

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310500620150040701. Proceso Ordinario de Carlos Hernán Monroy Ruiz contra Motos El Cóndor SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente, Córdor

SENTENCIA:

CARLOS HERNÁN MONROY RUIZ convocó a MOTOS EL CÓNDOR SAS para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo y terminación imputable al empleador: indemnización por despido indirecto; salarios, cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:



Ingresó a laborar con la demandada el 1 de octubre de 1985, la cual el 16 de septiembre de 2013 se transformó de Ltda. a SAS, finalizando el vínculo el 31 de octubre de 2014, desempeñando el cargo de asesor de ventas y cobro de mercancía vendida, bajo órdenes y subordinación de la convocada y sus directivos, con salario integrado por comisiones sobre ventas y cartera recogida, equivalente cada una a un 3%.

La convocada le entregaba periódicamente la relación de cartera de cuentas de cobro, pero unilateralmente decidió desconocerle las comisiones por ventas cuando los clientes cancelaban facturas después de 70 días, igualmente, se le retuvo sin autorización previa y escrita parte de las comisiones por ventas y cartera recogida; que para el año 2012 el valor retenido por comisiones de cartera recogida fue de \$1.489.418 y por comisiones sobre ventas el valor de \$2.393.067; para el año 2013 el valor retenido por comisiones de cartera recogida fue de \$921.337 y por comisiones sobre ventas el valor de \$1.765.932; en el año 2014 el valor retenido por comisiones de cartera recogida fue de \$725.505 y por comisiones sobre ventas el valor de \$1.185.635.

El 2 de octubre de 2014 la demandada le comunicó que solo le pagaría comisiones previa presentación de cuenta de cobro, por lo que siguiendo dichas instrucciones presentó por las comisiones por cartera recogida y ventas de los meses de agosto y septiembre de 2014 por un valor total de \$958.198, correspondiéndole \$650.589 por ventas y \$307.609 por cartera recogida, de los cual sólo se le pagó la suma de \$395.561; que la empresa le retuvo un total de \$9.042.532 por comisiones de ventas y cartera recogida de los años 2012 a 2014.

Hasta septiembre de 2013, la empresa le entregó la lista de precios de los productos que comercializaba y de las nuevas importaciones, los cuales solía entregarle cada dos meses para que se los presentará a los clientes, por lo que



al no habersele entregados dichas listas tuvo como consecuencia disminución en sus comisiones de ventas.

El salario promedio que devengaba para el año 2012 ascendió a la suma de \$1.112.429; para el primer semestre del año 2013 devengó la suma de \$1.089.656, para el segundo trimestre del año 2013 la suma de \$751.823, para un salario promedio de dicha anualidad de \$920.739. En el último año de servicios el salario promedio obtenido, teniendo en cuentas todas las comisiones devengadas, fue de \$546.152.

El 31 de octubre de 2014 dio por terminado su contrato de trabajo invocando como justa causa imputable a la convocada, la retención indebida de salarios y prestaciones sociales, el cambio de condiciones de trabajo y no poner a disposición los elementos necesarios para la realización de sus labores; a la entrada de vigencia de la ley 789 de 2002 llevaba más de 10 años de servicio a la demandada.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 8 de julio de 2015. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderada procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos los negó, aceptando el cambio de tipo societario; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de relación laboral, inexistencia de obligaciones económicas, cobro de lo no debido, falta de causa, compensación, prescripción, buena fe y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 2 de noviembre de 2017, **CONDENANDO** al pago cesantías e intereses, prima de servicio de los años 2013 y 2014, compensación vacaciones últimos dos años



e indemnización moratoria. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Impuso costas a cargo de la pasiva.

Inconformes con la decisión las apoderadas de las partes interpusieron recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS:

La impugnante de la activa presenta inconformidad por la absolución de salarios insolutos e indemnización por despido, sustentada en que se demostró las comisiones causadas durante los últimos tres años y los descuentos realizados sobre estas, sin mediar autorización previa y escrita del empleado.

Sostiene la impugnante que, demostrada la disminución del monto de las comisiones, se desmejoró el salario convirtiéndose en justa causa de terminación del contrato, procediendo en esa forma la indemnización por despido, y no sólo la ausencia de pago de prima no causada que estimó el juzgado.

Sostuvo la impugnante de la pasiva, que no existió contrato de trabajo, ya que el demandante se encontraba vinculado comercialmente con la convocada, con la cual durante los supuestos 35 años, las actividades las desarrollaba independientemente sin sostener obligación directa con la empresa, diferente al trato comercial para adquirir los productos, lo que deja en evidencia la inexistencia de subordinación, que es la única diferencia del contrato de trabajo con otras formas de vinculaciones.

El seguimiento de directrices comerciales no comporta subordinación jurídica, ya que surge de la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto al empleador, qué faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de



trabajo, imponerle reglamentos los cuales deben tenerse por todo el tiempo de relación del contrato, que como se demostró no acaeció, pues incluso cuando el demandante se retiró de su actividad muchos clientes quedaron abandonados porque eran directamente suyos.

Que contrario a lo estimado por el juzgado, el simple hecho de que una persona realice una actividad a favor de alguien se determine la existencia del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que la presunción de su existencia no lo contempla, además, tampoco tuvo en cuenta la compensación de las sumas que se acreditaron adeuda el demandante a la convocada

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

La acreditación de la prestación personal del servicio constituye el elemento fundante para presumir la existencia del contrato de trabajo, pero no plena prueba de aquél, ya *“que las presunciones no son medios de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal”* <<Sentencia C-731 del 12 de julio de 2005>>, precisamente porque lo que consagran las presunciones son la transformación de la carga de la prueba, es decir, que en quien recae, en este caso, a quien se endilga la condición de empleador, a través de los medios de convicción desvirtuarla, pues son estos los que legítima y válidamente constituyen el soporte para resolver el entuerto jurídico, a voces de lo



normado en el ordenamiento procesal jurídico y Superior, que para los intervinientes en juicio constituyen el instrumento a través del cual ejercen su derecho de acción, de contradicción y defensa, y para el encargado de dirimir la controversia su soporte, ya que toda decisión judicial debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados a la controversia, como lo consagra el artículo 164 del ordenamiento procesal general, lo que significa que el operador judicial debe resolver sobre la viabilidad del derecho sometido a consideración, única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, pues esta es su finalidad.

En Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002 la Corte Constitucional, expresó “(...) *si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí’*”.

La prestación del servicio que exige el artículo 23 del ordenamiento positivo como elemento esencial del contrato de trabajo, es la personal -intuito



personae- que sólo es atributo de las personas naturales por existir en el espacio físico y del cual carecen las personas morales por cuanto sólo existen en el mundo jurídico, tal como lo establece el artículo 22 ibídem al consagrar que en el contrato de trabajo una persona natural se obliga a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica, por esa razón con protección Superior dado el carácter tuitivo de los derechos mínimos del empleado como parte débil de la relación de trabajo.

Así las cosas, aunque la acreditación de la prestación personal del servicio es una carga procesal de la activa, no significa que constituya prueba suficiente para endilgar que estuvo regida por contrato de trabajo, ya que la accionada a quien se le endilga la condición de empleadora puede desvirtuar que no los prestó o que no fueron subordinados como elemento que lo caracteriza e identifica, de suerte que si así sucede, no produce efectos la presunción legal estatuida en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo para concluir que los servicios prestados se rigieron por contrato de trabajo.

Es además de la esencia de la relación de trabajo, el carácter retributivo del servicio, precisamente porque constituye otro elemento esencial del contrato de trabajo, que asume el empleador como beneficiario de la labor contratada, elemento que identifica la onerosidad de las relaciones de trabajo.

La prueba obrante a los autos, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo el principio científico que informa su sana crítica, permite concluir con acierto jurídico que las labores o actividades que realizó el demandante como vendedor externo nacional para la convocada, no mutó a contrato de trabajo, por ausencia de los requisitos previstos en el artículo 23 del ordenamiento positivo del trabajo.

La versión del actor en interrogatorio de parte, expone supuestos encaminados a enrostrar subordinación, sin esgrimir particularidades que la identifiquen,



limitándose para tales efectos que la comercialización o venta de los productos la realizaba de acuerdo con la lista de precios que le suministraba la empresa y bajo las condiciones establecidas en ésta (descuentos hasta del 10%), participando en reuniones comerciales en las que se definían los productos a importar. No obstante, con más relevancia al referir la manera como realizó su actividad, desnaturaliza cualquier sometimiento a trato subordinado, expresando que paralelo con la actividad desarrollada para la convocada, i) comercializaba productos de otras empresas; ii) adquiría productos directamente como empresario o comerciante, para comercializarlos en establecimiento de su propiedad (almacén); iii) solicitaba anticipos para cubrir los gastos de sus correrías, autorizando su descuento del valor de las comisiones que le correspondieran; iv) durante toda la gestión se afilió y cancelaba las cotizaciones al sistema de seguridad social como independiente; y, v) durante el extenso lapso que desempeñó la actividad, jamás mostró inconformidad ni elevó reclamación alguna de derechos laborales.

Aspectos que en igual sentido se establece de la prueba testimonial, que al unísono refiere aspectos particulares que no permiten siquiera inferir en la ejecución de la actividad un trato subordinado, sino de verdadera autonomía e independencia, exponiendo que, en la ejecución de la actividad, i) no recibía órdenes, instrucciones, directrices, ni rendía informes de gestión; ii) se limitaba a reclamar la lista de precios; iii) pasaba la relación de ventas y recuperación de cartera para la liquidación y cancelación de comisiones; iv) solicitaba anticipos para su correría porque la empresa no los asumía; iii) manejaba listas de otras empresas incluso con productos similares, sin que la convocada le restringiera o impidiera hacerlo, por esa razón tan solo le colaboraba con un 50% de los gastos de teléfono celular; iv) los vendedores de mostrador que se encontraban vinculados laboralmente, cumplen actividades diametralmente diferentes, debiendo cumplir metas, jornada y horario, uso de uniformes y sometidos al cumplimiento de órdenes en el desempeño de la gestión, mientras que el actor simplemente acudía al establecimiento a



solicitar las listas de precios y autónomamente fijaba o establecía sus correrías y visita de sus propios clientes; v) nunca fue objeto de llamado de atención u observación, acudiendo esporádicamente a reclamar la lista de precios y relación de ventas y cobro de carteras para el pago de comisiones; vi) manejaba sus propios clientes y zonas sin que la convocada interviniera en esa relación.

Manifestación de los deponentes que admiten credibilidad, considerando que se trata de personas que tuvieron conocimiento directo de la forma como se presentó la actividad en virtud que eran las encargadas de tramitar la gestión del actor, por esa razón, con naturalidad y espontaneidad refieren con lujo de detalles la forma que se presentó el servicio, de las cuales se puede establecer sin asomo de duda la ausencia de aspectos que identifiquen en la realización de la actividad un trato subordinado. Dichos de los testigos que se acompasa igualmente con lo referido por el representante legal en su jurada.

El hecho de que las versiones de las partes en su jurada y las declaraciones de los deponentes refieran que la comercialización de los productos debía ceñirse a la lista de precios suministrada por la convocada y que en ellas igualmente se indicara al demandante y a otras personas como asesores comerciales, no significa que estuviese sometido a algún tipo de trato subordinado para endilgarle la condición de empleado, ya que corresponde simplemente a un parámetro discrecional que compete única y exclusivamente a la comercializadora de los productos acorde con su criterio sobre condiciones de pérdidas y ganancias del producto ofrecido, y sobre la base cierta que bajo esos lineamientos se sujetaba el reconocimiento y pago de las comisiones por venta de sus productos, y la llamada a responder por la garantía del producto ofrecido, por la misma razón, perfectamente válido que anunciara las personas que en su nombre ofrecían sus productos.



En el mismo derrotero es preciso resaltar, que si bien se ha aceptado que las certificaciones laborales constituyen prueba para establecer lo que informan (fl. 20), también lo es que pueden derruirse con los demás medios de convicción, situación que es la que aconteció en el caso sub examine, considerando que las probanzas valoradas en la forma anunciada derruyen su contenido, sin que lo consignado por si solo permita establecer que efectivamente los servicios realizados estuviesen regidos por contrato de trabajo, ya que lo que claramente informa es una relación laboral, acepción amplia que enmarca la prestación de un servicio que bien puede ser bajo la modalidad autónoma de prestación de servicios o cualquier otra modalidad con la misma connotación; además, la restante documental lo único que deja en evidencia, es la relación de productos, relación de ventas y comisiones, sin que de ellas se puede siquiera inferir un trato subordinado. En el mismo sentido, la particularidad de la solicitud de crédito al denominado fondo de empleados pierde relevancia (fl. 17), por cuanto como lo sostuvo el representante legal de la convocada en su jurada y reitera la testigo Nidia Cortés Hernández, se trataba de un fondo de ahorros que inició entre familiares y amigos donde se encontraba el almacén, y que la declarante denominó especie de pirámide.

Los medios de convicción evacuados dejan en evidencia la autonomía del contratista en la ejecución de la actividad contratada, por lo tanto, ineficaz la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo por encontrarse demostrada la inexistencia del elemento subordinante típico del contrato de trabajo e inoperante el principio de la primacía de la realidad sobre las formas estatuido en el artículo 53 de la Carta Política, pues esta directriz constitucional no puede ir al punto de desconocer otro principio que rige las relaciones interpersonales como el de la autonomía de la voluntad contractual libremente expresada, que permite jurídica y válidamente la celebración de diferentes modalidades contractuales que conllevan la prestación de un servicio, sin olvidar que ese principio se aplica igualmente para la empleadora,

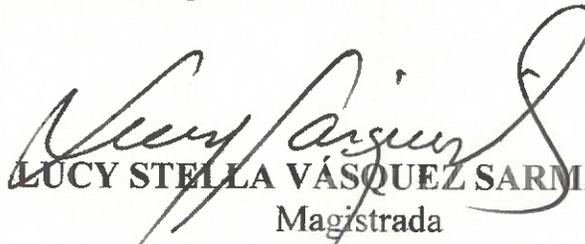


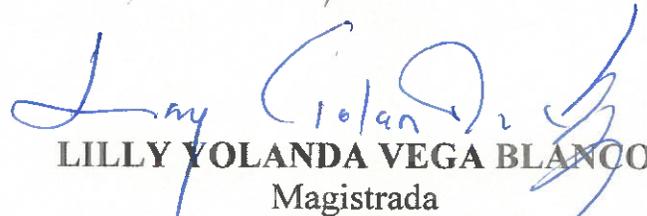
pues lo que protege es la garantía de la realidad, y se demostró que en la realización de la labor, el demandante no sólo sabía desde el inicio cual era la naturaleza jurídica del vínculo que sostenía con la demandada, lo que significa en sana lógica, que la relación así fue querida, pues no de otra forma actuó frente a ella con total autonomía, discrecionalidad e independencia como lo dejó en evidencia el caudal probatorio valorado.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia de primera instancia, y como consecuencia se **ABSUELVE** de las pretensiones de la demanda. Costas en ambas instancias a cargo de la activa. En las de segunda inclúyase la suma de \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho. Las de primera las tasara el juzgado de conocimiento.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-036 2018 00542 01. Proceso Ordinario de Rafael Segura Ibarra contra Colpensiones. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de abril de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicita el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral el pago de la diferencia en el retroactivo pensional, la mesada 14 y los intereses de mora causados desde el 22 de mayo de 2005, así como de los incrementos pensionales del 14% por persona a cargo.



Como fundamento de sus pretensiones señaló en esencia que nació el 22 de mayo de 1945 y que para el mes de julio del año 2005 tenía cotizadas más de 800 semanas.

Indicó que laboró de forma ininterrumpida para la empresa Confecciones Segura Osorio S en C desde el 10 de junio de 1994 hasta diciembre de 2001; pero que ésta no efectuó los aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde el mes de junio de 1995, sino hasta el momento en que fue liquidada, sin que dicho pago se viera reflejado en su historia laboral.

Afirmó que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 3 de agosto de 2007, el cual le fue negado mediante las Resoluciones 014932 de la misma anualidad, 008509 de 2011 y 900467 de 2012.

Señaló que el 30 de octubre de 2012 solicitó ante la demandada la corrección de su historia laboral, sin embargo, ésta mediante comunicación del 25 de junio de 2013, le informó que su historia laboral no presentaba inconsistencias.

Refirió que el 6 de agosto de 2013 solicitó nuevamente el reconocimiento de la prestación de vejez, sin embargo, el mismo le fue nuevamente negado por la accionada; sin embargo, atendiendo la reclamación presentada el 28 de julio de 2015, mediante Resolución 191352 del 29 de junio de 2016, le fue reconocida la prestación y con la Resolución DIR 14549 del 31 de agosto de 2017, se ordenó el pago del retroactivo pensional correspondiente.

Finalmente indicó que el 8 de marzo de 1969 contrajo matrimonio con la señora María Marlene Osorio Méndez, con quien convive actualmente y no labora, ni tiene prestación económica alguna.



Una vez notificada la entidad accionada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones¹, para lo cual adujo en esencia que la prestación de vejez del demandante fue liquidada correctamente, que la mesada 14 fue eliminada por el Acto Legislativo 01 de 2005 para las nuevas pensiones salvo que se causen con anterioridad al 31 de julio de 2005 y sean iguales o inferiores a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes y que el reconocimiento de intereses de mora esta referido únicamente frente a mesadas pensionales no reconocidas a tiempo. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, imposibilidad del reconocimiento del incremento del 14% y 7% en pensiónes superiores al salario mínimo mensual legal vigente, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios sin indemnización moratoria, entre otras.

La *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, para lo cual consideró en esencia que la demandada tuvo en cuenta todas y cada una de las semanas cotizadas a favor del demandante; que los incrementos por persona a cargo fueron derogados tácitamente con la expedición de la Ley 100 de 1993 y que no había lugar al reconocimiento de intereses de mora, en tanto que a pesar de que existió decisión judicial en la que se concluyó que no tenía la obligación de reconocer la pensión de vejez, ante una nueva solicitud del accionante accedió a ello a partir del 22 de mayo de 2005, sin declarar la prescripción de las mesadas a las que tenía derecho el demandante a pesar de que había podido hacerlo.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

¹ Cfr fls 103 y ss del expediente digitalizado.



FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente, de un lado se revoque la decisión adoptada en la relación con el pago de la diferencia del retroactivo pensional y se liquide nuevamente, en tanto que la servidora judicial de primer grado efectuó la liquidación hasta el mes de junio del año 2017, cuando en la resolución correspondiente se indicó que el pago del retroactivo se haría hasta el mes de septiembre de la misma anualidad.

De otra parte solicita se acceda al reconocimiento de los intereses de mora reclamados, al considerar que la demandada omitió tener actualizada la historia laboral de su mandante, quien comenzó a solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez desde el año 2007 y en innumerables solicitudes indicó a la demandada el error en que estaba incurriendo con las semanas cotizadas, por lo que no se estaban teniendo en cuenta cómo debía ser, y que por esa razón promovió un proceso.

Aduce que si bien el proceso judicial le fue adverso, no conformes con tal determinación al tener la convicción de cumplía con los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional, continuó efectuando las reclamaciones correspondientes relativas a la corrección de la historia laboral, las que no fueron atendidas, hasta que finalmente la demandada se dio cuenta del error a pesar de la existencia del fallo judicial que le indicaba que no se encontraba en la obligación de pagar la pensión.

Sostiene que la demora de más de 8 años en el reconocimiento del derecho pensional evidentemente le ocasionó un detrimento económico, y que si no aplicó la prescripción fue porque su mandante no dejó de reclamar el reconocimiento del derecho pensional; motivo por el que solicita que teniendo en cuenta que de acuerdo con el criterio de la Corte Suprema de



Justicia, los intereses de mora tienen un carácter remuneratorio más no sancionatorio, se acceda a su reconocimiento

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia que establece el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de un mayor valor por concepto de retroactivo pensional así como de los intereses de mora que prevé el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no fue objeto de discusión entre las partes que mediante la Resolución DIR14549 del 31 de agosto de 2017, a partir del 22 de mayo de la misma anualidad en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente. Circunstancia que por demás se encuentra acreditada con la copia del correspondiente acto administrativo visible a folios 60 a 71 del expediente digital.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al fondo del asunto corresponde precisar en primer término que no se cuestiona el monto en que se estableció la prestación sino el valor que se reconoció por concepto de retroactivo pensional.



Aduce al efecto la recurrente que la servidora judicial de primer grado, efectuó la liquidación teniendo en cuenta las mesadas pensionales causadas entre el 22 de mayo de 2005 y el mes de junio de 2016; pero que de acuerdo con la Resolución DIR14549 del 31 de agosto de 2017 debió tener en cuenta las mesadas pensionales causadas hasta el mes de septiembre.

Al respecto advierte la Sala que si bien es cierto que en la Resolución DIR14549 de 2017 se dispuso el ingreso en nómina de la prestación en ella reconocida en el mes de septiembre de 2017, con el correspondiente retroactivo, lo cierto es que, la prestación había sido ingresada en nómina desde el mes de julio de 2016 conforme se dispuso en la Resolución 191352 del 29 de junio de 2016, tal como establece de la certificación del 11 de agosto de 2016 con radicado 2016_9198809, en la que el Gerente Nacional de Nómina señaló que la prestación de vejez del accionante ingresó a nómina el mes de julio de 2016.

En las condiciones expuestas y una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor de acuerdo con el cuadro que se incorpora y hace parte de la presente decisión, ningún reproche merece a la Sala la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado, al no acceder al reconocimiento de las diferencias reclamadas.

Ahora, en lo que respecta al reconocimiento de intereses moratorios, es del caso recordar que acorde con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el pago de intereses moratorios está concebido en relación con la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, pues su objeto es precisamente que una vez se solicite el derecho por parte de su titular y se verifiquen los requisitos que causan la prestación, el



responsable u obligado la reconozca y pague dentro del término legalmente establecido a efectos de no causar al aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad de pensiones; motivo por el que no es de recibo el planteamiento que efectúa el recurrente, conforme con el cual los intereses de mora son procedentes únicamente a partir de la expedición del acto administrativo que reconoce el derecho pensional, pues ello haría totalmente inoperante el propósito aludido.

Así mismo, en cuanto a la procedencia del reconocimiento de intereses de mora, considera la Sala oportuno señalar que aun cuando la prestación se reconoció de conformidad con una normatividad diferente a la Ley 100 de 1993, como lo es el Acuerdo 049 de 1990; ello no es óbice para el reconocimiento de los aludidos intereses de mora pues de conformidad con la interpretación constitucional vertida en sentencia C-601 de 2000 que declaró la constitucionalidad del aludido artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dichos emolumentos aplican a las pensiones que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, que se presente a partir del 1° de abril de 1994, sin importar su fuente legal de reconocimiento; criterio que acogió la máxima Corporación de justicia laboral en la sentencia SL1681 del 3 de junio de 2020.

Ahora; aun cuando en el asunto se advierte que desde el año 2007 el demandante solicitó el reconocimiento del derecho pensional, conforme lo señaló la servidora judicial de primer grado, tampoco puede pasar desapercibido el hecho de que el demandante en el año 2013 promovió proceso ordinario con el propósito de obtener el reconocimiento de la prestación de vejez, y que precisamente en la Resolución 191352 del 29 de junio de 2016, es que se reconoce que existen nuevos elementos de juicio para el reconocimiento del derecho pensional del accionante; de manera que



acceder a la solicitud de la recurrente apareja el desconocimiento de los efectos de cosa juzgada y por esa razón no se accederá al mismo.

Hasta acá el análisis del Tribunal. No se impondrá condena en costas en esta instancia en tanto el conocimiento del asunto también se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Año	Valor mesada	No. de mesadas	TOTAL
2005	\$ 381.500,00	9,3	\$ 3.547.950,00
2006	\$ 408.000,00	14	\$ 5.712.000,00
2007	\$ 433.700,00	14	\$ 6.071.800,00
2008	\$ 461.500,00	14	\$ 6.461.000,00
2009	\$ 496.900,00	14	\$ 6.956.600,00
2010	\$ 515.000,00	14	\$ 7.210.000,00
2011	\$ 535.600,00	14	\$ 7.498.400,00
2012	\$ 566.700,00	14	\$ 7.933.800,00
2013	\$ 589.500,00	14	\$ 8.253.000,00
2014	\$ 616.000,00	14	\$ 8.624.000,00
2015	\$ 644.350,00	14	\$ 9.020.900,00
2016	\$ 689.455,00	7	\$ 4.826.185,00
TOTAL			\$ 82.115.635,00



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DISCUSIÓN

Bogotá, D. C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-006-2016-00628-01. Proceso Ordinario de Rober Frey García Osorio contra Salud Total EPS S.A. y la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de diciembre de 2019.

ANTECEDENTES

Solicita el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada Salud Total EPS S.A. entre el 3 de diciembre de 2007 y el 13 de enero de 2014, en virtud del cual devengó un salario mínimo mensual legal vigente o la suma que pruebe en el proceso; se condene a



las demandadas al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, aportes en salud y pensiones, la sanción por no consignación de cesantías contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, la indemnización moratoria, la diferencia dejada de cancelar por concepto de aportes patronales a pensión salud en tanto que no se realizaron sobre la base del último salario devengado.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con la Cooperativa de Trabajo Asociado Taletum y se condene a esta última al reconocimiento y pago de las acreencias laborales antes indicadas.

En lo que interesa al asunto como sustento de sus súplicas afirmó en esencia que el 4 de junio de 2007 suscribió con la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum convenio contractual asociativo el cual finalizó el 19 de febrero de 2014.

Que en virtud del referido convenio se acordó una remuneración básica ordinaria mensual correspondiente al salario mínimo mensual legal vigente por los servicios que prestara como Asesor Profesional en Salud Total EPS S.A.

Afirmó que en la cláusula octava del referido convenio se pactó que por cada afiliación que se hiciera al plan obligatorio de salud recibiría una suma de dinero denominada incentivo o medios de transporte, los cuales no eran tenidos en cuenta para el pago de los aportes en pensión y salud

Indicó que desde su ingreso a la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum fue designado para prestar servicios personales y exclusivos



como Asesor Profesional al servicio de Salud Total, cumpliendo un horario de lunes a viernes desde las 7:00 am hasta las 6:00 pm; y que nunca prestó servicios como Asesor Profesional para la CTA Talentum.

Refirió que el representante legal, algunos de los accionistas mayoritarios y miembros de la Junta Directiva de Salud Total EPS S.A., son socios fundadores de Talentum.

Añadió que entre la CTA Talentum y la CTA Salud Total EPS S.A. se suscribió acuerdo de formalización laboral conforme con lo establecido en los artículos 13 a 17 de la Ley 1610 de 2013, el cual contó con el beneplácito del Viceministro de relaciones laborales del Ministerio del Trabajo y del Coordinador del Grupo Especial de la Dirección de Inspección, Vigilancia y Control de la misma cartera ministerial.

Una vez notificadas, las demandadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, Salud Total EPS S.A.¹ adujo que el demandante no ha prestado un servicio personal y subordinado en su favor y que por esa razón no se configura la existencia de la relación laboral que reclama. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó falta de causa sustantiva para la acción, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción, pago, compensación, entre otras.

Por su parte la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum² sostuvo que el demandante fue un trabajador asociado por el periodo reclamado, sin que existiera un contrato de trabajo en los términos previstos en la

¹ Cfr fls 407 a 431.

² Cfr fls 506 a 555



legislación laboral, en virtud del cual siempre atendió las necesidades y finalidades de la Cooperativa de Trabajo Asociado. Propuso en su defensa las excepciones de aplicación del régimen de cooperativismo como exclusión del régimen laboral, inexistencia de la relación laboral con Talentum, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, pago, entre otras.

Mediante providencia del 27 de junio de 2018 se aceptó el desistimiento de las pretensiones frente a la demanda Taletum Cooperativa de Trabajo Asociado.

Al desatar las pretensiones de la demanda, la servidora judicial de primer grado absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar en esencia que si bien era cierto que la demandada Salud Total EPS S.A. ostentó la condición de empleadora, también lo era que los conceptos reclamados habían sido reconocidos por a CTA Talentum bajo otras denominaciones.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fu concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Aduce el recurrente en primer término que tal como lo indicó la servidora judicial de primer grado, dentro del asunto quedó demostrada la existencia de una relación de carácter laboral entre el demandante y la demandada Salud Total EPS S.A. en virtud del cual aquél prestó sus



servicios personales inicialmente como Asesor Comercial y posteriormente como Asesor Profesional.

De otra parte indicó que fue enunciado en los hechos de la demanda y objeto de discusión entre las partes que las sumas canceladas como medios de transporte eran en realidad comisiones y que además de esa forma quedó demostrado, en tanto que dependía de la efectividad de la actividad que realizaba su mandante.

Agrega en el mismo sentido que tal aspecto sí debió ser analizado en tanto que agregó pretensión por pretensión reclamó se tuviera en cuenta el salario mínimo o lo que apareciera probado y que por tal razón sí debió cuantificarse dicho aspecto.

CONSIDERACIONES:

En los términos del recurso de apelación y en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S³., si entre el demandante y la sociedad Salud Total EPS S.A. existió una relación de carácter laboral y de ser así, si es procedente el análisis de la connotación salarial de las sumas que el accionante percibió como medios de transporte, de cara al reconocimiento y pago de las acreencias laborales solicitadas.

Corresponde a la Sala precisar en primer término que si bien la servidora judicial de primer grado determinó que el demandante se encontraba vinculado laboralmente con la sociedad Salud Total EPS S.A., lo cierto es, que en la parte resolutive de la decisión absolvió a las demandadas de

³ Adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001.



todas y cada una de las pretensiones, y por esa razón no es posible obviar el análisis de este aspecto, so perjuicio de desconocer el derecho de defensa de las demandadas, quienes en los términos del inciso 2° del artículo 320 del Código General del Proceso.

Efectuada la anterior precisión y a efectos de determinar si el demandante estuvo o no vinculado mediante un contrato de trabajo, corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión que éste que el demandante se vinculó con la demandada Talentum a partir del 3 de diciembre de 2007 como trabajador asociado en virtud de la suscripción de contrato denominado “*COMPROMISO CONTRACTUAL ASOCIATIVO*”, para prestar servicios como Asesor de Ventas en Salud Total EPS; n que dicho vínculo se prolongó hasta el 13 de enero de 2014. Supuestos que por demás se determinan con la documental visible a folios 190 a 199, 352 Y 556 a 557, contentiva del referido contrato, certificación expedida por la demandada Talentum Cooperativa de Trabajo Asociado y acta de terminación de mutuo consentimiento.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, corresponde indicar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, 3 elementos se requieren para concluir la existencia del contrato de trabajo, a saber: la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor, inmerso en otro tipo de relaciones.



Condiciones que varían sustancialmente de las que se presentan entre las cooperativas de trabajo asociado y sus asociados, pues de conformidad con lo estatuido en el artículos 3º y 4º de la Ley 79 de 1988, el acuerdo cooperativo es un contrato que se celebra por un número plural de personas con el objetivo de crear una persona jurídica de derecho privado denominada Cooperativa, en la que los cooperados son simultáneamente aportantes y gestores de la empresa, de forma tal que se encuentran ubicados en un plano horizontal en el que no es posible, hablar de empleadores por un lado y de trabajadores por el otro; de allí que tampoco sea dable considerar relaciones de dependencia o subordinación en la ejecución del objeto de la cooperativa.

Advertido lo anterior, dada la oposición en lo que respecta a la naturaleza del vínculo, corresponde dilucidar si del material probatorio recaudado se establece una verdadera relación de trabajo regida por un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada Salud Total EPS, dando alcance para el efecto al principio constitucional de la primacía de la realidad contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

Para lo cual, contrario a lo que a juicio de la Sala, no basta con que se acredite la vinculación del demandante al ente cooperado como asociado, pues lo que resulta realmente determinante, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política, es establecer la forma en que se desarrolla esa relación; pues en realidad existen algunos casos, que se presentan formalmente como relaciones cooperativas, pero esconden en realidad una relación de estirpe laboral.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso de estudio, considera la Sala, de un análisis sereno del material probatorio adosado al proceso,



que el vínculo que rigió la relación entre las partes fue en realidad de carácter laboral tal como en su oportunidad lo indicó la servidora judicial de primer grado; de esa forma se afirma pues a pesar de que el demandante estuvo vinculado por espacio aproximado de 6 años, no se advierte la existencia por parte suya de algún acto de socio al interior de la Cooperativa con la que se vinculó, además de acuerdo con lo refirieron los deponentes John Jairo Jiménez y John Jairo Moreno Morales, quienes fueron compañeros del accionante, refieren no solo que los servicios era prestados en las instalaciones de la demandada Salud Total EPS, sino que además esta se encargaba de realizar el control al cumplimiento de metas, mediante la citación a diversas reuniones en las que se incluso se verifica su posición frente a las demás EPS, que incluso organizó concursos con tal propósito, y además realizaba evaluaciones de desempeño; lo que denota su verdadera condición de empleador.

Aunado a lo anterior, tal como lo puso de presente la servidora judicial de primer grado, no puede pasar desapercibido el hecho de que en la cláusula octava de la oferta mercantil presentada por la CTA Talentum el 30 de julio de 2008⁴, se confirió a Salud Total EPS la posibilidad de solicitar sustitución de trabajadores asociados en los eventos en que no cumplan con los estándares de servicios, atención e idoneidad; circunstancia de la que dimana, que en el referido acuerdo se conservó a favor de Salud Total EPS la gestión de los servicios prestados por el accionante.

En las condiciones analizadas, aun cuando las anteriores consideraciones coinciden con la conclusión a la que arribó la servidora judicial de primer; se dispondrá la declaratoria del vínculo laboral deprecado por el demandante con Salud Total EPS, por el periodo comprendido entre el 3

⁴ Cfr fl 450 a 464



de diciembre de 2007 y el 13 de enero de 2014, en tanto que en la parte resolutive de la sentencia de primer grado se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones.

Dilucidado lo anterior corresponde determinar si resulta procedente o no el análisis del aspecto relativo a la connotación salarial de los pagos que se efectuaron a favor del demandante por concepto de medios de transporte.

La juez de primer grado, se abstuvo de asumir el conocimiento de este aspecto al considerar en esencia que en la demanda no se discutió la base salarial de los conceptos reclamados, en tanto que lo que se solicitó el reconocimiento de los diferentes créditos laborales sobre un salario mínimo mensual legal vigente.

Al respecto, considera la Sala oportuno advertir que en las pretensiones de la demanda la parte actora siempre solicitó, en punto a la liquidación de las acreencias laborales deprecadas, se tuviera en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente o la suma que se acreditara; en los hechos 9 a 11 de la demanda expresamente hizo referencia a las sumas que recibía por concepto de incentivos o medios de transporte, los requisitos de causación y la circunstancia de que no era tomada en cuenta para efectos del pago de aportes al sistema de seguridad social; así mismo, se advierte que en el acápite de los “*fundamentos de derecho*” refiere que las sumas que percibió por concepto de incentivos o medios de transporte y el auxilio de campeones, en realidad era comisiones que recibía el demandante respecto de cada afiliación y que por esa razón hacían parte del salario, conclusión que respaldó en dos sentencias proferidas por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en procesos adelantados en contra de la aquí demandada.



En este punto corresponde indicar que de antaño tanto la jurisprudencia de la Sala Laboral, como de la Sala Civil, han explicado que en aquellos eventos en que el servidor judicial se encuentra ante una demanda oscura, vaga o imprecisa, se encuentra en el deber de interpretarla, teniendo en cuenta todo el libelo y el cuidado de no alterar sus factores esenciales, a fin de descubrir la auténtica intención del suplicante; ello a efectos de que no cualquier falencia pueda llegar a impedir el sacrificio del derecho sustancial.

Bajo tal perspectiva, de un análisis integral de la demanda, no le cabe duda a la Sala de que no solo se planteó el reconocimiento de la condición salarial de los denominados incentivos o medios de transporte.

Así las cosas, a efectos de determinar si las sumas que percibió el demandante por concepto de incentivos o medios de transporte tienen naturaleza salarial, corresponde indicar que en relación con los pagos que constituyen o no salario, el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo establece que lo serán de forma genérica todos aquellos cuya finalidad sea la remuneración directa al trabajador por el servicio prestado en la ejecución del contrato laboral, sin importar la denominación contractual que se le dé.

De otra parte, el artículo 128 *ibidem* ha establecido una consecuencia jurídica diametralmente diversa frente a aquellos pagos que son ocasionales y por mera liberalidad del empleador y cuyo objeto es diferente a la retribución directa del servicio o su finalidad sea para el desempeño de sus funciones; pagos que el Legislador expresamente previó, no hacían parte del salario.



Ahora; dado que la determinación de si un pago constituye o no factor de salario cuando las partes libremente no le han dado esa connotación no es pacífica, pues es indiscutible que la causa de los mismos siempre va ser la existencia del contrato de trabajo y la prestación personal del servicio; de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de la Justicia Laboral entre otras, en sentencia del 7 de febrero de 2006 con radicado 25.734, corresponde tener en cuenta la fin u objeto de cada pago.

Sentando las anteriores premisas al caso objeto de estudio, advierte la Sala que el denominado “*Compromiso Contractual Asociativo*” mediante el que se vinculó el accionante con la Cooperativa de Trabajo Asociado, se advierte que la cláusula octava se acordó el reconocimiento en favor del accionante de los incentivos o gastos de administración, “...*correspondiente a los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos para diligencias formularios, para entrega de carnets...*”

De acuerdo con la anterior definición, en principio podría considerarse que atendiendo la finalidad antes referida los pagos que se realizaron por concepto de medios de transporte no hacía parte del salario, pues su propósito era la de facilitar el desplazamiento del accionante; pese a lo anterior, advierte la Sala que tal finalidad quedó desdibujada con las condiciones que se establecieron en la misma cláusula para su reconocimiento; pues además de requerirse para su causación, el pago efectivo de la cotización, se obligó al accionante a devolver la suma recibida en caso de que el usuario fuera reportado como multiafiliado por el FOSYGA y se estableció una tabla de pagos de acuerdo con un rango de afiliaciones; circunstancias que a juicio de la Sala permiten establecer que en realidad el referido pago tenía por objeto remunerar la actividad



realizada por el demandante en forma similar a como opera el pago de comisiones.

En tal sentido, a juicio de la Sala, las condiciones establecidas para el reconocimiento de los referidos incentivos o medios de transporte, desdibujan la finalidad que quedó consignada en la parte inicial de la referida cláusula, en tanto que su reconocimiento se sujetó al número de afiliaciones efectivas que realizara el accionante, más no así a la cantidad de desplazamientos que tuviera que realizar con tal propósito.

Sentado lo anterior, advierte la Sala que dentro del expediente se acreditó que bajo el rubro de medios de transporte se efectuó el pago de las siguientes sumas y periodos: \$962.546,00 en los meses de julio y agosto de 2007⁵, \$26.272,00 en los meses de enero y febrero de 2008⁶, \$700.161,00 en diciembre de 2008⁷, \$1'278.294,00 en los meses de enero y febrero de 2009⁸, \$914.459,00 en julio de 2009, \$1'010.633,00 en agosto de 2009⁹, \$571.270,00 diciembre de 2009¹⁰, \$1'850.500 en febrero de 2013, \$1'269.100,00 en marzo de 2013¹¹, sumas que aparecen reflejadas en los comprobantes de pago y en los documentos de estudio de préstamos Talentum expedidos por la Cooperativa de Trabajo Asociado con la que se vinculó para prestar servicios a la demandada.

Acorde con lo anterior resulta procedente condenar a la demandada al pago de las diferencias reclamadas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio y aportes al sistema de seguridad social en pensiones; no obstante, previo a determinar los valores

⁵ Cfr fls 689.

⁶ Cfr fl 683 y 684

⁷ Cfr fl 282.

⁸ Cfr fl 687.

⁹ Cfr fls 691.

¹⁰ Cfr fl 783.

¹¹ Cfr fl 700.



adeudados, corresponde a la Sala resolver la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

Con tal propósito es del caso señalar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y S.S. los derechos laborales prescriben en un término de tres años, los cuales comienzan a contabilizarse a partir del momento en que se hacen exigibles pero puede ser interrumpido por una sola vez con la reclamación escrita que presente el trabajador a su empleador.

Por lo tanto, como en el asunto la demanda se radicó el 06 de diciembre de 2016 (fl 1), los derechos que se causaron con anterioridad al 6 de diciembre de 2013 se encuentran prescritos, con la salvedad que las cesantías se hacen exigibles a la finalización del vínculo laboral y que los aportes a pensiones son imprescriptibles, dada la naturaleza del derecho que con éstos se construye.

Así las cosas, ante la prosperidad de la excepción de prescripción únicamente resulta procedente acceder al reconocimiento de las diferencias causadas en relación con las cesantías de los años 2007, 2008, 2009 y 2013, y de los intereses a las cesantías del año 2013.

En consecuencia, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, corresponde condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de \$904.186,67 por concepto de cesantías y de \$31.196 por concepto de intereses a las cesantías; así como al pago de las diferencias en los aportes al sistema general de pensiones por los periodos de julio y agosto de 2007, enero, febrero y diciembre de 2008, enero, febrero, julio, agosto y diciembre de 2009, y febrero y marzo de 2013, sobre los valores antes



indicados, pago que deberá efectuarse a la Administradora de fondo de pensiones a la que se encuentre afiliado.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS – INDEMNIZACIÓN MORATORIA – SANCIÓN POR NO PAGO DE INTERESES A LAS CESANTÍAS

Al respecto, corresponde tener en cuenta que de antaño jurisprudencialmente se ha dejado sentado que las sanciones que se impongan al empleador como consecuencia del no pago de prestaciones sociales y salarios, como lo es la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST, la sanción por no consignación de cesantías e incluso la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, no son de aplicación automática e inexorable ante el incumplimiento por parte del empleador, pues el servidor judicial debe analizar la conducta de éste para determinar si hubo buena o mala fe.

En este sentido, entre innumerables decisiones de la máxima Corporación de la justicia laboral, especialmente en fallo del 8 de julio de 2008, la Corporación indicó en esencia que deberá en cada caso el Juez observar y calificar la buena o mala fe de su actuación ya que su aplicación no es automática, se deberá analizar los motivos que indujeron al empleador a omitir el pago, total o parcial, de los salarios y prestaciones del trabajador, a la terminación del contrato de trabajo, pues de estar aquellos justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador, y que se obró con buena fe, no procede la aplicación de la sanción contemplada en dicha norma.



Ahora bien, del entendimiento dado por el máximo órgano de decisión en lo laboral no se desprende que hubiere estimado que la norma legal establece una presunción de buena fe del empleador, sino que, como lo expresó claramente, habría que observarse y calificar la conducta de éste, lo que de por sí, descarta cualquier presunción en su favor, y aunque la norma no establece tampoco una presunción de mala fe, una vez calificada su conducta como de aquella naturaleza es en cabeza de este en quien corre con la carga de la prueba y debe demostrar que su omisión en el pago, obedeció a causas atendibles que le impidieron cumplir oportunamente. Carga que, de no cumplirse, se resuelve desfavorablemente para quien la soporta, conforme se desprende del artículo 167 del C.G.P

En el asunto, advierte la Sala que a la finalización del contrato quedó pendiente el pago de algunas diferencias por concepto de cesantías e intereses a las cesantías, falta de pago que devino del ocultamiento de la verdadera relación laboral con la que el accionante prestaba servicios a la demandada, quien pretendió ocultar su verdadera condición de empleadora, y de esta manera desconocer algunos de los derechos laborales del actor; de manera que sí resulta procedente el reconocimiento y pago de las sanciones solicitadas.

En relación con la sanción por no consignación de cesantías, atendiendo el criterio sentado por la máxima Corporación de justicia laboral en sentencia del 3 de diciembre de 2019, dentro del radicado 70892, las sumas que se causaron por concepto de la indemnización por no consignación de cesantías con anterioridad al 6 de diciembre de 2013 y como el vínculo finalizó el 13 de enero de 2014, esto es, antes de la fecha límite establecida para la consignación de cesantías, no resulta procedente imponer condena alguna por este concepto.



En lo que respecta al reconocimiento de la indemnización moratoria, de acuerdo con la tesis mayoritaria de la Sala, y de la cual se separa respetuosamente la ponente, resulta procedente únicamente el reconocimiento de intereses de mora sobre las sumas adeudadas, en tanto que la demanda se presentó pasados 24 meses después de la terminación del vínculo.

Criterio que no comparte la ponente, quien considera que el entendimiento que debe darse a la sentencia C-781 de 2003, es el reconocimiento de la indemnización moratoria se debe extender en forma indefinida a razón de un día de salario por cada día de mora hasta la fecha en que se produzca el correspondiente pago siempre que demande dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del vínculo, pues solo en caso contrario, esto es, cuando el trabajador inicia la acción judicial pasados esos 24 meses, a partir del de la iniciación del mes 25 y hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente, el empleador deberá reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

En lo que respecta a la sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías se condenará a la demandada al pago de la suma de \$31.196,00.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en ambas instancias a cargo de la demandada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL



DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de una relación laboral entre el demandante y la sociedad Salud Total EPS desde el 3 de diciembre de 2007 hasta el 13 de enero de 2014.

SEGUNDO.- CONDENAR a la demandada al reconocimiento y pago a favor del demandante, de las sumas y conceptos que a continuación se relacionan: \$904.186,67 por concepto de diferencia del auxilio de cesantías, \$31.196 por concepto de diferencia de intereses a las cesantías, \$31.196,00 correspondientes a la sanción por no pago de intereses a las cesantías y al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas adeudadas por concepto de cesantías e intereses, desde el momento de la terminación del contrato y hasta la fecha en que se produzca el pago correspondiente.

TERCERO.- CONDENAR a la demandada a efectuar el pago de los aportes a la administradora de fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante, por las diferencias sobre el mayor valor determinado de los ciclos de julio y agosto de 2007; enero, febrero y diciembre de 2008; enero, febrero, julio, agosto y diciembre de 2009; y, febrero y marzo de 2013.



CUARTO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho de segunda instancia, la suma de \$500.000,00.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA**

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310503220190040701. Proceso Ordinario de Doris Andrade Hernández contra Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. y Otros. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas; así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de Septiembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a la Administradora de Fondos de Pensiones y



Cesantías Protección S. A. el 1 de junio de 1995 y la AFP Porvenir S. A. por afiliación realizada el 23 de enero de 1998 incurrieron en omisión del deber de información y que debe estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se condenen a Protección S. A. y Porvenir S. A. a sacar de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos a Colpensiones y a ésta última entidad a registrarla como su afiliada.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 26 de febrero de 1966, iniciando su vida laboral el 2 de agosto de 1989 afiliándose al Régimen de prima media con prestación definida administrado por CAJANAL e Instituto de los Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”.

Que el 1 de junio de 1995 se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S. A., toda vez que un asesor le manifestó que el Instituto de Seguro Social iba a ser liquidado y que por ello sus aportes se encontrarían en riesgo y le ofreció unos beneficios para que accediera a ese traslado, tales como, pensión a más temprana edad y monto de mesada pensional más alto.

Sostuvo que el asesor de la AFP Protección S. A. no realizó proyección, ni comparativo entre los dos regímenes, ni el monto de capital requerido para obtener una pensión vitalicia en retiro programado, ni las consecuencias y desventajas del traslado de régimen pensional, el 23 de enero de 1998 se trasladó a Porvenir S. A. conforme a formulario de afiliación N°989776.

Afirmó que los formularios de afiliación no presentaban información clara, precisa y suficiente que le permitiera tomar decisión respecto a su perspectiva



pensional y que en ningún momento le ofrecieron el consentimiento informado en lo referente a los beneficios y consecuencias del traslado de régimen.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, indicó que el traslado al fondo privado se efectuó de forma libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 18 de la Constitución Política, compensación, prescripción y la genérica.

Protección S. A. manifestó que la afiliación de la demandante fue válida y generó efectos jurídicos, al ser libre y espontánea sin ningún tipo de presiones, además contó con toda la información requerida para su traslado. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada.

Porvenir S. A. señaló que la actora al momento de realizar el traslado en 1998, ratificó su voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual por lo que resulta incongruente que afirme no conocer las condiciones de funcionamiento del régimen de ahorro individual, dicha afiliación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante a la AFP Protección S. A. del 22 de mayo de 1995 así como los posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, condenando a Protección S. A. trasladar a



Colpensiones las sumas descontadas por concepto de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por la demandante, igualmente condenó a Porvenir S. A. trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual juntos con sus rendimientos, gastos de administración y seguro previsional. Ordenó a Colpensiones a recibir a la actora como afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia que de acuerdo con la doctrina probable sentada por la Sala Laboral Corte Suprema de Justicia, las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad tienen el deber de brindar a sus potenciales afiliados la obligación de brindar información suficiente, y así lo deben acreditar, en aras de darle a conocer los beneficios e inconvenientes que comporta el traslado de régimen pensional.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las convocadas, interpusieron recurso de apelación los cual fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Protección solicita en cuanto a la devolución de los gastos de administración no se encuentran en su patrimonio toda vez que pasaron a la cuenta de ahorro de Porvenir, y que durante el tiempo que estuvo afiliada la actora se dio una correcta administración de los dineros de ahorro individual los cuales no están a cargo de ésta.

El apoderado de Porvenir manifiesta que el traslado de régimen no puede verse como un perjuicio a la situación pensional y que para el año 1995 estaba vigente para acreditar los traslados era la voluntad por escrito del afiliado que conforme al Decreto 692 de 1994 se acreditó con el formulario de afiliación,



los cuales cumplían los parámetros establecidos, formularios que no fueron desconocidos ni tachados de falsos.

Agrega que su representada es la más afectada toda vez que no tuvo incidencia en el acto mismo de traslado de régimen, siendo un tercero de buena fe exenta de culpa y en ese sentido no puede ser condenada a la devolución de gastos de administración, y más porque existe una ratificación al suscribir un nuevo formulario de afiliación, además estos son diferentes a lo que va destinado el capital que acumula el afiliado para el posible monto de su mesada pensional, ya que estos no solamente son respecto de la administración que genera de los aportes la AFP sino lo destinado al fondo de solidaridad, pago de primas de seguro de incontinencia de invalidez y muerte que durante todo ese lapso la actora estuvo cobijada, por lo que los efectos de la ineficacia del traslado se están tergiversando como su naturaleza, porque el acto en si nunca existió por falta de requisitos esenciales de su configuración como es el deber de información y en ese caso no debería existir devolución de rendimientos propios del régimen de ahorro individual, solicitando por ello se revoque en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia.

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primera instancia frente a lo ordenado a ésta toda vez que no se ha tenido en cuenta el principio de la relatividad jurídica al ser un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y las AFPS demandadas, por lo que no puede verse afecta ni desfavorecida por la decisión proferida al declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación, ya que con el retorno de la demandante al régimen de prima media se está afectado la sostenibilidad financiera del sistema y la capitalización del fondo común.

Agregó que debe tenerse en cuenta que varios afiliados que se trasladaron al régimen de ahorro individual en el año 1995 hacia adelante y que después de 25 años están solicitando retornar al régimen de prima media, viéndose



afectado con esos traslados masivos porque no se va a tener el dinero suficiente para poder financiar las pensiones de éstos ni de los afiliados que siempre han estado en él, y que en caso de confirmarse la decisión se condene a la AFP que omitió su deber de información no solamente que haga el traslado del dinero de las cuentas, gastos de administración y demás, sino que asuma el pago de las mesada pensional que recibirá en el régimen de prima media toda vez que de acuerdo a la teoría del daño, quien lo causa es quien debe repararlo, por lo que Colpensiones no debería asumir dichas consecuencias al ser un tercero de buena fe.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es



obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado N° 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 0-49 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que las AFPS Protección y Porvenir, debieron consignar en los formularios de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que administran y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que, sea dicho de paso, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, de manera que, expresiones genéricas como la viabilidad de devolución de aportes al momento del traslado régimen al no cumplir ciertos criterios que fijaba la Ley 100 de 1993, no pueden constituir elementos de juicio suficiente para dar por satisfecho el pluricitado deber de información que les asiste a los fondos de pensiones.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del

traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Protección y como consecuencia de ello las demás afiliaciones que se realizaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado N° 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, contrario a lo que plantea el recurrente, la AFP Porvenir por ser la última administradora a que se encuentra afiliada la demandante, tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás



presupuestos existentes en el RAIS; así mismo, en virtud del conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en forma mayoritaria considera la Sala precedente ordenar a las AFP Porvenir y Protección que asuman el pago de las cuotas de administración que descontaron en el periodo en que la accionante estuvo afiliada a cada una de estas.

Ahora bien, en punto a los argumentos que expone la apoderada de Colpensiones, referidos a la descapitalización del sistema, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible

reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solve veto parcial*



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-039 2017 00430 01. Proceso Ordinario de Carlos Julio Garnica Mahecha contra Ordoñez Arquitectura y Construcciones SAS (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 20 de febrero de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la responsabilidad de la demandada en el accidente de trabajo que sufrió el 3 de junio de 2015 por falta de medidas de prevención e incumplimiento de las normas de salud ocupacional, se condene a la demandada al pago de la indemnización total y ordinaria de



perjuicios de que trata el artículo 216 del C.S.T., en el que se incluyan los perjuicios materiales, los perjuicios morales y el daño a la vida en relación.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que se vinculó con la demandada como Oficial de Construcción mediante contrato de trabajo a término indefinido el 5 de mayo de 2015 hasta el 11 de diciembre de la misma anualidad, fecha en que la demandada lo finalizó de forma unilateral e injustificada.

Indicó que el 3 de junio de 2015 sufrió un accidente de trabajo, cuando se encontraba haciendo una formaleta de la terraza de una casa para la construcción de un tercer piso, al bajar por la escalera ésta se volteó y cayó al vacío.

Señaló que producto del accidente sufrió entre otras lesiones, trauma occipital, columna con amnesia del evento y pérdida del conocimiento; y que en razón a ello estuvo hospitalizado desde el día del accidente hasta el 16 de junio de 2015.

Afirmó que el accidente se produjo porque la escalera suministrada no contaba con algún elemento que permitiera su adherencia a la pared sobre la cual se encontraba soportada, y que además el empleador no le suministró los elementos de protección que impidieran su caída al vacío, y que además no se le impartió la capacitación para para desarrollar la actividad.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la acción oportunamente en oposición a las pretensiones de la demanda; en punto a los hechos aceptó la existencia de la relación laboral con el demandante



así como los extremos temporales de dicho vínculo, y la ocurrencia del accidente de trabajo; sin embargo precisó que el mismo se produjo por un uso inadecuado de la escalera a la finalización de su jornada de trabajo y que sí contaba con los elementos de protección. Propuso en su defensa las excepciones que denominó inexistencia de obligación por carencia de culpa patronal, imprudencia del demandante e incumplimiento de sus obligaciones laborales, cobro de lo no debido – enriquecimiento sin justa causa, pago – compensación y prescripción.

Con proveído del 14 de junio de 2018 se aceptó el llamamiento en garantía que la demandada efectuó de Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A. – ARL Sura.

Así mismo , mediante providencia del 4 de octubre de 2018 se dispuso la acumulación del proceso 023 2018 00068, el que tenía por objeto que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, se declare la ineficacia de la terminación del vínculo de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y como consecuencia de ello se disponga su reintegro.

La *aquo*, profirió sentencia en la que declaró que la demandada fue responsable del accidente de trabajo que sufrió el accionante y como consecuencia de ello la condenó al reconocimiento y pago de la suma de \$25'230.058,56, por concepto de lucro cesante consolidado y \$83'795.817,00 por lucro cesante futuro; absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior determinación consideró en primer término que la modalidad del contrato que unió a las partes fue por obra o labor determinada, y que en tanto finalizó por la terminación de la obra contratada no era procedente el reintegro del accionante; y en un segundo



término que la demandada sí era responsable de la indemnización de perjuicios deprecada únicamente por lucro cesante, en la medida que no acreditó haber capacitado al demandante para la realización de trabajo en alturas, que no había personal que vigilara el cumplimiento de las normas de seguridad y que además no demostró el supuesto de la culpa exclusiva de la víctima.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la sociedad demandada interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente de un lado, que contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, los testigos coincidieron en señalar que sí eran capacitados por su representada y que se tenían en cuenta el manejo de los elementos de protección, específicamente la escalera; y que el accidente de trabajo se produjo por culpa del accionante.

Sostiene que la base de la decisión de la juez de primer grado se soporta en lo establecido en los numerales 1° y 2° del artículo 57 del C.S.T., esto es, contar con los elementos de protección y ponerlos a disposición del trabajador y que esto se acreditó.

Considera que de acuerdo con lo anterior el daño que se demostró no tiene relación de causalidad respecto de los supuestos de hecho, en tanto a su juicio lo que operó fue la causal de exoneración por culpa exclusiva de la víctima.

En punto a la tasación de los perjuicios afirma que la fórmula empleada no demuestra la realidad, pues de acuerdo con las comunicaciones de la ARL el demandante puede continuar trabajando y no tiene ninguna



limitación para trabajar cualquier trabajo con algunas recomendaciones; y que dichos cálculos se ajustan si la pérdida de capacidad laboral del accionante fuera superior al 50% y estuviera en imposibilidad de realizar labores.

En el mismo sentido, indicó que, si bien existe una responsabilidad objetiva y una responsabilidad subjetiva, el daño es el mismo, y no es procedente una doble indemnización por el mismo daño, y que precisamente la ARL subroga en la responsabilidad del empleador para proteger sus intereses.

A lo anterior añade que debe tenerse en cuenta que existen indicios acerca de que el demandante trabajó mientras estuvo incapacitado y que ello habría creado una recuperación que no fue la adecuada y la causación de un daño mayor porque en las otras obras desarrollaba actividades que no le estaban permitidas.

Finalmente solicitó revisen los montos de las agencias en derecho, particularmente frente a la llamada en garantía, pues se le llamó para que acreditara el cumplimiento de sus obligaciones, tal como en efecto ocurrió.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

En virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a determinar si la demandada se encuentra obligada al reconocimiento de la indemnización de perjuicios que establece artículo 216 del C.S.T. con ocasión al



accidente de trabajo que sufrió el accionante y de ser así, determinar el valor a reconocer por los conceptos lucro cesante futuro y consolidado.

Con tal propósito comienza la Sala por señalar que no fue objeto de discusión en la alzada las conclusiones a las que arribó la servidora judicial de primer grado, relativas a la existencia del contrato de trabajo que las unió entre el 5 de mayo y el 11 de diciembre de 2015, ni de la ocurrencia de un accidente de trabajo el día 5 de mayo de la misma anualidad, el cual le produjo al accionante una pérdida de capacidad laboral del 26,53%.

En lo que interesa al fondo del asunto, interesa recordar que la indemnización por daños y perjuicios ocasionados acorde con lo que establece el artículo 216 del C.S.T., parte del supuesto de la existencia de la culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia o bien del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral, en cuanto se trata de una responsabilidad de tipo subjetivo.

Por lo anterior, en principio la parte demandante tiene la carga de demostrar la culpa del empleador, con el objeto de arribar a la indemnización que contempla la norma en cita; sin embargo, en aquellos eventos en que se aduce el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es al empleador a quien le corresponde acreditar que cumplió con las obligaciones a su cargo de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 1604 del C.C.; en ese sentido ha tenido la oportunidad de adoctrinarlo la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL 13653 del 7 de octubre de 2015, en donde reiteró:



“...la Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 may. 2006, rad. 26126, entre muchas otras)

Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y «...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente...» (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.)”

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no es objeto de discusión entre las partes que el accidente de trabajo se produjo cuando el demandante descendía por una escalera portátil desde una placa que se encontraba a una altura aproximada de 3 metros del primer piso de una obra en construcción; circunstancia de la que además dan cuenta los deponentes Rodolfo Rodríguez y José Alfonso Rodríguez, compañeros de trabajo del demandante.

De acuerdo con tal supuesto y con lo que al efecto establecen el artículo 1° y el 11 de la Resolución 1409 de 2012 en su numeral 4, la actividad realizada por el accionante se enmarca dentro del trabajo en alturas, en tanto que se ejecutaba en un sitio en el que existía riesgo de caídas a una



altura superior a 1,50 m; lo que obligaba al empleador a implementar las medidas de control expresamente establecidas en el conjunto normativo en cita; lo que de contera impone determinar si la empleadora actuó con la diligencia y precaución que le imponen entre otros los artículo 56, 57 del C.S.T. y 84 de la Ley 9 de 1979, a la hora de preservar la salud y la integridad de sus trabajadores.

En relación con el desarrollo en trabajo en alturas, la Sala considera oportuno remitirse al criterio que sentó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 9355 del 21 de junio de 2017, en la que luego de analizar el marco legal existente, entre el que se encuentran las Resoluciones 2413 de 1979, 3673 de 2008, el Convenio 167 y la Recomendación 175 de la OIT, adoctrinó:

“En efectos, sus obligaciones van más allá, al punto que se convierte en un imperativo suyo exigir el cumplimiento de las normas de seguridad en el desarrollo de la labor y, de ser el caso, prohibir o suspender la ejecución de los trabajos hasta tanto no se adopten las medidas correctivas, o como lo señala el Convenio 167 de la OIT: «interrumpir las actividades» que comprometan la seguridad de los operarios. Todo lo anterior en el entendido de que en el ámbito laboral debe prevalecer la vida y la seguridad de los trabajadores sobre otras consideraciones.

En suma, en Colombia desde el año de 1979 existe una normativa clara y precisa para garantizar la seguridad en la ejecución de los trabajos en altura y tejados, consistente en implementar líneas de vida así como constituir la figura de un delegado o supervisor encargado de vigilar, inspeccionar y exigir el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, suspender la actividades laborales hasta que se implemente las medidas requeridas, así como la de propender por elementos y condiciones de trabajo seguros.”

Al dar alcance a las anteriores nociones al caso objeto de análisis, ningún reproche merece la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado al establecer la culpa de la demandada en condición de



empleadora en la ocurrencia del infortunio que produjo en el demandante una pérdida de capacidad laboral del 26,53%.

Lo anterior se afirma en tanto que, no solo no se acreditó en debida forma que el demandante se encontrara capacitado para la realización del trabajo en alturas conforme lo imponía entre otras la Resolución 1409 de 2012, norma vigente para el momento en que tuvo ocurrencia el accidente de trabajo; sino que tampoco se dispuso de una persona que se encargara de vigilar, inspeccionar y exigir el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, conforme se lo imponía la Resolución 3673 de 2008 en su artículo 10°.

De manera que aun cuando los testigos, e incluso el demandante al absolver interrogatorio de parte, dan cuenta del suministro de algunos elementos de protección; lo cierto es, que ello resulta insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, pues conforme lo ha reiterado la máxima Corporación de Justicia Laboral en reciente pronunciamiento la capacitación y adiestramiento del trabajador así como la vigilancia del empleador sobre las labores subordinadas deben ser concluyentes, categóricas y oportunas; aspecto que cobra mayor relevancia en el asunto si se tiene en cuenta que de acuerdo con el dicho de los testigos el accidente se produjo por un uso inadecuado de la escalera portátil por parte del accionante, en tanto que descendió de frente y no de espalda como por demás lo previó la Resolución 2413 de 1979.

En este punto corresponde indicar que, si bien es cierto que tanto los deponentes Rodolfo Rodríguez y José Alfonso Rodríguez, refieren en un mismo sentido que la demandada efectuaba capacitaciones para la realización de las labores, lo cierto es que no se advierte de manera



particular que el demandante se encontrara certificado para trabajar en alturas, así como tampoco los temas objeto de capacitación por parte de la demandada.

Ahora, de llegarse a considerar que la forma en que el demandante descendió por la escalera corresponde a un acto inseguro o imprudente, lo cierto es que tal como ha tenido oportunidad de reiterarlo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1900 de 2021, esta clase de actos no exime al empleador de su culpa y tampoco tiene alguna injerencia en el pago de la indemnización.

En las condiciones analizadas, como se indicó, ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado, al establecer la culpa de la demandada en la producción del accidente de trabajo que sufrió el trabajador.

Ahora bien, solicita el recurrente se tenga en cuenta el monto de la indemnización que reconoció la ARL, pues a su juicio un mismo daño no puede dar lugar al reconocimiento de más de una indemnización.

Frente a este aspecto, de entrada corresponde precisar que a pesar de que no fue objeto de discusión que la ARL Sura efectuó el reconocimiento y pago de la indemnización por pérdida parcial de la capacidad laboral con ocasión al mismo infortunio, lo cierto es, que la misma no puede ser tomada en cuenta para reducir el monto de la indemnización a cargo de la demandada, así lo reiteró en forma más reciente la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL2845 de 2019, en la que indicó:

“Ahora bien, lo anterior no obsta para que la Sala reitere que el empleador culposo de la enfermedad o accidente de trabajo no está facultado para pedir en su favor la devolución de lo que el sistema le pague al trabajador afectado o



a sus beneficiarios, en cuanto resulta absurdo que el responsable del siniestro se beneficie de su propia desidia, a costa de que aquel o su familia vean mermada la reparación económica del daño causado.”

De acuerdo con el criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el planteamiento que al respecto efectúa el recurrente.

Ahora; en lo que respecta al monto de la indemnización ordenada por los conceptos de lucro cesante consolidado y futuro es del caso tener en cuenta que no se discute en la alzada que al momento del accidente el demandante contaba con 50,91 años, que su último salario ascendió a la suma de \$1'305.000,00 y que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era del 26,52%.

Por lo tanto, dando aplicación a la fórmula empleada por la Sala de Casación Laboral entre otras en las sentencias SL18360 de 2017 y SL1900 de 2021, con el apoyo del grupo liquidador el monto de la suma a reconocer por concepto de Lucro Cesante Consolidado corresponde a \$17.670.857,44 y por Lucro Cesante Futuro a \$73.885.034,79, lo que de contera impone la modificación de la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Finalmente, el recurrente cuestiona el valor que la servidora judicial de primer grado determinó con agencias en derecho, sin embargo de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 366 del C.G.P. en su numeral 5° no es esta la oportunidad procesal para su cuestionamiento, motivo por el que la Sala se abstiene de efectuar algún pronunciamiento al respecto.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia, ante la prosperidad parcial del recurso.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

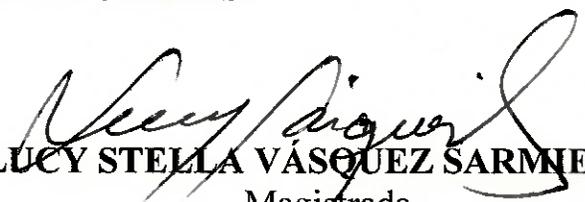
RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito, en el sentido de condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de \$17.670.857,44 por lucro cesante consolidado y \$73.885.034,79 por Lucro Cesante Futuro.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL

MAGISTRADO: DRA. LUCY STELLA VASQUEZ

RADICACIÓN: 1100130105039201743001

DEMANDANTE : CARLOS GARNICA

DEMANDADO:

FECHA SENTENCIA	1a INSTANCIA	2da INSTANCIA	CASACIÓN

OBJETO DE LA LIQUIDACIÓN: Liquidar lucro cesante consolidado y futuro.

CÁLCULOS DE LUCRO CESANTE Y LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

CÁLCULO LUCRO CESANTE	
LCC =	$\frac{R(1+i)^n - 1}{i}$

NOMBRE	CARLOS GARNICA
FECHA NACIMIENTO	27/06/1964
FECHA DE TERMINACION CONTRATO	11/12/2015
EDAD	51,00
SUPERVIVENCIA ESTIMADA	30,7
SUPERVIVENCIA EN MESES	368,4
TIEMPO LUCRO CESANTE FUTURO	329,20
INTERÉS LEGAL E.A.	6%
INTERÉS LEGAL MENSUAL	0,486755%
SALARIO	\$ 1.305.000,00
Salario base liquidación	\$ 1.305.000,00
% Pérdida de Capacidad	26,53%
% del Salario Base de Liquidación	\$ 346.216,50
Actualización salario	\$ 410.240,05
INTERÉS BANCARIO MENSUAL	1,509770%
TIEMPO	
FECHA INICIAL SINIESTRO	11/12/2015
FECHA FINAL SENTENCIA	28/02/2019
MESES PROBABLES DEL PROCESO	39

CÁLCULO DE LUCRO CESANTE CONSOLIDADO	
LCC	\$ 17.670.857,44

CÁLCULO INGRESO MENSUAL ACTUALIZADO	
RA =	$\frac{L.C.C.}{n}$ \$ 450.787,18

CÁLCULO DE LUCRO CESANTE FUTURO	
LCF =	$\frac{RA(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$ \$ 73.885.034,79

TOTALES LIQUIDACION	
LUCRO CESANTE CONSOLIDADO	\$ 17.670.857,44
LUCRO CESANTE FUTURO	\$ 73.885.034,79
TOTAL LIQUIDACION	\$ 91.555.892,23

Fuente	
Observaciones	SE REALIZA LIQUIDACIÓN CON BASE EN LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR EL DESPACHO.

Fecha liquidación: miércoles, 15 de septiembre de 2021

Recibe: _____



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., tres (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-004-2019-00291-01. Proceso Ordinario de Gildardo de Jesús Vargas Guerrero contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad e ineficacia de su traslado a la AFP Protección, se condene a la demandada a devolver las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos que se hubieren causado durante el tiempo en el que permaneció afiliado al fondo, y que como consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones a afiliarse al demandante al régimen de prima



media sin solución de continuidad, a recibir los valores del régimen de ahorro individual con solidaridad y las costas del proceso.

En lo que interesa al trámite de la alzada, como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 23 de noviembre de 1957, afiliándose al ISS el 6 de junio de 1985, donde cotizó un total de 307.86 semanas; que se trasladó a Protección S.A. el 26 de enero de 1999, realizando aportes por un total de 934.29 semanas, arrojando un total de 1.247,29 semanas cotizadas al Sistema General de pensiones; que el traslado no estuvo precedido de ilustración suficiente por parte de la AFP; que elevó derechos de petición solicitando la nulidad de traslado ante las encartadas los días 1º y 5 de marzo de 2019.

Frente a dichas suplicas, el *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que si bien al momento de efectuarse el traslado del actor al RAIS no se le brindó la información necesaria para tomar la decisión del régimen pensional, también lo es, que al actor se le realizó reasesoría pensional, en la que se le informó los detalles de su derecho pensional, y se le informó que la mesada pensional era superior en el RPM, no obstante, tomó la decisión de mantenerse en el RAIS, por lo que se debía desestimar las súplicas de la demanda.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, mediante el cual solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, por considerar que de acuerdo con el principio de congruencia, así como con la fijación del litigio, el problema a resolver en el caso bajo estudio se circunscribía en determinar si al actor se le había brindado la información suficiente y necesaria al momento de efectuarse el traslado, más aún, cuando



lo que se realizó fue una convalidación de la información conforme se extrae del dicho del demandante en el interrogatorio de parte, así como tampoco se acreditó haber brindado el buen consejo por parte del asesor, en el entendido que se debió informar que no le convenía pertenecer al RAIS, sin que importe que se haya aportado la proyección pensional en el formato aspen, ni que se haya desconocido el documento mediante el cual se realizó la reasesoria.

Así mismo, indicó que si bien en la sentencia SL 3752 de 2020 se informó existían actos de los que se podían acreditar el querer del afiliado de mantenerse en el RAIS, no obstante, en la misma no se indicó que la reasesoria era una de ellas, aunado, con que no se explicó la totalidad de condiciones para adquirir del derecho pensional y las modalidades del mismo, advirtiendo que existen 6 modalidades pensionales, finalmente, solicitó se de aplicación al criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 149 de 2020, SL 552 de 2020, entre otras, en las que se ha reiterado el consentimiento informado, por lo que se deben acoger las súplicas elevadas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que



en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud"

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad tuvo el deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.



Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrino que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por lo que se ha de revocar la decisión de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, pues no establece alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura



extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor.

Así mismo, debe precisarse que no se comparte la decisión del aquo, en el sentido que con la reasesoria brindada por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., se ratificó el deseo del actor de continuar afiliado al RAIS, pese a que se encuentre suscrito por el mismo señor Gildardo de Jesús Vargas Guerrero, ya que la falta al deber de información se materializa en el mismo acto de la afiliación o traslado primigenio, el que no se convalida con el simple diligenciamiento de un formato en el que si bien refieren el monto de la mesada pensional, no le dan información suficiente al actor respecto de cuál régimen pensional le es más favorable y así motivarlo para efectuar su traslado y de esta forma poder adquirir el derecho pensional.



En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que él mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Condenar en costas de ambas instancias únicamente a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante Gildardo de Jesús Vargas Guerrero al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO.- ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., a realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin que haya lugar a descuento alguno por concepto de gastos de administración, con destino a la historia laboral de COLPENSIONES. **TERCERO. ORDENAR** a COLPENSIONES a



aceptar el traslado del demandante y a recibir el monto de aportes, saldos, rendimientos y gastos de administración ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen. **CUARTO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la encartada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.; para su tasación inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

*Sduo voto
por el*



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-020-2017-00298-01. Proceso ordinario de Manuel Enrique Ortiz Neuffal contra Ecopetrol S.A. y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de septiembre de 2018.

ANTECEDENTES:

El señor Manuel Enrique Ortiz Nauffal convocó a las sociedades Pionner de Colombia SDAD Ltda. y Ecopetrol S.A., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: que entre el demandante y la encartada Pionner de Colombia SDAD Ltda., existieron varios contratos de trabajo sin interrupciones, desempeñando el cargo de radio operador, la que feneció por causas imputables al empleador, así como que el actor tiene



derecho la pago de media hora para la charla de seguridad que se adelantaba de 5:30 a.m. a 6 a.m. y de 5:30 p.m. a 6:00 p.m., tal y como se pactó en el acta de acuerdo suscrita el 17 de junio de 2014, las que no fueron tenidas en cuenta al momento de liquidar los emolumentos de la relación laboral, declarándose que lo que existió entre las partes fue un contrato de trabajo a término indefinido, por el período comprendido entre el 13 de mayo de 2010 y el 1º de septiembre de 2013, sin que se admitan las prórrogas de los contratos, que se hagan extensivos los beneficios extralegales; así mismo, que se declare que el despido es ineficaz por cuanto no se solicitó autorización previa por parte del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta que el actor padece de discapacidad física del 53%, siendo Ecopetrol solidariamente responsable de las obligaciones, al ser la entidad para la cual se prestaron los servicios; y que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de horas extras diurnas y nocturnas ordinarias y festivas causadas en vigencia de la relación laboral, junto con la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios convencionales y vacaciones, junto con la sanción por la no consignación de las cesantías, los intereses moratorios; al reintegro del trabajador al mismo cargo o uno de similares condiciones dada su debilidad manifiesta, además de ser padre cabeza de familia, que se otorgue la pensión de invalidez a partir del 25 de noviembre de 2008, la indemnización por despido sin justa causa y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicita se reconozca el pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con el reintegro y reubicación en el cargo que venía desempeñando o uno de similares condiciones, con el pago de salarios y prestaciones sociales causadas a partir del 1º de septiembre de 2013.

El sustento de sus pretensiones, se funda en que suscribió contrato de trabajo por obra o labor con la sociedad Pionner Colombia SDAD Ltda. el



13 de mayo de 2010, para desempeñar el cargo de radio operador de subsuelo nivel b 3, al servicio de Ecopetrol S.A., labores del pozo de perforación castilla 105 cluster 28 en el municipio de Castilla la Nueva, devengando un salario diario por la suma de \$42.858, el que se liquidó el 17 de marzo de 2011; que se suscribió nuevo contrato el 18 de marzo de 2011, para el desarrollo de idénticas funciones, el que fue finalizado y liquidado el 22 de marzo de 2012; que se suscribió contrato por el período comprendido entre el 23 de marzo y el 2 de octubre de 2012, que nuevamente se suscribió contrato ente el 3 de octubre de 2012 y el 17 de junio de 2013 y entre el 18 de junio y el 1° de septiembre de 2013, que fue prorrogado por *otrosí*, los que variaron tan sólo en lo atinente con el salario diario que devengaba el trabajador, que el sustento de la terminación del contrato de trabajo se dio con ocasión del compromiso de contratar con personas de la región; que Pionner de Colombia no solicitó autorización para la terminación del contrato de trabajo al Ministerio del Trabajo, con ocasión de una pérdida del 53% de la capacidad laboral; que cumplió un horario de 5:30 a.m. a 6:00 p.m. y de 5:30 p.m. a 6:00 a.m. que variaba de forma semanal, realizando charlas de seguridad durante media hora y desempeñando sus funciones por 14 días laborados y 7 de descanso, no obstante, no se liquidó las horas extras diurnas y nocturnas ordinarias y festivas que se utilizaba para la charla de seguridad, pago que se pactó en el Acta de Acuerdo suscrito entre la USO y Pionner de Colombia suscrita el 17 de junio de 2014; que el actor siempre desempeñó la misma labor, que no se le tuvo en cuenta la media hora extra para la liquidación de prestaciones sociales legales y convencionales, ni la indemnización por despido sin justa causa; que la demandada le efectuaba el pago de las cesantías de forma directa, no obstante, no efectuó la consignación de las mismas en un fondo; que el actor se le aplicaban los beneficios convencionales de Ecopetrol, incluyendo el dispuesto en el artículo 121 de la misma; que el actor es padre cabeza de familia, quien responde por sus



tres hijos y un nieto, quienes dependen económicamente del actor, por lo que tiene estabilidad laboral reforzada; que el beneficiario de la labor desempeñada fue Ecopetrol.

Frente a las súplicas, el aquo, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, bajo el sustento que lo que rigió la relación laboral fue mediante contratos por obra o labor, con ocasión de las excavaciones efectuadas en los diferentes pozos de petróleo, por lo que no se podía declarar la única relación pretendida. Así mismo, indicó que no es posible conceder el reintegro, ya que si bien se advierte una calificación efectuada en España, la misma no fue efectuada conforma el Decreto 19 de 2012 y no existe convenio alguno que la avale. Frente a las horas extras laboradas, indica que las mismas no se encuentran debidamente acreditadas por lo que absolvió del pago de tales emolumentos, así como la reliquidación de las prestaciones sociales e indemnización moratoria.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto tal y como se ha indicado el actor siempre desempeñó sus servicios en el mismo sitio, ya que el Juez no entendió que Ring es un taladro y el Closter la locación donde se hacía la perforación del pozo, tal y como se advierte de los comprobantes de nómina, así como, no se hizo mención acerca de los testimonios de los ex compañeros y que les consta de forma presencial los hechos de la demanda y era con quien intercambiaba turnos el actor, por lo que de conformidad con la jurisprudencia del mes de septiembre de 1977, se estableció que cuando no existe una variación del objeto del contrato, se entendería que se rigió por un único contrato de trabajo, situación que se



acompaña con los conceptos No. 208114 de 2008 y 97602 de 2011 emitidos por el Ministerio del Trabajo, de lo que se advierte que la empresa quiso simular el contrato de trabajo a término indefinido, mediante un contrato por obra o labor, por lo que no se puede entender la finalización de los vínculos laborales.

De igual forma, señaló que de los comprobantes de nómina se puede extraer la falta de pago de las medias horas extras por las charlas de seguridad industrial, ya que de los mismos se advierte que le pagaban horas extras correspondientes a las adicionales de forma semanal, más no el componente adicional que fue pactado en el Acta suscrito entre la USO y la demandada Pionner, aunado, con que fue reconocido por el representante legal de dicha encartada, en el entendido que el mismo aceptó que se daban esas charlas por espacio de media hora, vulnerando el principio de igualdad, ya que en efecto el actor la laboró y no le fue reconocida, por lo que es procedente la reliquidación de cesantías, intereses y pagos convencionales, por lo que se acredita el tiempo suplementario.

Aunado a lo anterior, afirmó que se demostró con la prueba testimonial la condición de padre cabeza de familia del actor, quien tiene a cargo a sus tres hijos menores y a un nieto, situación respecto de la que no se pronunció el fallador de primer grado, que su esposa vive en España y dicha situación es ratificada también con las declaraciones extra juicio, situación respecto de la que no se pronunció el fallador de primer grado, así como tampoco, con lo concerniente con el pago de los daños morales que se reclamaron en la demanda, los que ya han sido otorgados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, los que son diferentes al daño emergente, lucro cesante y daño moral, ya que se generó el daño que es inestimable.



Ahora bien, adujo en lo atinente con la solidaridad, que el actor le prestó sus servicios a Ecopetrol, quien se benefició de los mismos, a través del Companyman, ya que era quien efectuaba las comunicaciones de las personas con las oficinas de Ecopetrol central y viceversa, situación desconocida por el aquo, en el entendido que el actor nunca cambió su función de radio operador, aunado, con que era Ecopetrol quien postulaba y seleccionaba a los trabajadores que prestaban sus servicios, solidaridad que se genera conforme con el artículo 34 del C.S.T. Finalmente, petitionó el pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, bajo el sustento que la terminación del vínculo se generó por la presión de la comunidad de que pretendía la contratación de personal por la gente de la propia comunidad, tal y como quedó sentado en el acta elevada en la propia comunidad.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S¹., el estudio de la Sala se contraerá a establecer la modalidad de duración del contrato de trabajo suscrito entre las partes, así como, si es procedente o no el reintegro del trabajador, la concesión de las horas extras, las reliquidaciones de las prestaciones sociales legales y convencionales y la indemnización por despido por despido sin justa causa.

Con tal propósito y dado que todo aquello cuya revocatoria no se impetra con las debidas motivaciones permanece incólume, comienza la Sala por

¹ Adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001.



advertir que no fueron supuestos fácticos discutidos en la alzada la prestación personal del servicio, así como lo extremos temporales del mismo y el salario diario devengado por el trabajador.

Bajo los anteriores supuestos, corresponde indicar que entre las modalidades del contrato de trabajo en relación con su duración en el artículo 45 Código Sustantivo del Trabajo se establecieron básicamente dos modalidades, a saber, aquellas en las que el contrato tiene una vigencia o plazo determinado, dentro de las que se encuentran, el contrato de trabajo a término fijo, en la que la duración se establece de antemano; aquellos para la realización de trabajo accidental, ocasional o transitorio, cuya duración no es mayor a un mes; y los de obra o labor determinada, en donde la duración del vínculo la define la propia terminación de la obra o labor acordada, de allí que no cualquier contrato puede ser susceptible de esta clase de duración.

En efecto, a juicio de esta Corporación el propósito de esta última modalidad de duración del contrato de trabajo, es sentar un término de fenecimiento del vínculo laboral, pero que lo determina la propia actividad contratada, de allí que no en toda clase de contratos ésta se pueda predicar, pues existen actividades que tienen un carácter permanente y esa circunstancia por si sola impiden delimitar la duración del contrato de trabajo de esta forma.

No de otra forma se puede entender el hecho de que el artículo 47 del C.S.T.² establezca que en aquellos eventos en los que las partes no definen de antemano la duración del contrato, o la actividad no se encuentre

² Modificado por el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965 "DURACIÓN INDEFINIDA: 1o) El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.

(...)"



referida a un trabajo ocasional o transitorio, o no se pueda establecer por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada; el mismo se entiende celebrado a término indefinido.

Sobre el particular tuvo oportunidad de pronunciarse la máxima Corporación de Justicia Laboral, en sentencia 39050 del 6 de marzo de 2013, con ponencia del Magistrado doctor Carlos Ernesto Molina Monsalve, en donde señaló:

“Ha de tomarse en cuenta, como de antaño lo ha sostenido esta Corporación, que la duración de estos contratos no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado, habida cuenta que razonablemente la duración de una obra o labor especial depende de su naturaleza. Por ello cuando se echa mano de esta clase de contrato la ley entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas.”

Así las cosas, no cabe la menor duda para la Sala, que en los contratos por obra o labor contratada, el término de duración la determina de antemano el servicio o la actividad que se contrató, y no por cualquier otra circunstancia que en el últimas le es ajena.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, considera la Sala que no le asiste razón a la parte recurrente, frente a la declaratoria de un solo vínculo laboral mediante un contrato de trabajo a término indefinido, debe indicarse que aquel postulado el dicho de la parte actora, ya que si bien tal como lo manifiesta el actor se celebraron varios contratos de trabajo por obra o labor contratada, así como varios *otrosí* mediante los cuales se prorroga el término de dichos contratos, también lo es, que en tales escritos se delimita con claridad la labor para la cual se contrataron los servicios del actor, tal y como se desprende de los



documentos a folios 566 a 582 del plenario, en la que se delimita la labor contratada, que era prestar sus servicios de radio operador en diferentes pozos petroleros, tales como *Pozo Castilla Norte 83, 95, 96, 97, 98 y 99, Rig 302, Pozo Castilla 162, 163, 164, 165, 166 y 167, y Castilla 156*, lo que denota que en efecto la obra o labor para la cual se contrataba al señor Ortiz Neuffal se encontraba plenamente determinada, pues tal y como refiere el mismo extremo activo, se requería de sus servicios en términos de comunicación, en la ubicación de los pozos petroleros respecto de la oficina central de Ecopetrol, así como, de las diversas comunicaciones que necesitaran los miembros del grupo de perforación.

Aunado a lo anterior, se advierte que los pozos petroleros no eran de carácter permanente, sino su intervención era temporal, por lo que se requería del servicio del actor en dichos tramos de exploración, por lo que no puede accederse a la súplica de la demanda, referente a la existencia de un único contrato de trabajo entre las partes, ya que se reitera, la labor desempeñada en los pozos petroleros no era permanente y por tanto la prestación personal del servicio no era indefinida en el tiempo, sino de acuerdo con las necesidades de la perforación, por lo que se confirmará la decisión en dicho sentido.

Ahora bien, debe indicarse que si bien no es procedente la concesión del contrato de trabajo a término indefinido, se hace necesario proceder con el estudio del reintegro del trabajador por encontrarse con estabilidad laboral reforzada con ocasión de su pérdida de capacidad laboral y ser padre cabeza de familia.

En ese orden de ideas, se encuentra en el plenario certificado de grado de minusvalidez emitido por la Junta de Galicia visible a folio 222 del plenario, en el que se indica que el actor padece un grado de minusvalidez



física del 53% a partir del 25 de noviembre de 2008, no obstante, se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del decreto 19 de 2012, que dispone:

***“ARTÍCULO 41. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ.** El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.*

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales⁶ - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. (...)”.

De acuerdo con lo anterior, si bien no se discutió acerca de la validez del documento mediante el cual se estableció al parecer el grado de pérdida de capacidad laboral, también lo es, que dicha calificación no es procedente para conceder el reintegro pretendido de conformidad con la ley 361 de 1997, pues para establecer su afectación en salud se requiere que dicha calificación la efectúe el ISS, Colpensiones, las Administradoras de Riesgo Profesionales entre otras, que están consagradas como las únicas entidades



que pueden emitir dichos dictámenes para establecer la afectación laboral en que se encuentre una persona, aunado, con que no fue demostrado por la parte actora las incapacidades, tratamientos o procedimientos en que se encontraba al momento del despido, siendo aún más determinante, el propio dicho del actor de que la terminación obedeció a la coacción de la comunidad donde desempeñaba sus funciones de que se contratara al personal local o regional, lo que denota de acuerdo con su afirmación, que el vínculo no finalizó con ocasión o como consecuencia de su estado de salud, ya que incluso, la vinculación del actor se originó en el año 2010, fecha posterior a la calenda en la que se indica se originó la afectación, por lo que no es aplicable conceder la estabilidad laboral reforzada contenida en la Ley 361 de 1997.

Igual situación ocurre, respecto de la estabilidad laboral que pretende por ser padre cabeza de familia, ya que los únicos medios de prueba aportados al plenario que son las documentales visibles a folios 231 y 232 del plenario, que son una carta escrita por el mismo actor con destino al señor Tito Yesid Parado Fuentes en la que le informa que por la pérdida del trabajo no ha podido pagar los cánones de arrendamiento, así como, una certificación emitida por parte del Liceo Infantil Mi Pequeño Mundo en la que se informa que el menor Juan Camilo Ortiz Cabezas cursa 4º grado de primaria, respectivamente, sin embargo, no se advierte la condición de padre cabeza de familia que sostiene el demandante, ya que en el libelo demandatorio menciona que tiene a su cargo tres hijos y un nieto, no obstante, no demostró la existencia de tales hijos, ni de su nieto, pues no se aportó registro civil de nacimiento de ninguno de ellos, así como tampoco, se acreditó el vínculo que ostenta el actor respecto del menor Ortiz Cabezas, situación que conlleva a negar la estabilidad laboral reforzada por el demandante.



Ahora, en lo que tiene que ver con el pago de las horas extras reclamadas y la reliquidación consecuente de las prestaciones sociales, se advierte que tal como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reiterada jurisprudencia ha adocinado, que el trabajo suplementario debe estar acreditado con tal identidad, que no le sea permitido al fallador suponerlos, situación que no está acreditada en el plenario, ya que lo que pretende la parte actora es se suponga la prestación personal de la mismas, pues reclama que los horarios de trabajo iniciaban a las 5:30 de la tarde o de la mañana, previa reunión que se efectuaba anterior a asumir el turno correspondiente, la que fue acordada entre la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo y la encartada Pionner de Colombia SDAD Ltda, suscrita el 17 de junio de 2014, no obstante, dicho acuerdo no se puede extender al ex trabajador, ya que si bien se trata dicho tema en el documento visible a folios 247 a 253 del plenario, se hizo en los siguientes términos:

“18. Solicitamos que se nos pague el retroactivo de las charlas de seguridad de media hora. El ingreso a laborar obligatorio es a las 5:20 A.M. y comienza nuestra jornada de trabajo con la charla pre operacional y culmina a las 2 P.M.”.

De acuerdo con lo anterior, no porque se hubiere pactado el pago de dicha charla pre operacional, se debe entender que el actor se encontraba bajo los mismos supuestos, ya que tal como se menciona en dicho escrito, la charla pre operacional se generaba respecto de los trabajadores finalizaban su jornada laboral a las 2 de la tarde y en el caso del actor, sus horarios eran de 12 horas, por lo que las misma finiquitaban a las 6 de la tarde o de la mañana, por lo que no se puede indicar que con dicho acuerdo se demuestran de forma alguna las horas extras laboradas.



Aunado a lo anterior, se advierte que el extremo activo pretende se supongan las cantidad de horas extras laboradas, pues menciona que se debe otorgar media hora a la iniciación y finalización de cada turno y si bien menciona una serie de horas extras en los desprendibles de nómina, también lo es, que no identifica los días a los cuales corresponde e incluso, existen desprendibles en los que no se refiere hora extra alguna, no obstante, en los mismos documentos aportados por la parte actora, se advierte que en efecto le fue pagado el trabajo suplementario desempeñado por el actor, por lo que al no acreditarse el tiempo laborado fuera de la jornada laboral y de las reconocidas por la encartada Pionner de Colombia SDAD Ltda., no queda otro camino que impartir absolución por dicho concepto, así como por la reliquidación de las prestaciones sociales legales y convencionales y la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, ya que no existe emolumento adeudado al actor a la finalización del vínculo laboral.

Ahora bien, frente a la indemnización por despido de forma unilateral y sin justa causa, así como del pago de los perjuicios con ocasión de la terminación del vínculo laboral, debe advertirse que los mismos no se encuentran acreditados en el plenario, ya que, respecto de la primera, si bien es procedente la indemnización por la terminación del contrato de trabajo por obra o labor, también lo es, que la parte interesada debe demostrar el tiempo durante el cual se extendió la obra o labor para la que fue contratado, de lo que se advierte que si bien se solicitó por parte de la comunidad que se contratara a las personas de la región, también lo es, que de la carta de terminación allegada al plenario no se puede extraer situación diferente que el vínculo feneció por la terminación de la obra o labor contratada, por lo que para que procediera el pago de la indemnización se requería demostrar que la misma continuó en el tiempo, situación que no fue probada por el actor. Así mismo, respecto del pago



de los perjuicios que se reclama, debe indicarse que tampoco se demostró por el señor Ortiz Neuffal la ocurrencia de dichos perjuicios que generen su resarcimiento, por lo que se debe confirmar la absolución de tales pretensiones.

Finalmente, no se hace necesario efectuar pronunciamiento alguno referente a la solidaridad que deprecia la parte actora respecto de la encartada Ecopetrol S.A., ya que la misma procede cuando se impone condena alguna derivada del contrato de trabajo, situación que no se refleja en el caso bajo estudio, por lo que se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida por el fallador de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedarán a cargo del demandante y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primer grado quedan a cargo de la parte actora y sin ellas en segunda instancia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310501820180041201. Proceso Ordinario de Carlos Mauricio Vergara Gómez contra Equipos y Controles Industriales S. A. – ECI S. A y Otro. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

CARLOS MAURICIO VERGARA GÓMEZ convocó a EQUIPOS Y CONTROLES INDUSTRIALES S. A. – ECI S. A. y KROHNE ANDINA SAS para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo, sustitución patronal y terminación imputable a los empleadores: indemnización por despido; cesantías e intereses con sanción; prima de servicios; indemnización moratoria; indexación; y costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



HECHOS:

Suscribió contrato de trabajo con Equipo y Controles Industriales S.A. –ECI S.A. el 25 de mayo de 2010 para desempeñarse como coordinador de planeación y control de contratos en la ciudad de Bogotá, devengando un salario de \$1.700.000. El 1 de julio de 2012 se firmaron otros sí al contrato de trabajo, consistente el primero, al cargo de gerente de proyecto Jr, el segundo, incremento salarial a \$4.000.000. El 12 de septiembre de 2012 se suscribió nuevamente otro sí con el fin de permitírsele adelantar un curso de gerencia por cuatro días, la empresa asumió su costo y concedió los permisos necesarios.

El 1 de abril de 2014 se firmó otro sí con ECI S. A. para que Krohne Andina SAS lo sustituyera patronalmente, dejando previsto que las condiciones laborales pactadas en el contrato inicialmente se mantendrían, no obstante, la sustitución patronal sólo existió de manera escrita toda vez que siguió prestando sus servicios laborales para ambas empresas de forma continua hasta el día de su retiro y al momento de suscribirse dicha sustitución no se le canceló cesantías.

El 1 de mayo de 2014 se suscribió otro sí para incrementar el salario a \$6.000.000; el 8 de julio de 2014 se suscribió otro sí, mediante el cual la empresa asumió el costo total de su preparación y certificación como project management profesional del Project Management Institute, con la condición de permanecer en la empresa por un periodo mínimo de 12 meses.

El 1 de noviembre de 2014 se le hizo entrega de una tarjeta Sodexo Pass por la suma de \$100.000 la cual sería recargada mensualmente por este mismo valor, la cual se le entregó como contraprestación de su servicio laboral; el 1 de diciembre de 2014, suscribió otro sí con el fin de que desempeñará las funciones de gerente de proyectos correspondiente a ambas empresas. El 7 de septiembre de 2016 se le informó por parte del empleador el incremento de su salario en un 6,09% mensual.



El 24 de julio de 2017 presentó reclamación a la Directora de Recursos Humanos, ya que el pago de comisiones del año 2015 por \$31.637.760 no se incluyó como factor salarial en la liquidación de prima, cesantías e intereses, vacaciones, ni las cotizaciones a seguridad social.

En la segunda quincena de diciembre de 2015 se le pagó una comisión de \$30.000.000 por concepto de los proyectos ejecutados en Reficar, Araguaney, Monterrey, Texican Hocol Ocelote y Mansarovar, y \$12.000.000 en el año 2016.

La relación laboral tuvo vigencia hasta el 27 de septiembre de 2017, fecha en la cual presentó renuncia motivada por causa justificada imputable a los empleadores, en razón a las reclamaciones hechas sobre el no pago de sus prestaciones sociales y la no cotización completa a seguridad social.

La empresa simuló varias modalidades para que dichas comisiones no se tuvieran como salario, haciéndolas ver como préstamo para vivienda, como bonificaciones a título de mera liberalidad. Los elementos para el desempeño de sus labores le fueron dados por la empleadora, y el último salario devengado fue de \$9.200.000 el cual estaba compuesto por el salario básico más los factores de comisión.

Durante su vinculación adelantó labores de planeación y control de proyectos, administración y gerenciamiento de proyectos con responsabilidad sobre presupuestos, cronogramas, planes de calidad y alcance, manejo de subcontratistas y manejo de personal interno y externo. Yanile Ospina causó desencuentros permanentes consistentes en coacciones que determinaron un acoso laboral sistemático y a raíz de esa situación, así como el reclamo por su desmejora salarial al rebajarle la comisión, presentó reclamaciones escritas a la gerente.



ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 25 de septiembre de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, las convocadas por intermedio de un mismo apoderado procedieron a dar contestación así:

ECI S. A. oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó unos y a los restantes sostuvo que no le constan o no son ciertos; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de causa, pago y prescripción.

Krohne Andina SAS oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó unos y otros no; propuso las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de causa y pago.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 5 de septiembre de 2019, DECLARANDO sustitución patronal, existencia de contrato de trabajo. CONDENÓ a Krohne Andina SAS a reliquidación de cesantías e intereses, vacaciones y prima de servicios. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. DECLARÓ probadas la excepción de pago y buena fe. Impuso costas a Krohne Andina SAS.

Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS:

Sostuvo la impugnante de la activa que, la última comisión generada en septiembre de 2017, no fue cancelada con la misma colilla que se allegó al



proceso, pero fue descontada, pues el demandante en el interrogatorio confesó que, aunque fue pagada se descontó de comisiones anteriores. De la mala fe de la empresa disfrazó las comisiones como préstamo de vivienda para no incluirlas como salarios. El empleado previo a su renuncia presentó queja verbal y escrita por esas situaciones, ya que las cotizaciones a seguridad social se realizaron sin tener en cuenta el valor de las comisiones y que el juzgado considera no formaban parte del salario, y posterior a su retiro la empleadora efectuó una reliquidación que no refleja el salario realmente devengado, cuando el estimado para cotización ascendió a \$18.600.000, luego no se podía disminuir a \$11.000.000. Reclamando con fundamento en esos supuestos indemnización por despido, pago de comisiones y reliquidación de acreencias laborales.

Sostuvo por su parte el impugnante de Krohne Andina, que su representada efectuó reliquidación tomando el valor del salario estimado por el juzgado, reconociendo excedente de prima, cesantías e intereses y vacaciones teniendo en cuenta para ello el valor de la comisión, reliquidación que arrojó un total de \$12'650.967, razón por la cual no hay lugar a proferir condena por estos conceptos.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia en aplicación del principio de consonancia previsto en



el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión de instancia recaerá única y exclusivamente en los aspectos puntuales objeto de inconformidad para los recurrentes.

En punto a la inconformidad de la impugnante de la activa respecto a que el importe de la comisión de septiembre de 2017, no le fue cancelada, no está llamada a prosperar, considerando que no sólo se basa en nuevo supuesto de hecho, sino además, petición diferente a las planteadas en la demanda, por lo tanto, pueden ser tenidos en cuenta en esta segunda instancia, por lo que resulta oportuno recordar que, i) los medios de impugnación no se instituyeron para sopesar los yerros de las partes, sino para cuestionar las decisiones que en ejercicio de la facultad de administrar justicia adopte el juez, en aquello que se le sea desfavorable a alguna de ellas, siempre y cuando se base en los presupuestos fácticos y jurídicos que se le plantearon para adoptar la decisión; y, ii) el principio de congruencia de la sentencia, la cual debe proferirse en consonancia con los hechos y pretensiones planteados en la demanda y demás oportunidades que permite la ley, como lo establece el artículo 281 del ordenamiento procesal general, principio que si bien no es omnímodo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y Superior y lineamientos jurisprudenciales que establecen que es deber del juez interpretar la demanda en aras de no sacrificar el derecho sustancial, también lo es que bajo esta última orientación no se puede quebrantar el derecho fundamental de defensa de la contraparte que se ciñó a lo solicitado en la demanda y sobre presupuesto contrario edifica su defensa; por esa razón no es de resorte de la competencia del fallador, emitir pronunciamiento sobre un aspecto que no fue planteado en ningún sentido en la demanda ni en las demás oportunidades que permite la ley, amén de que no haya sido solicitado, pues son los presupuestos fácticos esgrimidos en la acción los que constituyen el verdadero sustento de lo anhelado frente al derecho que se pregona vulnerado, precisamente porque de ellos emanan otros principios en aras de efectivizarlos, como el extra y ultra petita en virtud del cual el juez puede reconocer derechos diferentes o



emolumentos superiores a los reclamados, pero apoyado en los presupuestos fácticos que sustentan la acción, máxime cuando la aplicación facultativa de este principio se encuentra reservada única y exclusivamente al juez de primera instancia.

Sobre la naturaleza del supuesto que enmarca la resolución de lo anhelado en la acción, valga decir, los presupuestos fácticos, el Máximo juez constitucional en sentencia de unificación SU-768 del 16 de octubre de 2014, puntualizó, *“En principio, los hechos deben ser alegados por las partes interesadas, mientras que las cuestiones de derecho deben ser asumidas, de oficio, por los jueces; regla de distribución del trabajo procesal presente desde el derecho romano, bajo el aforismo latino ‘Da mihi factum, dabo tibi ius’.* Asimismo, *las cuestiones fácticas han de ser probadas por las partes, particularmente por aquellas a quienes les resulta favorable; mientras que si resulta ser un asunto de derecho opera la máxima ‘iuris novit curia’, bajo la cual el conocimiento y aprehensión de una norma recae exclusivamente sobre el juez”*.

Por su parte el órgano de cierre de la especialidad en sentencia SL 3209 del 26 de agosto de 2020, sobre el particular, expresó: *“...tal directriz normativa no puede sopesarse desde una perspectiva meramente literal, pues si bien es cierto que a ella llega el legislador desde la aplicación a los procesos nacidos a instancia de parte -como los procesos del trabajo- del llamado ‘principio dispositivo’, el cual impone al demandante promover la correspondiente acción judicial y aportar los materiales sobre los que debe versar la decisión, esto es, el tema a decidir, los hechos y las pruebas que los acrediten, elementos con los cuales el juez queda supeditado a la voluntad de las partes a través de lo que la doctrina denomina ‘disponibilidad del derecho material’, que permite a éstas ejercer fórmulas procesales tendientes a su creación, modificación o extinción, con las salvedades propias de ciertas materias como lo es la atinente a derechos ciertos e indiscutibles en el campo laboral, por*



ejemplo, también lo es que ello no se traduce en el desconocimiento del principio universal que rige la estructura dialéctica del proceso y que reza: 'Venite ad factum. Iura novit curiae', o lo que es tanto como decir, que la vinculación del juez lo es a los hechos del proceso, que son del resorte de las partes, en tanto que de su cargo es la determinación del derecho que gobierna el caso, aún con prescindencia del invocado por las partes, por ser el llamado a subsumir o adecuar los hechos acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que los prevé para de esa manera resolver el conflicto.

Esa la razón de ser para que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil expresamente indique que 'la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse el demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta (...)' (idem artículo 281 C.G.P.), pues como se ve, allí no se hace mención a los fundamentos de derecho de la demanda sino al aspecto fáctico de la misma, de donde fácil es colegir que el elemento que identifica la causa de la pretensión del demandante no es la fundamentación jurídica del petitum sino la exposición de los hechos que al lado de la petición haga el demandante. Luego, no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial 'mihi factum, dabo tibi ius' (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230).



Lo anterior no quiere decir que la calificación jurídica alegada por el demandante no pueda resultar trascendente para efectos de delinear o identificar en ciertas ocasiones la naturaleza de la acción propuesta, como cuando se discute en el proceso laboral la relación jurídica material que unió a las partes, o cuando lo que se persigue por el actor no es la declaración del derecho sino su efectividad por reposar éste en un título ejecutivo, pues en los casos citados; como en los que es dable tener como presupuesto de la declaración o condena judicial la afirmación y determinación de particulares hechos exigidos para la creación, modificación o extinción de la relación material discutida, llamadas por alguna porción de la doctrina como 'pretensiones constitutivas', a través de dicha calificación el juez avizora in limine tanto el procedimiento a seguir como el objeto del proceso."

Bajo las directrices expuestas, correspondía a la activa desde el escrito genitor o en las demás oportunidades que permite el ordenamiento procesal del trabajo, identificar los supuestos fácticos que orientan sus aspiraciones, garantizando a su vez el derecho de contradicción y defensa de la contraparte, de contera los propios, considerando que de esa forma surgía la oportunidad de debatirlos y acreditarlos, con la consecución de la resulta efectiva de sus aspiraciones, ya que sólo de esa manera el juzgador puede válidamente entrar a definirlo, para el caso del aquo apoyado en el principio ultra y extra petita que sólo a él compete aplicar en forma facultativa, potestad que no surge de su arbitrio, sino de la observancia y constatación de los requisitos que para tales efectos exige el artículo 50 del ordenamiento adjetivo del trabajo.

No existe a las diligencias ninguna argumentación fáctica encaminada a esgrimir la ausencia de pago y mucho menos obtener el reconocimiento del importe de la comisión devengada en el último mes de labores, por esa razón no se controvertió, y en esos términos no queda menos que desestimar la inconformidad de la impugnante en este punto.



En relación con la inconformidad de la impugnante de la activa respecto del reparo a la absolución de indemnización por despido, tampoco tiene vocación de prosperidad, considerando que lo argüido con tal propósito no logra derruirla, pues amén de que el empleado durante la vigencia del vínculo hubiese efectuado reclamo verbal o escrito por las cotizaciones a seguridad social sin tener en cuenta el importe de comisiones, lo cierto es que, el juzgado estimó como comisiones y como tal factor salarial, única y exclusivamente las correspondientes a las percibidas en el último mes de servicio, aspecto que no fue desconocido por la impugnante, de tal suerte que el aludido supuesto no fue refrendado como causa justificativa de la ruptura del vínculo, siendo su carga procesal hacerlo, lo que conlleva como lógica consecuencia la confirmación de la providencia impugnada, pues el importe por el aludido concepto fue tomado en cuenta por la empleadora para realizar el pago de cotizaciones a seguridad social, respecto del periodo en que se causaron.

Respecto a la inconformidad de la condena irrogada por concepto de reliquidación de acreencias laborales, objeto de reparo conjunto para los impugnantes, no está llamada a salir avante, por cuanto, i) la activa la hace consistir en la apreciación errada de que como la cotización a seguridad social se hizo sobre un salario de \$18.600.000, la liquidación de las acreencias laborales debía realizarse igualmente por ese importe, cuando frente al primer rubro, se toma en cuenta el salario devengado en cada mensualidad y sobre él se realiza la cotización del correspondiente periodo, que fue lo que hizo la empleadora tomando para tales efectos el tope máximo de cotización que permite el ordenamiento jurídico, pese a que el monto de las comisiones como lo estimó el juzgado, ascendió a \$46.183.642 en el mes de septiembre de 2017, monto que en su integridad valoró el juzgado para efectos de ordenar la reliquidación de acreencias laborales, pero en proporción a la doceava parte, ya que promedió lo devengado por el empleado en el último año de servicios; ii) la pasiva la hizo consistir en que la convocada procedió a reliquidar las acreencias laborales tomando el valor del aludido concepto, y al informativo

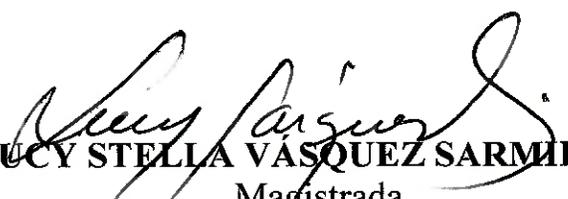


no existe medio de convicción que respalde su afirmación, pretendiendo con tal propósito hacer valer un reajuste de acreencias laborales que se causaron en la anualidad 2015.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, en lo que fue objeto de inconformidad para los recurrentes. Sin costas en la alzada.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110013105028 2018 0022001. Proceso Ordinario de Anneth Falla Ramírez contra Imocon SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

ANNETH FALLA RAMÍREZ convocó a IMOCON SAS, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo que la empleadora terminó sin justa causa: indemnización por despido, perjuicios, indexación y costa del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Laboró para la convocada mediante contrato de trabajo desde el 14 de enero de 2003 hasta el 5 de mayo de 2017, cuando la empleadora mediante comunicación decide terminarlo argumentando justa causa, previa diligencia de descargos en la misma data.



La razón invocada fue la de violación de cláusula de exclusividad y realizar actividades para beneficio personal y de terceros, cuando la labor endilgada en los descargos la realizó fuera de la jornada laboral y por orden de su jefe inmediato.

La jornada laboral era de lunes a jueves de 7:30 am a 5:00 pm y viernes de 6:30 am a 4:00 pm, con un último salario mensual de \$3'205.000, y la empleadora a la terminación del vínculo canceló sus acreencias laborales.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 31 de mayo de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó la mayoría y los restantes lo negó; propuso las excepciones de mérito de configuración de justa causa para el despido, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, debida diligencia de la empresa, buena fe, prescripción y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 4 de septiembre de 2019, ABSOLVIENDO de las pretensiones e impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión el apoderado de la activa interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:



Sostuvo el impugnante que, aunque un hecho no se haya esgrimido en la demanda, pero se probó dentro del debate, el juez debe derivarle repercusiones aplicando el principio extra y ultra petita, y en este caso, entre la fecha del hecho invocado como justa causa y de ruptura del vínculo no se presentó inmediatez, pues transcurrió más de dos meses.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión de instancia recaerá única y exclusivamente en el aspecto puntual objeto de inconformidad para el recurrente, que no es otro según su sentir, la falta de inmediatez entre el hecho y la decisión de finiquito del vínculo, pues en su exposición no esgrime ninguna argumentación encaminada a desconocer la causa invocada como justificativa por la empleadora y acogida por el aquo, y en esos términos no tiene vocación de prosperidad ya que la argumentación no logra derruirla.

La inconformidad planteada por el apelante se basa en supuestos de hecho diferentes con los que se pretendió acceder a la pretensión en la demanda primigenia, por lo tanto, constituyen hechos nuevos que no fueron controvertidos en la primera instancia, y en consideración a ello no pueden ser



tenidos en cuenta en esta segunda instancia, por lo que resulta oportuno recordarle que, i) los medios de impugnación no se instituyeron para sopesar los yerros de las partes, sino para cuestionar las decisiones que en ejercicio de la facultad de administrar justicia adopte el juez, en aquello que se le sea desfavorable a alguna de ellas, siempre y cuando se base en los presupuestos fácticos y jurídicos que se le plantearon para adoptar la decisión; y, ii) el principio de congruencia de la sentencia, la cual debe proferirse en consonancia con los hechos y pretensiones planteados en la demanda y demás oportunidades que permite la ley, como lo establece el artículo 281 del ordenamiento procesal general, principio que si bien no es omnímodo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y Superior y lineamientos jurisprudenciales que establecen que es deber del juez interpretar la demanda en aras de no sacrificar el derecho sustancial, también lo es que bajo esta última orientación no se puede quebrantar el derecho fundamental de defensa de la contraparte que se ciñó a lo solicitado en la demanda y sobre presupuesto contrario edifica su defensa; por esa razón no es de resorte de la competencia del fallador, emitir pronunciamiento sobre un aspecto que no fue planteado en ningún sentido en la demanda ni en las demás oportunidades que permite la ley, amén de que no haya sido solicitado, pues son los presupuestos fácticos esgrimidos en la acción los que constituyen el verdadero sustento de lo anhelado frente al derecho que se pregona vulnerado, precisamente porque de ellos emanan otros principios en aras de efectivizarlos, como el extra y ultra petita en virtud del cual el juez puede reconocer derechos diferentes o emolumentos superiores a los reclamados, pero apoyado en los presupuestos fácticos que sustentan la acción, máxime cuando la aplicación facultativa de este principio se encuentra reservada única y exclusivamente al juez de primera instancia.

Sobre la naturaleza del supuesto que enmarca la resolución de lo anhelado en la acción, valga decir, los presupuestos fácticos, el Máximo juez



constitucional en sentencia de unificación SU-768 del 16 de octubre de 2014, puntualizó, “*En principio, los hechos deben ser alegados por las partes interesadas, mientras que las cuestiones de derecho deben ser asumidas, de oficio, por los jueces; regla de distribución del trabajo procesal presente desde el derecho romano, bajo el aforismo latino ‘Da mihi factum, dabo tibi ius’.* Asimismo, las cuestiones fácticas han de ser probadas por las partes, particularmente por aquellas a quienes les resulta favorable; mientras que si resulta ser un asunto de derecho opera la máxima ‘*iuris novit curia*’, bajo la cual el conocimiento y aprehensión de una norma recae exclusivamente sobre el juez”.

Por su parte el órgano de cierre de la especialidad en sentencia SL 3209 del 26 de agosto de 2020, sobre el particular, expresó: “...*tal directriz normativa no puede sopesarse desde una perspectiva meramente literal, pues si bien es cierto que a ella llega el legislador desde la aplicación a los procesos nacidos a instancia de parte -como los procesos del trabajo- del llamado ‘principio dispositivo’, el cual impone al demandante promover la correspondiente acción judicial y aportar los materiales sobre los que debe versar la decisión, esto es, el tema a decidir, los hechos y las pruebas que los acrediten, elementos con los cuales el juez queda supeditado a la voluntad de las partes a través de lo que la doctrina denomina ‘disponibilidad del derecho material’, que permite a éstas ejercer fórmulas procesales tendientes a su creación, modificación o extinción, con las salvedades propias de ciertas materias como lo es la atinente a derechos ciertos e indiscutibles en el campo laboral, por ejemplo, también lo es que ello no se traduce en el desconocimiento del principio universal que rige la estructura dialéctica del proceso y que reza: ‘Venite ad factum. Iura novit curiae’, o lo que es tanto como decir, que la vinculación del juez lo es a los hechos del proceso, que son del resorte de las partes, en tanto que de su cargo es la determinación del derecho que gobierna el caso, aún con prescindencia del invocado por las partes, por ser el llamado*



a subsumir o adecuar los hechos acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que los prevé para de esa manera resolver el conflicto.

Esa la razón de ser para que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil expresamente indique que 'la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse el demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta (...)' (ídem artículo 281 C.G.P.), pues como se ve, allí no se hace mención a los fundamentos de derecho de la demanda sino al aspecto fáctico de la misma, de donde fácil es colegir que el elemento que identifica la causa de la pretensión del demandante no es la fundamentación jurídica del petitum sino la exposición de los hechos que al lado de la petición haga el demandante. Luego, no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial 'mihi factum, dabo tibi ius' (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230).

Lo anterior no quiere decir que la calificación jurídica alegada por el demandante no pueda resultar trascendente para efectos de delinear o identificar en ciertas ocasiones la naturaleza de la acción propuesta, como cuando se discute en el proceso laboral la relación jurídica material que unió a las partes, o cuando lo que se persigue por el actor no es la declaración del derecho sino su efectividad por reposar éste en un título ejecutivo, pues en los casos citados; como en los que es dable tener como presupuesto de la declaración o condena judicial la afirmación y determinación de particulares



hechos exigidos para la creación, modificación o extinción de la relación material discutida, llamadas por alguna porción de la doctrina como 'pretensiones constitutivas', a través de dicha calificación el juez avizora in limine tanto el procedimiento a seguir como el objeto del proceso."

Bajo las directrices expuestas, correspondía a la activa desde el escrito genitor o en las demás oportunidades que permite el ordenamiento procesal del trabajo, identificar los supuestos fácticos que orientan sus aspiraciones, garantizando a su vez el derecho de contradicción y defensa de la contraparte, de contera los propios, considerando que de esa forma surgía la oportunidad de debatirlos y acreditarlos, con la consecución de la resulta efectiva de sus aspiraciones, ya que sólo de esa manera el juzgador puede válidamente entrar a definirlo, para el caso del aquo apoyado en el principio ultra y extra petita que sólo a él compete aplicar en forma facultativa, potestad que no surge de su arbitrio, sino de la observancia y constatación de los requisitos que para tales efectos exige el artículo 50 del ordenamiento adjetivo del trabajo.

No existe a las diligencias ninguna argumentación fáctica encaminada a referir ausencia de inmediatez de la falta que motivó la ruptura del vínculo, por esa razón no se controvertió, de contera no se acreditó ninguna situación que identifique la data de acaecimiento de los hechos para afirmar que no son causa de finiquito del contrato de trabajo, tratándose sólo de apreciación subjetiva del apelante carente de respaldo probatorio, ya que corresponde a situaciones diferentes como se establece de la versión de Carlos Eduardo Matajira Santos, el cual expresa que para febrero de 2017 se presentó cambio de representante legal. En contraste la reclamación de indemnización por terminación del vínculo se sustentó desde el escrito genitor, en que la empleadora despidió a la trabajadora sin justa causa, la cual refrendó la convocada y acogió el juzgado.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de inconformidad para el impugnante. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310503020170074001. Proceso Ordinario de Luz Derly Beltrán Ladino contra María Bertulia Martín Martín. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

LUZ DERLY BELTRÁN LADINO convocó a MARIA BERTULIA MARTÍN MARTÍN para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: cesantías e intereses, sanción por no consignación de cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por despido, indemnización moratoria y costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



HECHOS:

Laboró para la demandada mediante contrato verbal desde el 27 de julio de 2010 hasta el 1 de marzo de 2016 cuando fue despedida sin justa causa, desempeñándose como administradora, cajera, cocinera y en oficios varios en el punto Comidas Rápidas Donde Bety el cual es propiedad de la demandada, devengando un salario mínimo y subsidio de transporte, con una jornada de domingo a domingo de 9:00 am a 9:00 pm, sin que le fuera otorgado día de descanso compensatorio.

Durante la relación laboral desempeñó sus funciones de manera estricta y cumplida, sin recibir ningún llamado de atención o sanción por parte de la empleadora; no fue afiliada a Eps, Fondo de Pensiones ni Riesgos Laborales, no se le pagó cesantías, como prestaciones sociales causadas en vigencia del vínculo laboral.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 1 de diciembre de 2017. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderada procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó unos y otros no; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de relación laboral, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 28 de enero de 2020, DECLARANDO la existencia de contrato de trabajo y probada la excepción de prescripción respecto a la prima de servicios, indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 causada del 27 de julio de 2010 al 26 de marzo de 2013, y la compensación en dinero de las vacaciones del 27 de julio



de 2010 al 26 de julio de 2012. CONDENÓ al pago de cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones en el fondo donde se encuentre afiliada la actora o en su defecto a Colpensiones. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones e impuso costas a cargo de la pasiva.

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo la impugnante que para que exista una relación laboral se deben dar tres elementos esenciales que son prestación personal de servicio, subordinación y salario. Prestación personal del servicio, de la que no cabe duda ya que la demandante laboró o prestó un servicio frente a un local comercial. No sucede lo mismo con la subordinación ya que como lo indicó la actora, vivía en el inmueble sobre el cual pagaba un arriendo, realizaba el pago de facturas y servicios públicos, por lo que no existió subordinación ante la ausencia de un horario determinado. Asimismo, no se puede determinar cuál era el valor del salario como quiera que la actora manifiesta un valor dentro de la demanda y a su vez manifiesta que lo sacaba del producido, por lo que al faltar uno de los elementos del artículo 23 no se estaría frente a una relación laboral.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-



procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión de instancia recaerá única y exclusivamente en el aspecto puntual objeto de inconformidad para la recurrente, que no es otro que el desconocimiento del contrato de trabajo, pues no fue objeto de reparo ninguna de las condenas irrogadas por el aquo en virtud de su declaratoria.

Para esclarecer la inconformidad planteada por el impugnante, lo primero que se le debe recordar, es que la activa cumplió con la carga procesal de refrendar la prestación del servicio que no desconoce, por el contrario, acepta, pero bajo situaciones diferentes, pretendiendo enrostrar desde el escrito genitor una actividad por cuenta y riesgo de aquella. Así las cosas, acreditada la prestación personal del servicio, surgía a favor de la accionante la presunción de existencia del contrato de trabajo, reglada en el artículo 24 del ordenamiento positivo laboral, de tal suerte que, si la demandada quería derruirla, soportaba la carga probatoria de acreditar las razones que esgrime para dejar en evidencia la inexistencia de trato subordinado.

Razonamiento jurídico que se sustenta sobre la base de que, *“las presunciones no son medios de prueba, sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal”* <<Sentencia C-731 del 12 de julio de 2005>>, valga decir, lo que consagran las presunciones son la transformación de la carga probatoria, lo que significa, que en quien recae, en este caso, a quien se endilga la condición de



empleadora, a través de los medios de convicción desvirtuarla, pues son estos los que legítima y válidamente constituyen el soporte para resolver el entuerto jurídico, a voces de lo normado en el ordenamiento procesal jurídico y Superior, que para los intervinientes en juicio constituyen el instrumento a través del cual ejercen su derecho de contradicción y defensa, y para el encargado de dirimir la controversia su soporte, ya que toda decisión judicial debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados a la controversia, como lo consagra el artículo 164 del ordenamiento procesal general, lo que significa que el operador judicial debe resolver sobre la viabilidad del derecho sometido a consideración, única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, pues esa es su finalidad.

En Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002 la Corte Constitucional, expresó “(...) *si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí’*”.



Al interior de la causa no obra medio de convicción del cual se pueda establecer que, en la actividad realizada por la activa, la convocada no hizo uso de su poder subordinante para concluir que aquélla realizó la gestión en forma autónoma sin sujeción a ningún tipo de orden, pues la convocada no desplegó mayor actividad probatoria para derruir la presunción de que la relación de trabajo se rigió por contrato de trabajo, ya que la evacuada con ese fin no ofrece elementos de juicio necesarios y suficientes para constatarlo.

La convocada en su jurada pese a que insiste en endilgar que la accionante actuaba autónomamente en el manejo del establecimiento de su propiedad que cedió, no obra probanza que lo respalde, pues la prueba testimonial que hubiera sido útil para determinarlo, como se indicó, no ofrece elementos de juicio que reafirmen la ausencia de trato subordinado, pues se trata de personas que no tuvieron apreciación directa de la actividad realizada, basando sus dichos en apreciaciones subjetivas, suposiciones en información de la convocada. Olga Janeth Marroquín Piedrahita, afirma que, por su condición de compañera de trabajo con la demandada, supo que siempre ha tenido establecimientos de comercio y cedió uno a la demandante, habiendo asistido al local tan sólo en tres oportunidades y solo en una ocasión la encontró, manifestando que desconoce cuáles eran los beneficios del negocio y el tipo de trato celebrado entre las partes, aunque afirma que el pacto fue verbal. Por su parte Cristina Cifuentes, no da razón de ninguna circunstancia que identifique la actividad, manifestando abiertamente que desconoce cuál era el local comercial, limitándose a indicar que escuchó que las partes tenían un negocio, pero no sabe del mismo ni del trato adquirido.

Así las cosas, acreditada la prestación personal del servicio por parte de la activa y no derruirse la presunción de encontrarse regida por contrato de trabajo, pues la pasiva no demostró ausencia del ejercicio del poder subordinante que lo identifica, la decisión de primera instancia se mantiene incólume, en lo que fue objeto de inconformidad para la recurrente.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de reparo para la impugnante. Costas en esta instancia a cargo de la pasiva, inclúyase la suma de \$2'000.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado