



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado ponente

SL3009-2017
Radicación n.º 47044
Acta No.05

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **LUIS ALFREDO PÉREZ CASTELLANOS**, contra la sentencia proferida el 2 de febrero de 2010 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso que instauró el recurrente contra la sociedad **TRANSPORTES PUERTO SANTANDER S.A. - TRASAN S.A.**

I. ANTECEDENTES

El citado accionante llamó a juicio a Transportes Puerto Santander S.A. - TRASAN S.A., con el fin de que se

declarara que entre los citados existió un contrato de trabajo a término indefinido, del 27 de febrero de 1991 al el 22 de junio de 2003, que finalizó sin justa causa por parte del empleador. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a la demandada a pagarle al actor, el reajuste al salario mínimo mensual vigente, las primas legales, vacaciones, trabajo en tiempo suplementario, recargos nocturnos, cesantía e intereses a la misma, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, subsidio familiar, la indemnización por despido injustificado y en «*subsidio*» la indemnización moratoria, y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que se vinculó laboralmente al servicio de la demandada, mediante contrato verbal el 27 de noviembre de 1991, en funciones de «*control o control de rutas de microbuses y busetas de servicio público*» a órdenes del señor Ciro Alfonso Anaya Buitrago, miembro de la junta directiva de la empresa y encargado de la coordinación y control de rutas, como «*jefe de rutas*» o «*jefe de control de rutas*»; que como salario se pactó la suma de mil pesos (\$1.000,00) diarios, posteriormente en 1998 dos mil pesos (\$2.000,00) por día, suma cancelada en las instalaciones de la empresa por el señor Anaya Buitrago al terminar las labores; que asistía a reuniones en las que le daban órdenes e instrucciones, le pedían informes, imponían sanciones, redistribuían funciones y lugares de trabajo, «*para llevar a cabo el control de los vehículos en las rutas de servicio público desarrolladas al día siguiente*».

Afirmó que de manera sorpresiva el 22 de junio de 2003, fue despedido unilateralmente sin justa causa, por el jefe de controles señor Edwin Arias, según le dijo *«por decisión de la Gerencia de la empresa»*, sin existir justificación, queja o incumplimiento de sus funciones, decisión que atribuye a cambios en la directiva de la compañía; que laboraba de lunes a domingo, en jornada de 6:00 a.m. a 9:30 p.m. y, en muchas ocasiones, hasta las 10:30 p.m., incluyendo dominicales y festivos, sin descanso compensatorio; que no le concedieron vacaciones ni fueron compensadas en dinero, como tampoco se le pagó el salario mínimo legal, el tiempo suplementario o complementario, prestaciones sociales, ni fue afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, al igual no le dieron dotación de vestido y calzado de labor, pero se le exigía portar una camiseta distintiva que debía comprársela a la persona que designaba la empresa.

Al dar respuesta a la demanda, Transportes Puerto Santander S.A. - TRASAN S.A., se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, negó la existencia de un contrato de trabajo con el demandante, los extremos temporales y las funciones presuntamente desarrolladas. Aceptó como cierto que el señor Ciro Alfonso Anaya Buitrago para esa época era miembro de la junta directiva de la empresa, pero aclaró que no estaba facultado para que contratara al accionante; y propuso la excepción de inexistencia del contrato de trabajo.

En su defensa manifestó, que el promotor del proceso no era trabajador de la accionada, que no se le canceló ninguna suma como salario, y, en el evento de que fuera cierto que se le entregaran los rubros «*irrisorios*» mencionados en la demanda, ello sería por parte del señor Anaya Buitrago, a título personal, pero no por parte de la empresa, sin ser cierto además, que el demandante tuviera reuniones en las instalaciones de la demandada, ni injerencia en ellas; que no se impartió orden alguna al señor Edwin Arias para despedir al actor, ya que no era empleado, ni subordinado de la compañía, y los cambios a nivel directivo «*se efectuaron por causas comunes a la administración de la empresa*». Terminó diciendo, que no le consta jornada laboral alguna cumplida por el demandante, y por ello no era procedente reconocer y pagarle salarios, prestaciones ni vacaciones, como tampoco haberlo afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante fallo del 12 de junio de 2009, declaró probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo propuesta por la demandada, a la que absolvió de todas las pretensiones, sin condenar en costas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apeló el demandante y la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en

sentencia del 2 de febrero de 2010, confirmó en todas sus partes la decisión absolutoria de primer grado, sin costas.

El Tribunal comenzó por advertir, que el objeto del recurso de apelación era la demostración de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por lo cual corresponde analizar las probanzas traídas al plenario para determinar si se configura la citada relación laboral. Luego hizo alusión a los elementos esenciales del nexo contractual laboral, en especial el de la subordinación o dependencia jurídica.

Abordó el estudio del material probatorio y adujo que las pruebas documentales no acreditaban el contrato de trabajo alegado, esto es, las de folios 5 y 6 control de ruta Montebello Terminal y la Palmita, la Parada, folios 7 a 9 registros civiles de nacimiento de los hijos menores del actor, folios 10 y 11 fotos de demandante con una camiseta con logo, folios 75 a 76, 78, 82 y 85 a 87, que corresponde a memorandos internos de la empresa sobre suspensiones a conductores, descargos y rotación de controles, y el de folio 80 informe diario «*CONTROLES DE RUTAS*», por cuanto no tienen relación directa con el accionante, y lo único que prueban es que había un control de rutas.

Del mismo modo, trajo a colación lo narrado por los testigos Ciro Alfonso Anaya Buitrago y Jorge Olaguer Guerrero, para decir que si bien demuestran que el actor desempeñaba algunas funciones de control de rutas en un establecimiento de la empresa demandada, no acreditan los

extremos de la relación, pues sus dichos son contradictorios. Agregó que la confesión ficta por la inasistencia de la representante legal de la demandada a absolver el interrogatorio de parte que se le solicitó, quedó desvirtuada con las otras probanzas que no dan fe de la existencia de un contrato de trabajo.

En definitiva, sostuvo que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del CPC, para tener por probada una relación laboral, que tampoco es dable presumir en los términos del artículo 24 del CST, pues no existió subordinación jurídica, y en consecuencia concluyó que *«no encuentra la Sala en las pruebas incorporadas una contundencia tal que permita decir que efectivamente el demandante laboró para la demandada durante todo el tiempo que reseña en su demanda»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que en sede de instancia, revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación laboral, que no fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia del Tribunal de violar la ley sustancial por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, con relación a los arts. 22, 23, 24, 27, 29, 32, 37, 45, 64, 65, 145, 160, 173 y 174 del CST.

Adujo que la anterior transgresión de la ley, tiene su origen en cuatro errores de hecho, que es dable sintetizar en que el Tribunal se equivocó, al no dar por demostrado estándolo, que entre las partes existió un contrato de trabajo durante todo el tiempo que reseña la demanda inicial, por cuanto el demandante prestó un servicio personal para la demandada, desde el día 27 de noviembre de 1991 hasta el 22 de junio del año 2003, así mismo erró al no tener por acreditado que fue despedido de manera injusta, y como consecuencia de lo anterior, se le adeuda *«Reajuste al salario mínimo legal vigente a que tenían derecho, primas legales, vacaciones, tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargo por trabajo extra nocturno, cesantía y sus intereses, aportes a la seguridad social integral, auxilio monetario por subsidio familiar, indemnización por despido injusto, todos dominicales y festivos que hay entre el día 27 de noviembre del año 1991 hasta el día 22 de junio del año 2003, que los laboró y que no se le pagaron durante la relación laboral y dotaciones de ley que no se le suministraron durante la relación laboral»*.

Expresa que los yerros fácticos provienen de la apreciación errónea de los siguientes medios probatorios: la confesión ficta de la demandada (folios 165 a 171), los memorandos de la empresa (folios 75 a 79, 81, 82, 85, 87, 94 y 95); y los testimonios de los señores Ciro Alfonso Anaya Buitrago (folios 150-151) y Jorge Olaguer Guerrero Cárdenas (folios 153-154).

Para la demostración del cargo, señala que el Tribunal apreció mal la prueba de confesión ficta, pues *«no es cierto... que en la continuación de la tercera audiencia de trámite el a quo, se haya limitado a dejar constancia de la no comparecencia injustificada de la representante legal de la demandada señora NELLY YAMIR ACEVEDO LIÉVANO, si no que le dio aplicación al art. 210 del CPC...»*. Transcribió lo manifestado por el Tribunal.

Precisa que el error del *ad quem* consistió en que *«solo leyó la parte donde el juzgado dejó constancia de la no comparecencia del representante legal de la demandada al interrogatorio de parte, en la tercera audiencia de trámite y no miró la parte en que el Juzgado declara confesa a la representante legal de la demandada de los hechos contenidos en la (sic) preguntas 1, 2 y 3, del cuestionario escrito, las cuales, dijo el Juzgado, son susceptibles de confesión y los declaró como ciertos esos hechos»*. Copió las preguntas del cuestionario.

Afirma que con lo dicho se invierte la carga de la prueba y la demandada debía probar lo contrario de lo confesado, y que las demás pruebas practicadas en vez de

desvirtuar lo confesado, por el contrario lo ratifican, con lo cual quedan demostrados los errores de la Colegiatura.

Aduce que los memoriales de fls. 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 84, 85, 87, 94 y 95, dan cuenta que el señor **Ciro Alfonso Anaya Buitrago** no era un tercero sino el jefe de rutas y controles de la demandada. Agrega que *«la conclusión que se saca de estos documentos es que existía una relación laboral entre el demandante y la empresa demandada, de acuerdo con la presunción legal del art. 24 del CST establecida a favor del trabajador y que (sic) Tribunal no aplicó»*.

En cuanto a la declaración del señor **Ciro Alfonso Anaya Buitrago**, dice que fue *«el jefe directo del demandante»*, en cuyo testimonio se equivocó la Sala al apreciarlo, pues con su declaración se demuestra es la relación laboral del demandante, *«como lo dijo el doctor ANTONIO JOSÉ ACEVEDO GÓMEZ, en el salvamento de voto»*.

En el mismo sentido, manifiesta que la declaración del señor **Jorge Olaguer Guerrero Cárdenas** a fls. 153-154 del expediente, fue mal apreciada por el Tribunal, porque este testigo fue presentado por la demandada, por lo que no podía tacharlo de sospechoso, quien dijo haber sido compañero de trabajo del demandante en la empresa accionada, y haber desarrollado idénticas funciones en igual horario y con el mismo pago, nada de lo cual tuvo en cuenta el Tribunal, que llegó a una conclusión contraria a la realidad que muestra la prueba, como también lo refiere *«el salvamento de voto del doctor ANTONIO JOSÉ ACEVEDO GÓMEZ»*.

VII. CONSIDERACIONES

Se recuerda que el Tribunal fundamentó su decisión en las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario. De ahí que la censura radica su inconformidad en la valoración que el *ad quem* dio a tales probanzas, razón por la que escogió la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida y enlistó los errores de hecho que aduce fueron cometidos por la Colegiatura, ello con base en la confesión ficta que recayó sobre la demandada por no haber asistido la representante legal al interrogatorio de parte que se le solicitó, en la prueba documental contenida en los memorandos de la empresa allegados al plenario y los testimonios, probanzas que enrostra la censura como mal apreciadas.

Al efecto, la Sala revisa, en primer lugar, las pruebas calificadas en casación, para luego, de acreditarse con estas los yerros fácticos endilgados, valorar la testimonial que, aun cuando no reviste la calidad de prueba idónea, igualmente debió ser derruida por la censura como quiera que fue sostén de la decisión del Tribunal.

En ese orden, del análisis objetivo de las pruebas denunciadas, se encuentra lo siguiente:

1) De la prueba de confesión ficta

Aduce el recurrente que el sentenciador de alzada no valoró en debida forma la confesión ficta de la representante legal de la empresa demandada, por su no comparecencia a absolver el interrogatorio de parte solicitado y decretado.

Para el Tribunal, dicha prueba de confesión no tuvo ningún efecto, en razón a que no se especificaron los hechos que, en principio, se estimaban probados mediante ese medio de convicción, en aplicación del art. 210 del CPC, sin que cumpla ese cometido la simple relación de las preguntas contentivas de los hechos de la demanda «susceptibles de confesión», pues de esa manera no se garantiza el derecho de contradicción.

Sobre los requisitos para que opere la confesión ficta, es importante rememorar lo dicho por esta Corte, en sentencia CSJ SL6843-2016, 25 may. 2016, rad. 49975, en la que se puntualizó:

Vale la pena recordar que la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sostenido que para que la confesión ficta prevista en el artículo 210 del C.P.C. se configure es indispensable que el juez de primera instancia determine y especifique cuáles hechos del cuestionario escrito, de la demanda o de la contestación a ésta son susceptibles de confesión, en los términos del artículo 195 de la misma codificación, a fin de que la contraparte pueda ejercer eficazmente y de manera oportuna sus derechos de defensa y contradicción.

Proyectado lo anterior al asunto bajo examen, se observa en la sentencia atacada, que se constató la inasistencia de la señora Nelly Yamir Acevedo Liévano,

representante legal de la demandada, a absolver el interrogatorio de parte, y al no haber comparecido fue declarada confesa por el *a quo*. Sin embargo, el Tribunal con apoyo en la sentencia CSJ SL, 11 sep. 2002, rad. 18306, concluyó que:

(...) para haber sido declarado (sic) confeso (sic) la demandada, no se puede tomar como una confesión ficta, de ahí que no resulte forzoso concluir que por el mero hecho de que la parte demandada no comparezca a absolver el interrogatorio para el cual fue citado (sic), sin causa justificativa, debe darse por demostrado lo que su contraparte se proponía con dicha prueba, pues, lo anotado por la anterior jurisprudencia, otros elementos de convicción pueden desvirtuar los hechos presumidos.

A lo cual agregó:

«(...) en el sub lite, efectivamente no se demostró la existencia del contrato de trabajo, pues si bien es cierto se evidencia que el demandante desempeñó funciones en un establecimiento del demandado, pero cuestionando la parte demandada la calidad de trabajador, también lo es que no se acreditaron los extremos».

De donde se infieren dos situaciones:

i) Que el Tribunal, al hacer el análisis de la confesión, valoró de manera incompleta y contraria a la realidad procesal la prueba de la confesión ficta de la representante legal de la empresa demandada, ya que no le dio el efecto que dicha probanza debe arrojar.

Lo anterior, por cuanto la representante legal de la demandada no asistió a la tercera audiencia de trámite

realizada el 7 de mayo de 2008 (fls. 167), a la que estaba citada para absolver el interrogatorio de parte que le formularía la parte actora, y pese a que el *a quo* le dio tres (3) días para justificar su inasistencia, no lo hizo, quedando constancia en el expediente del cuestionario con tres preguntas relacionadas que debió responder (fls. 169), sin que, lo haya hecho y que para claridad se transcriben:

- 1) *Que diga si es cierto si (sic) no que el señor LUIS ALFREDO PÉREZ CASTELLANOS, laboró para (sic) empresa TRASAN S.A. desde el día 27 de noviembre del año 1991 hasta el día 22 de junio de 2003.*
- 2) *Que diga si es cierto sí o no que el señor LUIS ALFREDO PÉREZ CASTELLANOS fue despedido por la empresa TRASAN S.A. sin justa causa.*
- 3) *Que diga si es cierto sí o no que al (sic) el señor LUIS ALFREDO PÉREZ CASTELLANOS, la empresa TRASAN S.A. le debe las siguientes acreencias laborales:*
 - a) *Reajuste al salario mínimo legal vigente a que tenían derecho.*
 - b) *Primas legales.*
 - c) *Vacaciones.*
 - d) *Tiempo de trabajo suplementario y complementario.*
 - e) *Recargo por trabajo extra nocturno.*
 - f) *Cesantías y sus intereses.*
 - g) *Aportes a la seguridad social integral.*
 - h) *Auxilio monetario por subsidio familiar.*
 - i) *Indemnización por despido injusto.*
 - j) *Todos los dominicales y festivos que hay entre el día 27 de noviembre del año 1991 hasta el 22 de junio del año 2003 que los laboró y que no se le pagaron durante la relación laboral.*
 - k) *Dotaciones de ley que no se le suministraron durante la relación laboral.*

Observando la Sala que en la continuación de dicha audiencia, realizada el 22 de mayo de 2008 (fls. 170), ante

la solicitud del apoderado de la parte actora de la declaratoria de confesa a dicha representante sobre esas expresas preguntas, el *a quo*, profirió auto interlocutorio, por medio del cual decidió:

DECLARAR confesa a la señora NELLY YAMIR ACEVEDO LIÉVANO, representante legal dela demandada TRANSPORTES PUERTO SANTANDER S.A. TRASAN S.A., o a quien haga sus veces, de los hechos contenidos en las preguntas 1, 2, 3 del cuestionario escrito, las cuales son susceptibles de prueba de confesión y en esa medida es del caso presumir como ciertos esos hechos, la cual será valorada junto con las demás pruebas oportuna y legalmente recolectadas al proferirse la correspondiente sentencia, de conformidad con el Art. 201-2 del CPC.

Por consiguiente, se dijo que con base en la «aplicación de cualquiera de los dos supuestos previstos en los artículos 210 del CPC y 56 del CPT, **se invierte la carga probatoria** y quedan en la situación de tener que desvirtuar el hecho que la ley presume probado en su contra (...)». (Resalta la Sala).

De lo anterior observa la Sala, que el Tribunal dejó de lado que la representante legal tuvo oportunidad de asistir al interrogatorio de parte y posteriormente justificar su inasistencia; que las preguntas que debió absolver sobre los hechos de la demanda quedaron expresamente consignadas por escrito, las que debía contestar y no lo hizo; e igualmente que sobre éstas era que recaía la prueba de confesión, y correspondía a la empresa demandada desvirtuar lo presumido, lo cual no ocurrió.

Por ello, para la Sala quedó cumplido el requisito de especificar los hechos presumidos como ciertos, con

fundamento en los supuestos fácticos contenidos en las referidas preguntas, como que el demandante laboró para TRASAN S.A. desde el día 27 de noviembre del año 1991 hasta el día 22 de junio de 2003; que fue despedido; y que no se le pagaron sus acreencias sociales; quedando así acreditados los yerros de valoración de la prueba calificada en casación.

ii) Pese a lo indicado, el Tribunal con base en otras probanzas, concluyó que el demandante prestó sus servicios personales de carácter laboral a la demandada, pero no profirió condena por considerar que «*no se acreditaron los extremos*» temporales, aspecto fáctico probatorio en el que también erró, pues con la declaratoria ficta que recayó sobre la demandada, como quedó visto, se tenían por acreditados; además, como se verá más adelante, de la prueba testimonial recaudada también era dable inferirlos y aun así no lo declaró.

En cuanto a la prueba documental, contenida en los memorandos de la empresa (folios 75 a 79, 81, 82, 85, 87, 94 y 95), erróneamente apreciados por el *ad quem*, observa la Sala que dan cuenta que efectivamente, como lo aseguró el demandante, el señor CIRO ALFONSO ANAYA era el «*jefe de rutas y controles*» de la empresa, contrario a lo asegurado por esta en la respuesta al hecho primero de la demanda donde aseguró que «*El señor CIRO ALFONSO ANAYA BUITRAGO, si en verdad era para esa época miembro de la Junta Directiva de la Empresa, no estaba encargado por parte de esta de la coordinación y*

control de las rutas prestadas por los vehículos afiliados», lo que, como se verá más adelante, tenía incidencia probatoria, en la medida en que dicho señor compareció como testigo y aseguró haber sido el jefe directo del demandante.

Además, el documento de fls. 84 da cuenta de que éste fue dirigido por el citado testigo al demandante, «Luis A Pérez» -entre otros- en relación a los «*controles que efectuaron*» y la «*revisión de microbuses y documentos conductores*».

Luego sí fue mal valorada dicha prueba documental, en la medida en que el Tribunal se limitó a enunciarla, sin realizar un análisis sistemático de la misma, ya que concluyó que dichas pruebas «*si bien acreditan la existencia del cargo de controles de rutas no demuestran la existencia del contrato de trabajo entre las partes ya que no hacen relación directa con el demandante*», dejando de lado que el documento de fls. 84, sí hace relación al mismo, aparte de que las pruebas deben ser valoradas en su conjunto y no de maneras aislada.

Con lo hasta aquí dicho, con la prueba calificada de la confesión ficta y la documental citada, quedan demostrados los errores fácticos relacionados en el cargo, con el carácter de ostensibles.

En cuanto a la prueba testimonial que también se denunció, si bien es cierto la Sala estaría habilitada para su análisis por lo dicho en precedencia, se hace innecesario su estudio por la contundencia de las pruebas aptas en

casación, pues solo corroborarían la realidad laboral que quedó acreditada.

Por lo expresado, el Tribunal incurrió en los errores de hecho enrostrados por la censura, y por tanto se impone que el cargo está llamado a la prosperidad y se casará la sentencia de segundo grado.

VIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

Parte la Sala de las conclusiones a que se llegó en sede de casación y que, por aplicación del principio de economía procesal, se dan por sentadas, a efectos de la sentencia que en sede de instancia se pasa a proferir.

Cabe agregar a lo dicho, que igual desconoció el *a quo* –la presunción legal del art. 24 del CST establecida a favor del trabajador y que la demandada no desvirtuó, pese a que reconoció la labor personal que desplegó el demandante al servicio de la demandada, incluso con el *«cumplimiento de un horario de trabajo»* y su propia conclusión en el sentido de que *«el elemento de la actividad personal está estructurado a favor del demandante, y en tal sentido, al hacer uso entonces del citado artículo 24 del C.S.T., sin otro miramiento, tendríamos que inferir que esta labor de CONTROL DE RUTAS estuvo cobijado por un contrato de trabajo»*, no obstante lo cual, no aplicó el efecto de dicha presunción, máxime que la empresa demandada se limitó a desconocer la relación laboral del actor, incluidos sus servicios personales a la misma, y que las probanzas acreditadas

lejos de demostrar lo contrario, corroboran las afirmaciones del accionante en tal sentido.

Sobre el particular, esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 13 abr. 2010, Rad. 34223, que aplica al caso, en lo pertinente precisó:

Para la Corte es claro que si el Tribunal tuvo por probado que el actor le trabajó a la demandada, no tenía por qué verificar si esa actividad laboral se hizo bajo subordinación laboral, pues ese hecho debió considerarlo debidamente acreditado por razón de la presunción consagrada en la norma legal que infringió directamente. Toda vez que esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, mas no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley.

Acreditada entonces, como lo fue la relación laboral entre las partes, y definidos como están los extremos temporales, conforme se estudió al despacharse la acusación en sede de casación, aspectos que se presumen confesados, lo cual se corroboró con la prueba documental recaudada, deberá en consecuencia declararse la existencia de la relación laboral de carácter verbal e indefinida, y con extremos temporales entre el 27 de noviembre de 1991 y el 22 de junio del año 2003.

En cuanto la excepción propuesta, se declarará no probada la de inexistencia del contrato de trabajo, con fundamento en las mismas razones que ya se dejaron consignadas.

Como no fue propuesta la excepción de prescripción, las sumas objeto de condena serán desde que se causaron.

En relación con las pretensiones de la demanda inicial, se tiene lo siguiente:

a) Reajuste al salario mínimo mensual vigente.

Como quiera que no hay forma de determinar a ciencia cierta los valores pagados diariamente al demandante, quien según el testimonio del señor Ciro Alfonso Anaya Buitrago, eran cancelados en forma diaria pero aseguró que «*los valores eran variables*» (fls. 150), lo que fue corroborado por el declarante Jorge Olaguer Guerrero Cárdenas al decir sobre la remuneración sufragada al demandante que «*se hacía diariamente en la empresa y variaba entre dos mil y tres mil quinientos pesos diarios, según la venta de planillas que se hacían en el día*» (fls. 154), se absolverá de este concepto deprecado.

Sin embargo, para todos los efectos de esta sentencia, se tendrá en cuenta que equivale al valor del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, en virtud de que está demostrado con la prueba testimonial que el demandante cumplía una jornada ordinaria completa.

b) Tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos.

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

c) Por prestaciones sociales y vacaciones:

Como quiera que la empresa demandada no reconoció la relación de trabajo con el demandante y confesó no haberle pagado ninguna suma por prestaciones sociales y vacaciones, se liquidarán en legal forma con base en el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Año	Salario mínimo	Prima de servicios	Cesantía	Intereses	Vacaciones
1991	\$ 51,716.00	\$ 4.884,67	\$ 4.884,67	\$ 55,36	\$ 2.442,33
1992	\$ 65,190.00	\$ 65,190.00	\$ 65,190.00	\$ 7.822,80	\$ 32.595,00
1993	\$ 81,510.00	\$ 81,510.00	\$ 81,510.00	\$ 9.781,20	\$ 40.755,00
1994	\$ 98,700.00	\$ 98,700.00	\$ 98,700.00	\$ 11.844,00	\$ 49.350,00
1995	\$ 118,934.00	\$ 118,934.00	\$ 118,934.00	\$ 14.272,08	\$ 59.467,00
1996	\$ 142,125.00	\$ 142,125.00	\$ 142,125.00	\$ 17.055,00	\$ 71.062,50

1997	\$172,005.00	\$172,005.00	\$172,005.00	\$20.640,60	\$ 86.00,50
1998	\$203,826.00	\$203,826.00	\$203,826.00	\$24.459,12	\$101.913,00
1999	\$236,460.00	\$236,460.00	\$236,460.00	\$28.375,20	\$118.230,00
2000	\$260,100.00	\$260,100.00	\$260,100.00	\$31.212,00	\$130.050,00
2001	\$286,000.00	\$286,000.00	\$286,000.00	\$34.320,00	\$143.000,00
2002	\$309,000.00	\$309,000.00	\$309,000.00	\$37.080,00	\$154.500,00
2003	\$332,000.00	\$158.622,22	\$158.622,22	\$ 9.094,34	\$ 79.311,11
TOTALES		\$2.137.356,89	\$2.137.356,89	\$246.011,70	\$1.068.678,44

En total las prestaciones sociales y vacaciones, ascienden a la suma de \$5.589.403,92, a la cual se condenará a la empresa demandada y favor del demandante.

d) Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

-Salud y riesgos laborales. En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adocarinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el *sub lite* no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica.

-Pensiones.

De conformidad con el art. 15 de la L. 100/1993, modificado por el art. 3º de la L. 797/2003, son afiliados al sistema general de pensiones:

1. *En forma obligatoria:*

Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley. Así mismo, los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegibles para ser beneficiarios de subsidios a través del fondo de solidaridad pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

El art. 17 de la misma L. 100/93, modificado por el art. 4º de la L. 797/2003, dispone:

Artículo. 17. Obligatoriedad de las cotizaciones. *Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones*

obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen.

De acuerdo con lo anterior, está reconocido que la empresa demandada no afilió al trabajador a una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), ni pagó los aportes correspondientes a pensiones.

Sobre el particular, y la forma de pagar dichos aportes cuando no se hizo la respectiva afiliación y pago, esta Sala en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 32922, dijo:

Los trabajadores respecto a los que los empleadores tienen el deber de constituir títulos pensionales para habilitar el tiempo servido por el que no se efectuaron cotizaciones son aquellos cuya “vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley” como reza el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Y los empleadores a quienes la ley les atribuye tal obligación son aquellos que tienen o tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, como lo señala La ley 100 de 1993 en sus artículo 33, literal c), y 60 literal h), y los decretos reglamentarios, artículo 5 del Decreto 813 de 1994, el artículo 1 del Decreto 1887 de 1994.

El entendimiento de la expresión los “empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión” debe guardar consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados, con la exclusión de los de regímenes expresamente exceptuados; de esta manera, el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

No son admisibles aquellas interpretaciones del texto que distinguiendo lo que el legislador no distingue, conduzcan a dejar por fuera del derecho a habilitar sus tiempos servidos a un empleador, los mismos por los que no se hicieron cotizaciones a los seguros sociales obligatorios; ya porque se crea que basta mirar el día anterior a la vigencia de la ley, y hacer caso de la circunstancia principal que con anterioridad el empleador si había tenido a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; tampoco, si se hacen diferencias a partir de la causa por la que no se hicieron cotizaciones, dejando por fuera a los trabajadores de los empleadores según este haya debido o no hacer cotizaciones; ciertamente, es razón válida para que no opere la subrogación pensional a cargo del ISS, y el empleador tenga a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, es que el empleador no haya afiliado a su trabajador, ya por que no hubo el llamado a la afiliación, o porque hecha la convocatoria no se cumplió con el deber de afiliar, o porque era una empresa de un sector en el que seguros obligatorios no tenían cobertura pensional.

La expresión adverbial que introduce el literal h) del artículo 60, de “empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores” nada desvirtúa lo dicho, si esta disposición está prevista para el Ahorro Individual con Solidaridad, dentro de un Sistema, en el que cualquiera que sea el régimen escogido, las reglas y condiciones para contribuir a la financiación de las pensiones, ya por cotización, por títulos pensionales, son iguales y deben tener igual tratamiento; si los trabajadores tienen libertad para escoger entre uno y otro, carece de sentido pretender que un empleador por no cumplir o no con la exclusividad en el reconocimiento y pago de pensiones quede liberado o no de contribuir según sea el régimen.

La condición de empleador que tiene o ha tenido a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de sus trabajadores, para que se cumpla, basta que lo sea con uno de ellos, con el que reclama la habilitación del tiempo en la seguridad social, por el que no se hizo aporte mientras el vínculo laboral estuvo vigente.

El lapso de anterioridad al que remite la Ley 100 de 1993, para determinar si el empleador es de aquellos que reconoce y paga pensiones, no se limita al inmediatamente anterior a la de la vigencia de la nueva normatividad; una similar remisión es la que hace el régimen de transición del artículo 36 ibidem, y respecto a la cual es oportuno rememorar lo que enseñó la Sala, y

que tiene aplicación en el sub lite, en sentencia del 20 de febrero de 2007, radicación 29120, cuando dijo:

“El régimen al cual se encuentre afiliado se ha de entender cualificadamente, esto es, en el sentido de valer aquel que tenga la virtualidad de habilitarlo para acreditar requisitos para el régimen oficial bajo el cual se encuentre”.

De igual manera el periodo que se ha de tomar, respecto al cual el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimientos de pensiones, es todo aquel por el que el trabajador prestó sus servicios al empleador sin que se efectuaran las cotizaciones a una entidad de seguridad social, el mismo que el trabajador tiene derecho se le habilite en el Sistema General de Pensiones, mediante la contribución a pensiones correspondiente.

En posterior decisión, se reiteró y precisó aún más el tema por parte de esta Sala, en sentencia CSJ SL, 11 sep. 2013, rad. 38471, que en lo pertinente, precisó:

Por tanto, se dijo, que la consecuencia para el empleador omiso de afiliar a sus trabajadores o, en caso de una afiliación tardía, a la luz del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es otra que pagar el capital correspondiente al tiempo dejado de cotizar necesario para financiar la pensión por vejez, establecido desde la vigencia del precitado artículo 6º del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 del mismo año. Entonces, debe responder con el traslado a la entidad pensional del valor del cálculo actuarial liquidado en la forma indicada por el Decreto 1887 de 1994 a satisfacción de la entidad que recibe, como quedó atrás dicho.

Asimismo, explicó la Corte Suprema de Justicia que el inciso 6º artículo 17 del Decreto 3798 del 26 de diciembre 2003 que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 (modificado también por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997), hizo, de forma expresa, la remisión al mencionado Decreto 1887 de 1994 para efectos de hacer igualmente el cálculo correspondiente de la pensión por el tiempo laborado al servicio del empleador que omitió la afiliación a la entidad administradora de pensiones.

También enseñó que al hacer la remisión para efectos de realizar el cálculo actuarial por el tiempo laborado para un empleador omiso, el decreto en comento amplió el campo de aplicación contenido en el artículo 1º del D.1887 en cuestión, y lo hizo de forma pura y simple, pues no puso como condición que la relación laboral estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993, o que se hubiera iniciado con posterioridad a esta fecha. El no condicionamiento mencionado se explica en razón a que la situación a reglamentar contenida en el literal d del artículo 9 de la Ley 797 que modificó el artículo 33 original de la Ley 100 de 1993 tampoco tiene ese condicionamiento, como si lo trajo, desde un principio, la hipótesis prevista en el literal c) del Parágrafo 1º del artículo 33 de la citada Ley 100.

En ese horizonte, entendió la Sala que no era necesario la dicha exigencia, debido a que la Ley 797 de 2003 no estaba creando por primera vez la obligación del empleador de responder por el tiempo servido por el trabajador, sin la afiliación debida, puesto que esta obligación, en esencia, ha existido desde el momento mismo en que surgió, para aquel, la obligación de afiliar al trabajador al ISS.

Adujo que con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, lo que se busco fue adecuar al régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, la forma de hacer el cómputo de los tiempos laborados por el trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época; y en este sentido se expidió su decreto reglamentario, pues como lo dice el pre transcrito inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798, el Decreto 1887 de 1994 se aplicará para hacer el cálculo actuarial “En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo”.

Así, reiteró lo razonado en la sentencia del 27 de enero de 2009, radicación 32.179 en relación con la aplicación del citado Decreto 3798 de 2003 para liquidar la reserva actuarial de un empleador omiso frente a tiempos laborados antes de la Ley 100 de 1993.

Lo anteriormente analizado, lleva a condenar a la empresa demandada a realizar el pago de la reserva actuarial que determine la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) a la que encuentre afiliado el demandante, o se afiliare si no lo está, de acuerdo con el salario que devengaba el actor en el periodo comprendido entre el 27 de noviembre de 1991 y el día 22 de junio del año 2003, durante el cual laboró para la demandada TRASAN S.A., y a falta de prueba sobre su monto con el salario mínimo legal, cálculo actuarial correspondiente a los once años, seis meses y veintiséis días laborados y no cotizados por dicha empresa.

e) Auxilio monetario por subsidio familiar.

El actor pretende el reconocimiento del subsidio familiar, por no haber sido afiliado a una Caja de Compensación Familiar, lo cual asevera lo privó de recibir el subsidio familiar que se reconoce por los hijos y personas dependientes de los trabajadores.

Tal pretensión está llamada al fracaso, por cuanto el demandante no demostró haber informado y acreditado en su momento ante su empleador la existencia de hijos o dependientes beneficiarios del subsidio que ahora reclama, para que surja la obligación por parte de éste de sufragar dicho emolumento por la no afiliación a una Caja de Compensación Familiar, y en consecuencia no se probaron

los presupuestos legales para tener derecho a este emolumento.

f) La indemnización por despido sin justa causa.

El hecho del despido y la terminación unilateral y abrupta del contrato de trabajo del demandante, tal como se analizó en sede de casación, quedó acreditada con la confesión ficta que recayó sobre el representante legal de la sociedad demandada por la no asistencia a absolver el interrogatorio de parte decretado.

La demandada como le correspondía, conforme a las reglas de la carga de la prueba, no logró desvirtuar tal confesión, y por el contrario, el testimonio del señor Ciro Alfonso Anaya Buitrago, jefe de rutas y controles de la demandada, da fe que el actor que era su subalterno fue despido por la empresa demandada (folio 150 del cuaderno del juzgado).

De ahí que, al no estar demostrada una justa causa de despido, no queda otro camino que condenar a la respectiva indemnización legal.

Dado que el demandante laboró por espacio de 11 años, 6 meses y 25 días, la indemnización correspondiente asciende a la suma de \$2.671.985,00.

g) En cuanto a la pretensión subsidiaria.

Como quiera que el demandante solicitó «la indemnización moratoria a la que tiene derecho por la no cancelación oportuna de los derechos, primas, y demás prestaciones sociales al momento de la desvinculación» «en subsidio de la anterior», y la pretensión anterior lo fue «la indemnización a que tiene derecho por haber sido despedido injustamente, conforme al art. 65 (sic) del C.S.T.», que salió avante, y así quedó fijada la Litis, sin que la parte demandante haya modificado su demanda, no queda otro camino que no abordar la pretensión deprecada por ser subsidiaria y haber prosperado la principal.

En lo demás, se mantendrá la absolución de la sociedad demandada, en particular, por los conceptos de auxilio monetario por subsidio familiar e indemnización moratoria.

En sede de instancia, se revocará parcialmente la sentencia absolutoria de primera instancia y, en su lugar, se declarará la existencia de la relación laboral de carácter verbal, entre las partes, a término indefinido, con extremos temporales entre el día 27 de noviembre de 1991 y el día 22 de junio del año 2003, fecha en que fue despedido por la sociedad empleadora sin justa y legal causa. Consecuencialmente, se impondrán las condenas en la forma descrita en precedencia.

Sin costas en el recurso extraordinario, dado que el cargo salió avante y la no réplica del mismo. En primera instancia corren a cargo de la parte vencida en juicio, la sociedad demandada.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia proferida el 2 de febrero de 2010 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso que instauró el señor **LUIS ALFREDO PÉREZ CASTELLANOS** contra la sociedad **TRANSPORTES PUERTO SANTANDER S.A. - TRASAN S.A.**

En sede de instancia, se **REVOCA parcialmente** la sentencia absolutoria de primera instancia y, en su lugar, se **DECLARA** la existencia de la relación laboral de carácter verbal, entre las partes, a término indefinido, con extremos temporales entre el día 27 de noviembre de 1991 y el día 22 de junio del año 2003, fecha en que fue despedido sin justa y legal causa.

Consecuencialmente se **CONDENA** a la sociedad **TRANSPORTES PUERTO SANTANDER S.A. - TRASAN S.A.** a reconocer y pagar al demandante, señor **LUIS**

ALFREDO PÉREZ CASTELLANOS, los siguientes conceptos y sumas dinerarias:

a.- Por prestaciones sociales y vacaciones: cinco millones quinientos ochenta y nueve mil cuatrocientos tres pesos con noventa y dos centavos (\$5.589.403,92) M/cte.

b.- Por indemnización por despido, sin justa causa: dos millones seiscientos setenta y un mil novecientos ochenta y cinco pesos (\$2.671.985,00) M/cte.

c.- Por aportes no efectuados al Sistema de Seguridad Social en pensiones: condenar a la empresa demandada a realizar el pago de la reserva actuarial que determine la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) a la que se encuentre afiliado el demandante, o se afiliare si no lo está, de acuerdo con el salario que devengaba el actor en el periodo comprendido entre el 27 de noviembre de 1991 y el día 22 de junio del año 2003, durante el cual laboró para TRASAN S.A., y a falta de prueba sobre su monto se tomará el salario mínimo legal, cálculo actuarial correspondiente a los 11 años, 6 meses y 26 días laborados y no cotizados por dicha empresa.

En lo demás se mantendrá la absolución de la sociedad demandada, en particular, por los conceptos de reajuste salarial, trabajo en tiempo suplementario y recargos nocturnos, aportes en salud y riesgos laborales, subsidio familiar e indemnización moratoria.

Se declara no probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo.

Costas como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

GERARDO BOTERO ZULUAGA
Presidente de la Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN