Elena Lopera Echavarría contrajeron matrimonio católico el 21 de octubre de 1993, y convivieron bajo el mismo techo hasta el óbito de Fernando Antonio Sarrazola Areiza; que como fruto de la unión conyugal procrearon a dos hijos, de nombre Santiago y Yonatan

Alejandro Sarrazola Lopera, quienes siempre dependieron económicamente de su padre; que de haber percibido en vida la pensión de invalidez el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza, hubiere transmitido la pensión de sobrevivientes a su cónyuge e hijos. (Fols. 6 a 17 archivo No 01).

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 07 de octubre de 2009 (fl. 45 archivo No 01), ordenando su notificación y traslado a las accionadas.

1.2.1 SUS MENSAJES S.A.: Una vez notificada (Fols. 47 archivo No 01), contestó la demanda el 22 de abril de 2010 (Fols. 50 a 76 archivo No 01), oponiéndose a las pretensiones incoadas, tras considerar que entre las partes no ha existido relación laboral al no configurarse los elementos esenciales del contrato de trabajo; que del mes de enero de 1998 hasta junio del 2000 el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza, prestó sus servicios para SUS MENSAJES S.A. en desarrollo de un contrato de prestación de servicios de carácter civil, y a partir del mes de marzo de 2001, lo hizo como trabajador asociado de la cooperativa MENSACAR, no surgiendo ninguna obligación de carácter laboral y prestacional a cargo de SUS MENSAJES S.A.; que SUS MENSAJES S.A. nada tuvo que ver con el hecho de que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza, no haya cotizado las 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, dado que no sostenía ninguna relación laboral con aquel; que la obligación de afiliación al sistema de seguridad social era de MENSACAR y no de SUS MENSAJES S.A.. Como excepciones de mérito propuso las que rotuló: inexistencia de contrato de trabajo y/o relación laboral; inexistencia de la obligación; prescripción; e inexistencia de la obligación en pago de pensión.

1.2.2 COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE MENSAJERÍA Y CARGA-MENSACAR.: Una vez notificada (Fols. 200 a 206 archivo No 01), presentó contestación a través de curador Ad Litem (Fol. 201 a 205 archivo No 01), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones, aduciendo que no se demuestra la existencia de la relación laboral; asimismo, que las acreencias reclamadas se encuentran prescritas. Como excepciones de mérito propuso las que denominó de prescripción, e inexistencia de obligaciones a cargo de la Cooperativa de Mensajería y Carga- MENSACAR.

1.2.3 COLFONDOS S.A.: Una vez notificada (Fols. 431 archivo No 01), presentó contestación a través de apoderada judicial el 22 de febrero de 2018 (Fol. 447 a 479 archivo No 01), oportunidad en la cual manifestó que frente a las pretensiones existe falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que están dirigidas a entidades diferentes a la vinculada; que de presentarse siniestro durante algunos periodos que no fueron cancelados por el empleador, COLFONDOS S.A. no será responsable del pago de prestaciones económicas a favor de Fernando Antonio Sarrazola

Areiza, además el pago de aportes extemporáneos sólo aplica para pensión de vejez. Igualmente, que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez sólo contaba con 26.71 semanas cotizadas, tiempo insuficiente para consolidar el derecho a la pensión de invalidez. Como excepciones de mérito formuló las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; hecho exclusivo de un tercero; falta de causa; cumplimiento de orden judicial; buena fe; compensación y pago, y la innominada o genérica.

1.2.3 SEGUROS BOLIVAR S.A.: Una vez notificada (Fols. 613 archivo No 01), presentó contestación a la demanda y al llamamiento en garantía presentado por Colfondos S.A., los días 25 de enero de 2019, y el 23 de agosto de 2019 (Fol. 614 a 639 y 678 a 702 archivo No 01), oportunidad en la cual manifestó que frente a las pretensiones de la demanda, el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza no acreditó en vida los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, por lo que, tampoco puede predicarse que dejó causada alguna prestación en favor de eventuales beneficiarios de una pensión de sobrevivientes; en cuanto al llamamiento en garantía, asuntó que la póliza contratada exige que se satisfagan la totalidad de requisitos legales que consagra el artículo 39 de la ley 860 de 2003, así como los artículos 13 y 13 de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito formuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva y responsabilidad exclusiva del empleador; inexistencia de la obligación de reconocer suma adicional por no cumplir con requisitos para pensión; inexistencia del derecho; inexistencia de la obligación de reconocer suma adicional; sostenibilidad financiera del sistema; prescripción; compensación; pago exclusivo de suma adicional; imposibilidad de condena a la aseguradora frente a los intereses de mora, costas y agencias en derecho en caso de una improbable condena; y la innominada o genérica.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 15 de julio de 2022 (Fls. 1 a 20 archivo No 17), con la que el cognoscente de instancia declaró la existencia de una relación laboral entre Fernando Antonio Sarrazola Areiza y la sociedad SUS MENSAJES S.A. entre el 31 de diciembre de 1994 y el 30 de noviembre de 2004; declaró que las obligaciones salariales, prestacionales y vacaciones que se hubieren causado se encuentran prescritas, salvo las inherentes a la seguridad social; declaró que le asiste derecho a la pensión de invalidez post mortem a favor de Fernando Antonio Sarrazola Areiza a cargo de SUS MENSAJES S.A. y de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE MENSAJERIA Y CARGA- MENSACAR, de manera conjunta, separada y/o solidaria, y a favor de la masa sucesoral del pensionado fallecido, con efectos desde el 1 de agosto de 2005 hasta el 7 de febrero de 2007; condenó a SUS MENSAJES S.A. y a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MENSACAR a pagar a los herederos del señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza, la suma de \$8.564.810 por concepto de pensión de invalidez, suma que se

pagará debidamente indexada; declaró el derecho a la sustitución pensional a partir del 09 de febrero de 2007, y declaró que BEATRIZ ELENA LOPERA ECHAVARRÍA en su condición de cónyuge y YONATAN ALEJANDRO y SANTIAGO SARRAZOLA LOPERA, en la de hijos de Fernando Antonio Zarrazola Areiza, son beneficiarios de dicha pension, a cargo de las demandadas SUS MENSAJES S.A. y de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE MENSAJERIA Y CARGA- MENSACAR, de manera conjunta, separada y/o solidaria, y a partir del 10 de febrero de 2007; en consecuencia, las condenó al pago de \$142.524.281, suma que deberá ser indexada; ordenó que la mesada pensional se debe incrementar de manera paulatina hasta alcanzar el 100% a la demandante, cada vez que los hijos del causante fallecido alcancen la mayoría de edad o, acreditando estudios, cumplan los 25 años de edad; absolvió a COLFONDOS S.A. y SEGUROS BOLIVAR S.A., de todas y cada una de las pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, y las demás implícitamente resueltas; y gravó en costas a las demandadas SUS MENSAJES S.A. y la CTA MENSACAR.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, en primer término, resaltó los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 22 y 23 del CST, esto es, la prestación personal de un servicio, la subordinación o dependencia y una remuneración como retribución de aquel. Además, señaló que la relación laboral se presumía en los términos del artículo 24 del CST y sobre tal aspecto hizo hincapié en la interpretación que ha realizado de la referida preceptiva la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a ello, razonó respecto de la relación laboral pretensa que la parte demandante logró demostrar el elemento de la prestación de servicios, por lo que se invirtió la carga de la prueba, debiendo la demandada desvirtuar la subordinación, cometido que no cumplió, y por el contrario, de la prueba testimonial se deja en evidencia una triangulación de la relación laboral que lo único que pretendió fue esconder un verdadero contrato de trabajo entre Fernando Sarrazola y SUS MENSAJES S.A., actuando la CTA MENSACAR como simple intermediaria, ello por cuanto, el causante prestaba un servicio como mensajero que claramente tiene relación con el objeto social de la demandada, además de que los jefes inmediatos eran de SUS MENSAJES S.A., e incluso, la CTA MENSACAR funcionaba en las mismas instalaciones de SUS MENSAJES S.A., inferencias a partir de las cuales se desprende la declaratoria de la relación laboral con SUS MENSAJES S.A.

En cuanto a los extremos temporales, adujo que el representante legal de la demandada confesó que la relación laboral inició en el año de 1994, por lo que, se tendrá como hito inicial el 31 de diciembre de 1994, y como extremo final el 30 de noviembre de 2004, fecha en la que el trabajador se enfermó y no volvió a trabajar. Ahora, en lo tocante a las acreencias laborales, estimó que las mismas se encuentran prescritas, dado que el contrato de trabajo finalizó el 30

de noviembre de 2004, y la demanda se presentó el 10 de septiembre de 2009, sin que se haya presentado alguna reclamación antes de la interposición de la demanda, con lo cual, pasaron más de tres años entre la exigibilidad y la incoación de la demanda judicial, debiéndose declarar probada parcialmente la excepción de prescripción.

En relación con la pretensión de pensión de invalidez, consideró que el señor Fernando Zarrasola contaba con 26.71 semanas cotizadas ante COLFONDOS S.A. en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, con lo cual, no cumplió el requisito para causar la prestación, además de indicar que SUS MENSAJES S.A. no reportó la novedad de ingreso del señor Sarrazola como su trabajador dentro de esos tres años anteriores a la fecha de estructuración o su deceso, y por ello, no es procedente ordenar la realización de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones a través del cálculo actuarial, pues SUS MENSAJES S.A. no subrogó el riesgo de invalidez, vejez y muerte ante la entidad de seguridad social, sin que sea posible que se imponga a la AFP una orden en tal sentido después de la ocurrencia del siniestro generatriz de la invalidez o muerte. Así las cosas, como SUS MENSAJES S.A. no subrogó el riesgo, permanecerá en cabeza del empleador y la empresa que actuó como intermediaria de manera solidaria, la responsabilidad del pago de la prestación económica de invalidez.

Luego, como quiera que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza tuvo una PCL del 66.15% estructurada el 01 de agosto de 2005, ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez a cargo del empleador SUS MENSAJES S.A., en cuantía de UN SMLMV, sobre 14 mesadas, a partir del 01 de agosto de 2005 hasta el 09 de febrero de 2007, fecha del deceso de Fernando Antonio Sarrazola Areiza, lo que generó un valor de \$8.564.810, el cual, se ordenó pagar a favor de quienes acrediten la calidad de herederos del causante. Estimó también que ninguna mesada se afectó por la prescripción.

Ahora, en lo tocante a la pensión de sobrevivientes, adujo que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, le asistía derecho al 50% de la prestación a favor de Beatriz Elena Lopera Echavarría en calidad de cónyuge supérstite, y el restante 50% a favor de sus hijos Yonatan Alejandro Sarrazola Lopera y Santiago Sarrazola Lopera, el primero de ellos hasta el 6 de abril de 2012, al cumplimiento de los 18 años de edad, por haber manifestado que después de esa calenda empezó a trabajar, y el segundo deberá acreditar su condición de estudiante para continuar disfrutando de la prestación hasta los 25 años de edad, de lo contrario la mesada pensional a que tenga derecho, acrecerá la mesada pensional de la cónyuge Beatriz Elena Lopera Echavarría. A partir del 01 de julio de 2022 ordenó que SUS MENSAJES S.A. siga reconociendo la mesada

pensional en \$1.000.000 en la proporción antedicha para cada beneficiario, con los reajustes que fije el Gobierno Nacional.

Ordenó que se indexe el retroactivo causado y se hagan los descuentos al sistema de seguridad social en salud.

1.4 Apelación. La decisión adoptada fue apelada por las siguientes partes procesales:

1.4.1 CTA MENSACAR. Manifestó que el señor Fernando Antonio Sarrazola tuvo la calidad de asociado a la CTA MENSACAR desde febrero de 2001 hasta el mes de noviembre de 2004, límite temporal en la que no era obligatorio realizar los aportes al sistema integral de seguridad social, ya que tal obligación solo surgió a partir de la Ley 1233 de 2008, por lo que, no se pueden aplicar disposiciones legales posteriores al vínculo que tuvo el señor Fernando Sarrazola con la CTA MENSACAR; que para la época en que fue cooperado le era aplicable el artículo 3 del Decreto 468 de 1990; que en la sentencia del 26 de noviembre de 2012 se menciona por el Juez Séptimo Laboral de Descongestión que no existió subordinación, sino un contrato civil de prestación de servicios, y que en su calidad de asociado a la CTA MENSACAR no existía obligación de esta de realizar aportes a la seguridad social. Agregó que el señor Fernando Antonio Sarrazola hacía parte de los órganos de administración y dirección de la CTA MENSACAR, por lo que, debía manifestar las inconformidades ante tal entidad o dejar constancia en las actas de las reuniones que celebraban como asociados.

1.4.2 SUS MENSAJES S.A.S: Manifestó que su inconformidad radica esencialmente en la declaratoria de la relación laboral entre Fernando Sarrazola y SUS MENSAJES S.A.S., ya que a su parecer el a quo no hizo un análisis de los elementos probatorios, tal como la documental que da cuenta de la existencia de la CTA MENSACAR, entidad debidamente autorizada por el Ministerio del Trabajo; que el señor Fernando Antonio Sarrazola hacía parte de la CTA, además de requerirse de personal de la cooperativa cuando era necesario una mayor distribución de correspondencia; que de la prueba testimonial se infiere que el señor Fernando Antonio Sarrazola tenía plena autonomía para cumplir sus funciones asignadas para el reparto de la correspondencia, además que participaba en las directivas de la cooperativa; que la vinculación del señor Fernando Antonio Sarrazola se dio a través de un contrato de prestación de servicios, sin subordinación o dependencia de SUS MENSAJES S.A.S.; que no cumplía un horario de trabajo, menos que haya sido impuesto por SUS MENSAJES S.A.S; que las órdenes o instrucciones que pudo recibir de las directivas de la empresa no eran más que las necesarias para el correcto cumplimiento en la ejecución del contrato de prestación de servicios; que existía un contrato entre la CTA MENSACAR y SUS MENSAJES S.A.S. con la finalidad de suministrar asociados cuando fueran requeridos, además de que la CTA está legalmente

constituida y autorizada por las autoridades nacionales para desarrollar su objeto social; que el señor Fernando Antonio Sarrazola se vinculó a la CTA MENSACAR; que no existe prueba que demuestre que SUS MENSAJES S.A.S. fue la artífice o creadora de la CTA MENSACAR; que tanto el señor Fernando Antonio Sarrazola como otros asociados participaban activamente en la CTA MENSACAR; que del interrogatorio de parte absuelto por Beatriz Elena Lopera se desprende que Fernando Antonio Sarrazola tenía claro la creación y existencia de la CTA MENSACAR; que Fernando Antonio Sarrazola iba a las reuniones en la cooperativa y que además les daban un curso a través del SENA; que el señor Fernando Antonio Sarrazola hacía parte de una cooperativa, por lo cual, no se configura la existencia de una relación laboral con SUS MENSAJES S.A.S.; que tal como lo manifestó uno de los testigos, como socios de la cooperativa eran conscientes del tipo de vinculación que tenían como socios; que los pagos los realizaba la cooperativa de trabajo asociado a través de consignación bancaria; que la afiliación a la seguridad social fue por parte de la CTA MENSACAR y no a través de SUS MENSAJES S.A.S.. En definitiva, solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de todas las condenas impuestas.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El recurso de apelación fue admitido por ésta corporación el 16 de agosto de 2022 (carp. 02, doc. 02), y mediante auto del 22 de agosto de 2022 (carp. 03, doc. 03), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, presentaran alegatos de conclusión por escrito, de estimarlo del caso, siendo que SEGUROS BOLÍVAR S.A. presentó alegaciones solicitando la confirmación de la decisión de instancia, toda vez que, ante la falta de afiliación al sistema de seguridad social, quien debe responder por la prestación es el empleador; por su parte, SUS MENSAJES S.A. reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primer grado y se absuelva a la entidad de todas las súplicas de la demanda, ello en razón a que no se demostró por la parte actora los elementos esenciales que estructuran el contrato de trabajo y/o relación laboral; igualmente COLFONDOS S.A. aduce que se debe confirmar la decisión de instancia, dado que ante la falta de afiliación por parte del empleador, este no subrogó el riesgo y, por lo tanto, debe responder por las prestaciones de invalidez y sobrevivencia.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Apelación sentencia, y principio de consonancia. Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte demandada, advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L.

y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de alzada, para lo cual se plantea el estudio de los siguientes:

2.2 Problema Jurídico. El tema *decidendi* en el asunto puesto a consideración de la Sala se contrae a dilucidar: ¿Si en el caso *sub examine* concurren los elementos esenciales configuradores del contrato de trabajo, o por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral subordinada? así mismo ¿A quién le compete el reconocimiento pensional, si a la AFP COLFONDOS S.A. o al ex empleador SUS MENSAJES S.A.?

2.3 Tesis de la sala y solución a los problemas jurídicos planteados. El sentido del fallo de esta Corporación será **MODIFICATORIO y CONFIRMATORIO**, siguiendo la tesis según la cual, una vez demostrada la prestación personal del servicios, le correspondía a SUS MENSAJES S.A. desvirtuar la presunción legal de que la relación laboral no fue subordinada, sin lograrlo, por lo que se configuró el contrato de trabajo, siendo que la CTA MENSACAR es un tercero con el cual el empleador quiso disfrazar una verdadera relación laboral, y en consecuencia, procede el reconocimiento de la pensión de invalidez post mortem y la pensión de sobrevivencia a cargo del empleador, ante la falta de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, sin que haya subrogado el riesgo en cabeza de la AFP Colfondos S.A., pues no se evidencia que antes de la ocurrencia del riesgo o su calificación haya efectuado el pago del cálculo actuarial, y por ello, es el empleador omiso quien debe asumir la obligación, lo que lleva a confirmar la decisión de instancia, pero se modificará en lo que tiene que ver con el extremo inicial de la relación laboral, de acuerdo con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.4 Existencia del contrato de trabajo. A propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la concurrencia de los elementos esenciales y definitorios del mismo, los cuales, según el artículo 23 del C.S.T. corresponden a **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la continuada dependencia o subordinación del trabajador frente al empleador y, **iii)** el salario como retribución directa del servicio prestado.

En ese orden de ideas, el pretensor de la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, en los precisos términos descritos en el artículo 24 del estatuto sustantivo laboral, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador depende inicialmente de la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo estipulan los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que: *“para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal **esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada**, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada”* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

Para resolver la presente causa, sea lo primero señalar que conforme al postulado “onus probandi”, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), y a su vez, ha de hacerse eco de los predicamentos de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 04 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ R, Radicación No 43377 (SL16110-2015), respecto a la carga de la prueba por activa frente a la necesidad de probar algunos presupuestos de la relación laboral o contrato de trabajo, en cuyo apartado pertinente relievra, que **“además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario,** también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Ahora, consagra el artículo 61 del C.P.T y de la S.S que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que sirven de norte para acometer adecuadamente la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, a fin de llevar al juzgador los suficientes elementos de convicción para decidir con certeza sobre el objeto materia de litigio.

En torno del quid que plantea la presente Litis, se tiene que la parte actora asienta que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza tuvo una relación laboral con la demandada SUS MENSAJES S.A. desde el 15 de junio de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2004, prestación personal del servicio frente a la cual debe decirse que se encuentra acreditada con la contestación de la demanda por parte de SUS MENSAJES S.A. (Fols. 50 a 70 archivo No 01), pues así se desprende de la contestación al hecho treinta de la demanda, sólo que niega que tal prestación del servicio se haya dado en virtud de una relación de trabajo, pero sí como contratista y cooperado a MENSACAR CTA, así:

“el señor FERNANDO ANTONIO SARRAZOLA AREIZA, prestó sus servicios a SUS MENSAJES LTDA., mediante un contrato de prestación de servicios independiente, desde el mes de enero de 1998 hasta el mes de junio de 2.000, (...) También se dijo que en el mes de marzo de 2001, el señor SARRAZOLA AREIZA, regresó a SUS MENSAJES LTDA., remitido de MENSACAR como trabajador asociado a prestar el servicio de reparto de correspondencia, en virtud del contrato de prestación de servicios celebrado entre la cooperativa y MENSACAR (...)”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Igualmente, obra un oficio de SUS MENSAJES S.A. (Fol. 276 archivo No 01), en el que consta que “el señor FERNANDO ANTONIO SARRAZOLA AREIZA, ingresó a la empresa SUS MENSAJES LTDA., vinculado mediante contrato de prestación de servicios independiente para la distribución de correspondencia, en el mes de enero de 1998, y se retiró de la empresa en el mes de junio del año 2000. Posteriormente en el mes de marzo de 2001, regresó a prestar los servicios de reparto de correspondencia remitido en calidad de asociado de la Cooperativa de Trabajo Asociado de Mensajería y Carga “MENSACAR”, con quien SUS MENSAJES LTDA, había celebrado un contrato de prestación de servicios para el suministro de asociados, cumpliendo sus funciones hasta el día 30 de noviembre de 2004, cuando se enfermó al parecer de leucemia”.

Aparte de lo anterior, el representante legal de la enjuiciada LUIS ENRIQUE MESA JARAMILLO, asiente la prestación de servicios personales del señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza como distribuidor de correspondencia “desde el año 1994”, sólo que precisó que el vínculo del actor era con la Cooperativa MENSACAR y no directamente con SUS MENSAJES S.A., tras señalar que los servicios que prestó el actor se ejecutaron merced al contrato de prestación de servicios que tenían ambas entidades.

Lo anterior lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento esencial del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, lo que da lugar a la inversión

de la carga de la prueba, frente a lo cual la empresa encartada está llamada a desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, en claro desarrollo del postulado “onus probandi”, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de *“reus, in excipiendo, fit actor”*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data aún tienen carácter vinculante, a la vez, de plena aplicación al *sub lite*, mismos citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse en medios de prueba que den cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los que además deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza laboral del vínculo, vale decir, la subordinación jurídica.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436 de 2021, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, precisando que deben tener ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

“una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.

(...)

a través de las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado las personas trabajadoras deben contar siempre con la libertad de asociarse o no y acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo.

(...)

la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una

verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub judice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones”.

Ahora, con mayor hondura la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3345-2021 y SL3436-2021, alude a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un *“haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta”*

De manera subsecuente, citando la sentencia SL1439-2021, alude a varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha inferido en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros de orden legal, jurisprudencial y derecho público internacional, aprecia la Sala que SUS MENSAJES S.A. no logró derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues nótese que la constitución de la cooperativa MENSACAR se gestionó con la finalidad de ocultar la relación laboral existente entre Fernando Antonio Sarrazola Areiza con SUS MENSAJES S.A. en atención a las siguientes razones de orden jurisprudencial y probatorio:

En la versión rendida por Enrique León Lopera Echavarría (Fol. 249 a 250 archivo No 01), quien fuese compañero de trabajo de Fernando Antonio Sarrazola Areiza, asienta que: *“nosotros trabajábamos con SUS MENSAJES y formó la cooperativa y nos hicieron vincular a la Cooperativa, nos dijeron que si no nos vinculábamos a la cooperativa no podíamos seguir trabajando, nos lo dijo la señora OLGA INES ACEVEDO, en ese entonces la gerente de SUS MENSAJES LTDA”*. En el mismo sentido, Elkin de Jesús Gómez Vargas (Fols. 252 a 253 archivo No 01),

precisó que la cooperativa MENSACAR *“La creó la empresa SUS MENSAJES que para beneficio de nosotros, me acurdo (sic) que contrataron una asesoría, nos hicieron las reuniones sobre cooperativismo, luego se creó y empezó a funcionar, (...) Mi jefe inmediato siguió siendo el mismo, el jefe de correo una señora Linora Patiño, un señor Edwin y la señora Orfilia y la señora OLGA INES, la jefe general de la empresa, (...) prácticamente nada cambió todo lo administraba a través de doña Olga, todo había que pasarlo para que doña Olga lo revisara y lo autorizara”*. Con igual norte, el testigo Carlos Mario Álvarez (Fol. 262 a 263 archivo No 01), relató que *“La relación laboral de MENSACAR empezó cuando a través de algunas reuniones se nos hizo la propuesta de pertenecer a ella, para lo cual había que renunciar al contrato laboral que se tenía con SUS MENSAJES, aduciendo que si no renunciábamos a SUS MENSAJES y no ingresábamos a la cooperativa no podíamos laborar en esta empresa (...) Doña Olga Acevedo nos decía que ingresar a la Cooperativa MENSACAR iba a tener sus ventajas, que íbamos a tener la oportunidad de aumentar nuestros ingresos, que nos iba a ir mejor pero que para eso teníamos que renunciar al otro contrato que teníamos”*.

Así las cosas, al unísono refieren los testigos, compañeros de trabajo del señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza, que la finalidad con la cual se creó la cooperativa de trabajo asociado no era otra que deslaborizar este tipo de actividades de mensajería, y que venía desarrollando el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza como mensajero o repartidor de correspondencia de SUS MENSAJES S.A., y pese a que, en efecto obra documento en el cual el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza suscribió un acuerdo de trabajo asociado el 28 de febrero de 2001 (Fol. 80 archivo No 01), ello sólo fue formal o aparente, por lo que, a voces de los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *“La CTA carece de estructura propia y especializada, y no es autónoma en su gestión administrativa y financiera (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 30605, CSJ SL665-2013, CSJ SL6441-2013, CSJ SL12707-2017 y CSJ SL1430-2018)”*.

Ahora, no puede dejar de lado la Sala que el actor prestó sus servicios por un lapso cercano a los diez años ejerciendo la misma actividad, aspecto que de cara a los indicios atrás referidos, nos permite columbrar que hubo *“cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019)”* *“el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)*, en razón a que los testigos Enrique León Lopera Echavarría, Elkin de Jesús Gómez Vargas y Carlos Mario Álvarez, noticiaron que el único beneficiario del servicio fue SUS MENSAJES S.A., y que quienes impartían las instrucciones de cómo realizar la operación de distribución de mensajería eran los trabajadores directos de SUS MENSAJES S.A., incluso, dan cuenta que, después de su vinculación a la cooperativa MENSACAR nada cambio, es decir, siguieron recibiendo

instrucciones de SUS MENSAJES S.A., al punto que la deponente Claudia Marcela Sánchez Acevedo (Fol. 260 a 261 archivo No 01), testigo traído por la encartada, manifestó que la cooperativa de trabajo asociado MENSACAR funcionaba en la misma dirección que SUS MENSAJES S.A., lo que corrobora la versión de los otros testigos como compañeros de trabajo y denota que en efecto el ente cooperativo sólo fue aparente, sin autonomía en su gestión administrativa y financiera.

Todo ello, extrapolado al *sub iudice*, nos permite descender a otros de los indicios a que alude la Corte Suprema de Justicia, esto es, *“el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020)”*, en la medida en que desde el año de 1994, como lo refirió el representante legal de la encartada, el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza únicamente le prestó sus servicios a SUS MENSAJES S.A.

Ahora, ciertamente se aduce como argumento defensivo que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza fue fundador de la cooperativa y que ejercía un cargo en el órgano directivo, que SUS MENSAJES S.A. no determinaba quién ejercía la labor o no, ni tampoco hacia llamados de atención u otorgaba permisos, lo que, en su sentir desvirtuaba la subordinación; no obstante, tales aserciones solamente dejan entrever que desde el ámbito de lo formal se quiso aparentar una realidad diferente, y es que, se pretendió beneficiar de la labor del señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza a través de su vinculación a una cooperativa de trabajo asociado, entregando una función o actividad propia del objeto social a un tercero, visto que la labor ejercida por el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza como mensajero o distribuidor de correspondencia está íntimamente relacionada con el objeto social de SUS MENSAJES S.A. (Fols. 121 a 122 archivo No 01), por cuanto la susodicha empresa se dedica entre otras actividades a *“El recibo para posterior distribución y/o entrega directa o mediante intermediarios de mercancías de terceros, a nivel local, nacional o internacional, así como su embalaje y transporte y demás actividades complementarias”*, aunado a que, la testigo Claudia Marcela Sánchez Acevedo traída al juicio por la parte demandada, sostuvo que: *“Solo cuando era mucho volumen de correo y los mensajeros de SUS MENSAJES no daban abasto con la entrega se utilizaban los servicios de MENSACAR”*; sin embargo, llama la atención de la Sala que en lo que respecta al señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza ejerció la misma actividad por espacio de diez años, con lo cual, de ninguna manera puede avalarse el que lo hayan contratado inicialmente a través de una supuesta modalidad contractual civil, y luego a través de una cooperativa de trabajo asociado, desnaturalizando en un todo la existencia de la relación laboral o dicho de otro modo, debió SUS MENSAJES S.A. vincular al señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza bajo un contrato de trabajo desde sus inicios, puesto que incluso, tal como lo informó la testigo de marras, así como lo corroboró el representante legal, existían al interior de la empresa otros trabajadores vinculados a través de contrato de trabajo

directamente con SUS MENSAJES S.A., lo cual nos conduce a otros de los indicios analizados por la Corte Suprema de Justicia, como son *“el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)”*.

Sirva lo anterior para significar que de ninguna manera puede sostenerse que la labor que desempeñó el susodicho trabajador podía realizarla a través de la cooperativa de trabajo asociado referida, y por ello, igual a lo concluido por el a quo, lo que se produjo fue una tercerización irregular, con la cual se socavaron los derechos del señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza, quien ejerció un cargo ligado íntimamente a las operaciones cotidianas de SUS MENSAJES S.A. y que desarrolla de manera directa su objeto social, pues conforme el certificado de existencia y representación legal y al mérito de convicción de la testifical recabada, la labor que ejercía Fernando Antonio Sarrazola Areiza era permanente y continua, al punto de considerar que había *“mucho volumen de correo”*.

Ahora, en lo que tiene que ver con la realización del trabajo en el lugar definido por el beneficiario del servicio, o lo referente al suministro de herramientas y materiales, importa señalar que, entre MENSACAR CTA y SUS MENSAJES S.A. se suscribió un contrato de prestación de servicios (Fol. 91 a 95 archivo No 01), en la que SUS MENSAJES S.A. se obliga a *“Todo lo concerniente al objeto del contrato se desarrollará en las instalaciones de EL CONTRATANTE. (...) EL CONTRATANTE se compromete a dar dotación a los mensajeros en cuanto a camisas, maletín con logo de la empresa, y el carnet de SUS MENSAJES LTDA los cuales deben portar para hacer la distribución y ser devueltos en el momento de terminación del servicio por cada asociado respectivamente”*, y tal como se infiere de lo dicho por los testigos Enrique León Lopera Echavarría, Elkin de Jesús Gómez Vargas y Carlos Mario Álvarez, las actividades se desarrollaron al interior de SUS MENSAJES S.A., para luego salir a distribuir la correspondencia en la zona asignada, lo que deja en evidencia que los elementos de trabajo en el proceso productivo no fueron proporcionados por la CTA, y en ese orden, se entraría a contravenir lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 2025 de 2011 y artículo 8° del Decreto 4588 de 2006, y a la vez de resultar contrario a lo que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha propalado al respecto, como se puede apreciar en la sentencia SL3436-2021, en la que se dejó dicho:

“Así, se ratifica lo que esta Corte ha adoctrinado de forma reiterada en su jurisprudencia, en el sentido que en el marco del cooperativismo un elemento distintivo es que los trabajadores asociados sean dueños de los elementos de producción y laborales, pues lo contrario pone de presente un elemento indicativo que la entidad cooperativa no tiene

la capacidad estructural, económica y administrativa para ofrecer un servicio especializado”.

De lo que fluye inequívoca la conclusión de que la CTA solo fungió como una entidad de suministro de personal, desdibujándose los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de un ente cooperativo. Así pues, el hecho de que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza haya ingresado a la Cooperativa en atención a su propia solicitud, el que hubiera recibido compensaciones en vez de salario y que haya sido parte del Consejo de Administración, no permite concluir que la prestación del servicio se haya desarrollado de manera autónoma, por la potísima razón de que de la prueba documental y testimonial atrás referida se desprende que prestó sus servicios en favor de SUS MENSAJES S.A. la que determinaba los turnos y horarios de la jornada laboral en que debía prestar los servicios (Fols. 78 y 92 archivo No 01), dato que se confirma con lo estipulado en el convenio de asociación, atinente a que *“Se hará seguimiento al personal contratado, (...) laborar la jornada ordinaria en los turnos y dentro de las horas señaladas por la cooperativa”*, con lo cual, se puede realizar la inferencia lógica del *“cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019)”*, encontrando la Sala mayor fuerza de convicción en la prédica de la litigiosa por activa, según la cual, la relación existente entre Fernando Antonio Sarrazola Areiza y la CTA solo fue formal, pues en el plano material MENSACAR CTA solo fungió como empresa dedicada al suministro de personal, actividad para la cual no estaba autorizada para operar como una Empresa de Servicios Temporales.

Debe decirse además que, el hecho de que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza formalmente hayan tomado la iniciativa de afiliarse a la Cooperativa y que bajo la autonomía de su voluntad haya firmado una proforma de solicitud, sometiéndose a lo dispuesto en los estatutos de la cooperativa, no significa que deba tenerse como trabajador cooperado, descartándose la existencia de la relación laboral, a juzgar porque precisamente allí es donde adquiere mayor relevancia el principio de la realidad sobre las formas, máxime cuando en el *sub lite* no obra probanza alguna de que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza en calidad de asociado hubiere participado en la toma de decisiones respecto de los excedentes que haya generado la cooperativa o en otros aspectos propios del trabajo autogestionario, sin que la simple participación formal en el acto de ingreso de asociados, tenga la entidad suficiente para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

A este respecto, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3086-2021, sostuvo lo siguiente:

“En este punto, esta corporación ha sido enfática a la hora de precisar que la sola expresión de la voluntad del trabajador en el desarrollo de contratos formales no los

vuelve inmunes ni impide la declaración de contratos de trabajo, pues, por fuerza del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, que no discute el censor si quiera de manera somera, lo que prima son las condiciones materiales en las que el trabajador presta sus servicios.

Inclusive, la Sala ha ido más allá en este tópico y ha adocinado que no es atendible un recurso a la teoría de los actos propios, de manera que, en este terreno del contrato de trabajo, expresado en la realidad, no tiene ninguna relevancia y mucho menos efecto lo pactado por las partes, así sea voluntariamente. (CSJ SL4537-2019, CSJ SL4815-2020, CSJ SL703-2021 y CSJ SL965-2021)”.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo cooperado carente de subordinación resulta estéril, cuando el material probatorio demuestra a las claras de que la actividad personal no se ejecutó con expresión de autogestión y autonomía sino dentro de la forma propia de una relación de naturaleza laboral subordinada, esto es, en desarrollo de una actividad misional, dependiente o subordinada, por un largo periodo de tiempo, en el lugar y jornada de trabajo definidos por SUS MENSAJES S.A.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación acertó el Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza y la accionada NO se dio en calidad de asociado de la CTA MENSACAR y, en tal sentido, se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida.

2.5 Extremos temporales de la relación. Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le concierne a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe precisarse que el a quo declaró la existencia de la relación laboral desde el 31 de diciembre de 1994 hasta el 30 de noviembre de 2004; no obstante, pese a que, ciertamente el representante legal de la enjuiciada haya confesado que la prestación del servicio del señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza inició en el año de 1994, lo cierto es que, con la demanda se insta la declaratoria de la relación laboral desde el 15 de junio de 1996, pues así se afirma en el hecho No 3 del libelo genitor (Fol. 7 archivo No 01), razón por la cual, en observancia al principio de congruencia, debía haberse tomado como extremo inicial de la relación laboral el 15 de junio de 1996, y no el 31 de diciembre de 1994, además que tampoco es procedente hacer uso de las facultades ultra y extra petita, pues es la misma parte actora quien determinó que el extremo inicial de la relación laboral inició el 15 de junio de 1996, independientemente de que el representante legal haya asentido una calenda anterior, esto

es, desde el año de 1994. Todo ello, conlleva a modificar la decisión de instancia en este aspecto.

La fijación del extremo final tampoco presenta complejidad, pues es la misma parte pasiva la que acepta los extremos temporales y aporta una certificación en la que se comunica de parte de SUS MENSAJES S.A. que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza dejó de prestar sus servicios el 30 de noviembre de 2004, debido a que se enfermó y dejó de ir a trabajar (Fol. 276 archivo No 01).

2.6 Solidaridad. Respecto del verdadero rol de la Cooperativa de Trabajo Asociado MENSACAR, conviene memorar lo establecido en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, al precisar:

*“Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, **la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.***

En efecto, como se anteló, al fungir la CTA MENSACAR como simple intermediaria, debe esta responder solidariamente por las obligaciones laborales objeto de condena a cargo de SUS MENSAJES S.A., allende que las pretensiones se enfilan contra los dos entes como demandados, lo cual permite estudiar la existencia de la solidaridad.

3. Respecto de las demás condenas impuestas. A este respecto, basta con señalar, que como ya lo ha decantado la Sala, la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa en derruir los fundamentos en los que el Juez de primera instancia basó las respectivas condenas. No obstante, en el *sub examine* la parte pasiva se limitó únicamente a plantear la referida inconformidad frente a la configuración de la existencia de la relación laboral, sin sustentación alguna frente a las condenas en concreto impuestas por el A quo, y en esa dirección, el máximo tribunal de la jurisdicción laboral en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, señaló:

*“Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en***

todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada". (Negrilla y Subrayas ex-texto)

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para pronunciarse respecto de las demás condenas impuestas por el *A quo*, pues *de acuerdo con lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de las mismas, las cuales* son consecuencia de la declaratoria de la existencia de la relación laboral, pues la simple afirmación a secas de que "se revoque la decisión de instancia", no allana el camino para el estudio por vía de apelación de cada una de las condenas impuestas, si las mismas deben corresponder a un menor valor, o si debe reexaminarse la condena frente a sus beneficiarios, aspectos que no fueron expuestos con precisión por el recurrente, razón por la cual, mal haría la Sala entrar a revisar las demás condenas impuestas que no fueron materia de apelación en forma concreta, máxime si el recurso iba dirigido sólo a la inexistencia de la relación laboral, aspecto que quedó definido con exhaustividad en líneas anteriores.

4. Consecuencias ante la falta de afiliación al sistema general de pensiones. En gracia de discusión, habrá de decirse que en lo que respecta a la asunción de la obligación de reconocer la pensión de invalidez post mortem y la pensión de sobrevivientes a cargo del empleador por no existir afiliación, se encuentra ajustada a derecho, conforme los siguientes razonamientos.

En lo que respecta a este tópico, viene a propósito invocar el contenido del inciso 2° del artículo 8 del Decreto 1641 de 1995, al preceptuar:

"Los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido".

De igual forma, la jurisprudencia laboral también ha sido pacífica e iterativa al indicar que debe diferenciarse entre la mora patronal y la falta de afiliación, dado que, dependiendo de una u otra figura se desprende la responsabilidad y/o obligación de quien debe asumir la prestación, esto es, bien sea el empleador o la entidad de seguridad social (SL1618-2023, SL3619-2022 y SL4103-2017).

Desde esa perspectiva, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha delineado:

A propósito, y como quiera que la referida norma alude al término de mora en el pago de las obligaciones para los riesgos, y la censura acusa al ad quem por no ordenar la convalidación de los tiempos laborados por la causante en el periodo de ausencia de afiliación, resulta necesario precisar las consecuencias que acarrea la mora en el pago de aportes y la falta de afiliación cuando ha ocurrido el siniestro.

La primera, surge cuando el patrono afilió al trabajador a la administradora, pero deja de cancelar las cotizaciones, y ante la omisión del fondo de adelantar las gestiones, se ha impuesto a este último la obligación de asumir el pago de las acreencias derivadas de los riesgos. Es claro que, conforme lo expuesto en precedencia, esta figura no es la que aconteció en el caso objeto de estudio.

En cambio, la segunda, ocurre cuando el patrono no afilió o no reportó la novedad de ingreso a la administradora de pensiones, y en vigencia del nexo, o incluso, luego de que este hubiere finalizado, ocurre el siniestro generador de la pensión, como lo es la muerte; en este evento, es sobre el empleador que recae el deber de asumir la prestación, pues no se puede perder el derecho por la incuria de quien estaba obligado a aportar al sistema (CSJ SL, 30 abr. 2013, 38587, CSJ SL4103-2017, CSJ SL19556-2017, CSJ SL2032-2018).

Lo expuesto atrás, permite inferir que en los eventos en que no se afilió al trabajador al sistema general de pensiones por parte del empleador, es a éste quien asume la responsabilidad y, por ende, el pago de la prestación, además de haber dilucidado la jurisprudencia laboral del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción que en tratándose de pensiones de invalidez y sobrevivencia, debe el empleador asumir la convalidación de los tiempos servidos antes de que se concrete el riesgo, y solamente de esa manera puede subrogar su obligación en la entidad de seguridad social. Así lo ha expresado entre otras sentencias la SL1618-2023 y SL4103-2017 en los siguientes términos:

En proveídos como los citadas en líneas anteriores, esta Corporación explicó que es trascendental que antes de que las administradoras asuman las prestaciones con ocasión a la ocurrencia de un riesgo, llámese sobrevivientes o invalidez, es necesario que hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, situación que se logra con la afiliación del trabajador, o con el trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero en todo caso, siempre antes de que se concrete el riesgo.

Por su parte, también profusamente ha afincado la jurisprudencia laboral (SL1618-2023) que la convalidación de las cotizaciones o tiempos laborales servido en tratándose de empleadores

omisos en la afiliación, se satisface es con el reconocimiento de un cálculo actuarial y no con el simple pago de los aportes con sus respectivos intereses. A este respecto puntualizó:

“De entrada, con base en abundantes precedentes de esta Corporación, la solución planteada por la censura está descartada, pues bastante se ha reiterado, que ante la omisión de la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, no es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado; así mismo, se ha explicado que es obligación del empleador pagar el cálculo actuarial, por los tiempos que omitió sufragar a satisfacción de la entidad de seguridad social, en aras de relevarlo del pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones, como lo concluyó el juez de alzada (CSJ SL4103-2017, CSJ SL4698-2020, CSJ SL5058-2020, CSJ SL1740-2021, CSJ SL3609-2021).

(...)

Se dice esto, por cuanto implantar una obligación de tal índole sobre una administradora de pensiones, en virtud de un nexo laboral del que no tuvo conocimiento para iniciar las acciones de cobro de los aportes, no pudo prever y gestionar el riesgo de la pensión a través de reservas o seguros, y a pesar de ello, debe financiar de manera completa la pensión, aun si los aportes que tuviera que convalidar a través del cálculo actuarial no alcanzaran para ello, resulta a todas luces desigual y desproporcionado.

(...)

Así pues, surge evidente que la posibilidad de que tales pagos convalidaran los periodos descritos está llamada al fracaso, como quiera que el cumplimiento de la obligación patronal no fue satisfecho en vigencia del vínculo de trabajo, menos antes de que ocurriera el deceso de la afiliada. Y en ese orden, imponer el reconocimiento de la prestación a cargo de Porvenir S.A., sería obligarla a financiar una prestación completa, con base en unos escasos recursos por tiempos pagados extemporáneamente”

Con los anteriores basamentos jurídicos y jurisprudenciales, da cuenta la Sala que en la historia laboral de cotizaciones (Fols. 524 archivo No 01) el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza contaba con 25.07 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (Fol. 34 archivo No 01), esto es, del 01 de agosto de 2005 al 01 de agosto de 2002; no obstante, con los aportes que eventualmente se hubieren efectuado ante la existencia de la relación laboral con SUS MENSAJES S.A., alcanzaría con creces acreditar más de las 50 semanas en los últimos tres años; Así mismo, se itera, no se podría cargar a la AFP con la asunción de una obligación por tiempos en los cuales no existió afiliación, mucho menos cotizaciones. Dicho de otra manera, la convalidación de los aportes por parte del empleador omiso debía haberse satisfecho con el pago del cálculo actuarial antes de concretarse el riesgo (invalidez).

Así las cosas, le asiste razón al a quo, y por ende, considera la Sala que es el empleador SUS MENSAJES S.A. quien debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la falta de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, así como la posterior pensión de sobrevivientes, sin que haya subrogado el riesgo en la AFP Colfondos S.A., pues no se evidencia que antes de la ocurrencia del riesgo o su calificación haya efectuado el pago de algún cálculo actuarial.

Ahora, en el evento en que lo considere pertinente, el empleador SUS MENSAJES S.A.S. puede optar por dar aplicación a lo establecido en el artículo 2.2.8.11.7 del Decreto 1296 de 2022, esto es, efectuar la conmutación pensional ante la AFP, como así lo previene tal disposición:

“Efectos del pago del cálculo actuarial. El empleador o independiente sólo podrá acreditar el periodo declarado a través de un cálculo actuarial por omisión, cuando no hubiere tenido lugar la ocurrencia del siniestro que dé lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia. En el evento en que ocurra el siniestro que cause la prestación de invalidez o sobrevivencia, el empleador o el independiente que hayan incurrido en omisión de afiliación o vinculación, y por tanto omitió el pago de la prima del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual o el aporte a los Fondos de Invalidez y sobrevivencia en el Régimen de Prima Media, deberán asumir con sus recursos, el pago de la totalidad de las reservas matemáticas que permitan financiar las prestaciones derivadas de las contingencias acaecidas por invalidez o muerte, a través de una conmutación pensional, o en su defecto deberá hacerse cargo del pago de la pensión que se cause. En este evento el cálculo de las reservas necesarias para la conmutación pensional que permita reconocer la pensión a que haya lugar deberá realizarlo la administradora donde se encuentre afiliado el trabajador”.

En ese orden, se CONFIRMARÁ el fallo de primer grado en cuanto que la pensión de invalidez está a cargo del empleador SUS MENSAJES S.A., cuya solidaridad se predica de MENSACAR CTA.

Finalmente, en lo que concierne al recurso de alzada propuesto por MENSACAR CTA, debe decirse que la controversia de primer grado no gravitó en la obligación o no de realizar cotizaciones al sistema de seguridad social por parte de la CTA, por lo que, ninguna incidencia en el fallo tendría tal reproche, o dicho de otra manera, al desvirtuarse que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza no fungió como asociado de la CTA sino como trabajador de SUS MENSAJES S.A., la obligación de realizar los aportes a seguridad social estaban en cabeza

del verdadero empleador, esto es, SUS MENSAJES S.A., pasando a ser la CTA solidariamente responsable de las obligaciones a cargo del verdadero empleador, pero en modo alguno determina descender al estudio de la obligación o no de realizar aportes por parte de la CTA, pues se itera, aquello se hubiera abierto paso, sí y solo sí, de haberse considerado que el señor Fernando Antonio Sarrazola Areiza ostentó la calidad de asociado de la CTA MENSACAR. Además, el recurso de alzada propuesto por esta última hace alusión a la sentencia que otrora se había nulado por este tribunal, lo que de entrada hace improcedente su estudio.

Por lo expuesto, se impone para la Sala modificar el fallo de primer grado en lo relativo al extremo inicial de la relación laboral y, en lo demás, confirmarlo, pues, como se vio en ningún dislate se incurrió.

3. Costas en esta instancia. Sin costas en esta instancia, dadas las resultas de la alzada que condujo a la modificación del extremo inicial de la relación laboral prestada. Las de primera instancia se confirman.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN**, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida el 15 de junio del 2022 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará de la siguiente manera:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de la relación laboral entre Fernando Antonio Sarrazola Areiza y la Sociedad Sus Mensajes S.A., por el período comprendido entre el 15 de junio de 1996 y el 30 de noviembre de 2004 y **DECLARAR** que las obligaciones salariales, prestacionales y vacaciones que se hubieran generado en virtud de la relación laboral declarada se encuentran prescritas, salvo las obligaciones inherentes a la seguridad social”.*

SEGUNDO: ADICIONAR al **NUMERAL CUARTO** de la sentencia revisada, que la obligación a cargo de **SUS MENSAJES S.A.**, y solidariamente a **MENSACAR CTA**, en el evento en que lo considere oportuno, pueden optar por dar aplicación a lo establecido en el artículo 2.2.8.11.7

del Decreto 1296 de 2022, esto es, efectuar la conmutación pensional ante la AFP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.


CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiendo el criterio fijado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la providencia AL 2550 de fecha 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia de lo decidido en la Secretaría de la Sala, y previa anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

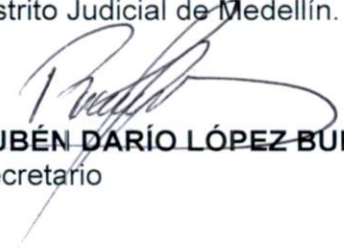

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
Magistrada


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario