TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	OTONIEL MORENO MORENO
Demandadas:	COLPENSIONES
Radicado No.:	11-2018-00166-01
Tema:	RELIQUIDACIÓN E INCREMENTO PENSIONAL- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ALEJANDRA ALMANZA NÚÑEZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Otoniel Moreno Moreno instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se condene a reliquidar la pensión de vejez, calculando en debida forma el IBL, indexando los salarios base de cotización y aplicando una tasa de reemplazo del 90%, que corresponde a la densidad de semanas cotizadas; al retroactivo de las diferencias causadas entre la mesada reconocida y la que debió reconocerse, debidamente indexadas; al incremento pensional por persona a cargo a partir del 13 de febrero de 2003, de conformidad con el Decreto 758 de 1990; a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; indexación de las sumas, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 12 de febrero de 1943, por lo que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años, beneficiándose del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Expuso que cotizó un total de 1.449 semanas en toda su vida laboral, hasta el 31 de julio de 2002, razón por la cual, al cumplir dicha edad, el ISS mediante Resolución núm. 021648 de 2003, le reconoció pensión de vejez, con fundamento en el artículo 33 ibídem, desconociendo que tenía derecho que su pretensión fuese reconocida con arreglo al Decreto 758 de 1990.

Indicó que con posterioridad la encartada mediante Resolución SUB42948 de 2018, accedió al reconocimiento de la pensión de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por manera que reliquidó la prestación, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, sin embargo, no le fue reconocido el incremento pensional. Refirió que al momento de efectuar la liquidación de la pensión de vejez Colpensiones no calculó el IBL en debida forma, con los ingresos de toda la vida o los últimos 10 años. Agregó que contrajo matrimonio con la señora Isidora Rodríguez de Moreno el 21 de mayo de 1970, quien depende económicamente del pensionado, puesto que no trabaja, no disfruta de una pensión, ni percibe ingresos propios, de manera que tiene derecho a percibir los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990. (Expediente digital, PDF 001. P.O. Otoniel M. Moreno vs Colpensiones-Exp.011-2018-00166, págs. 4 a 11)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 001. P.O. Otoniel M. Moreno vs Colpensiones-Exp.011-2018-00166, págs. 61 a 62); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestaciones de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que la liquidación se realizó en debida forma, tal como se evidencia de la Resolución SUB42948 de 2018, en la que tomó el IBL que le resultó ser más beneficioso para el actor y reliquidó la prestación económica bajo los términos del Decreto 758 de 1990. Frente al incremento pensional expuso que se encuentran derogados, conforme a lo dispuesto en sentencia SU-140 de 2019.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratoria, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente digital, PDF 001. P.O. Otoniel M. Moreno vs Colpensiones-Exp.011-2018-00166, págs. 42 a 55)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de noviembre del 2021, en la que el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y, en tal virtud, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, gravando en costas procesales al actor.

Para arribar a tal decisión indicó que no existe discusión en la edad del demandante; que le fue reconocida una pensión de vejez con fundamento en lo consagrado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 por parte del ISS a través de la Resolución 0021648 de 2003, la cual fue modificada por Colpensiones mediante Resolución SUB42948 de 2018, misma que reliquidó la prestación económica, reconociendo la misma con fundamento en lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, con una mesada para el año 2014 de $900.861.

Frente a la reliquidación pretendida por el promotor de la litis, indicó que ha sido criterio de la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el régimen de transición respeta frente a sus destinatarios la edad, el tiempo de cotizaciones o de servicio y el monto de la pensión conforme al régimen anterior que le resultaré aplicable, sin embargo, respecto al IBL esta seguirá siendo el previsto en la Ley 100 de 1993.

Expuso que la norma aplicable para calcular el IBL es la consagrada en el inciso 3° del artículo 36 ibidem, promediando lo devengado en el tiempo que le hacía falta al actor para adquirir el derecho pensional o el cotizado durante su vida laboral, si éste fuere más favorable. Así las cosas, una vez realizó las operaciones matemáticas para calcular el IBL, señaló que Colpensiones reconoció un monto superior al liquidado por el Juzgado, de ahí que no procediera la reliquidación pensional del actor.

En lo atinente a los incrementos pensionales solicitados consideró que de conformidad con la sentencia SU-140 de 2019, al demandante le fue reconocido su derecho pensional a partir del 1 de octubre de 2003, siendo beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y, por tanto, se le aplicó el Acuerdo 049 de 1990, en cuanto requisitos para obtener su derecho pensional y monto, de allí que no sea posible acceder a la pretensión, ya que su prestación le fue reconocida con posterioridad al 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y derogó el incremento pensional por persona a cargo. (Expediente digital, audio 010. Aud. Art 77 y 80 C.P.T.SS. Exp. 011-2018-00166-20211110_083652-Grabación de la reunión)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Demandante. Alegó en su favor que tiene derecho al reconocimiento del incremento pensional por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por lo que el derecho debe ser reconocido a partir de la fecha de causación de la prestación pensional que da origen a este beneficio.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones manifestó que no procede el reconocimiento y pago de reliquidación solicitada por el accionante, toda vez que el procedimiento de liquidación se realizó en debida forma, pues tal como se evidencia en la Resolución SUB 42948 del 19 de febrero de 2019, se realizó el ejercicio de calcular el valor de la pensión con ambos IBL, eligiendo aquel valor que le resulta ser más beneficioso para el demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

(i) ¿El promotor del proceso tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez teniendo como Ingreso Base de Liquidación el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuera superior o toda su vida laboral y, como consecuencia de ello, debe la demandada reconocer y pagar el retroactivo por las diferencias causadas, debidamente indexadas e intereses moratorios?

(ii) ¿Los incrementos por personas a cargo establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes? En caso afirmativo ¿El demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario?

Reliquidación pensional

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, lo primero que se debe anotar es que en el presente proceso no se discute que el demandante nació el 12 de febrero de 1943 y es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Tampoco, que el derecho pensional se concedió a la luz del artículo 33 de la citada preceptiva, con 1.499 semanas y 60 años, que se advirtieron satisfechos al 1 de octubre de 2003, en cuantía de $521,599, mediante Resolución 021648 del 2003. Ni que a través de Resolución SUB42948 de 2018 le fue reliquidada la pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, con 1.493 semanas, 60 años y una tasa de reemplazo del 90%, determinándose una mesada pensional en cuantía de $900.861. (Expediente electrónico, Carpeta 003. CD Folio 48 A_Constestación DDA-Exp.011-2018-00166).

La discusión planteada por la parte actora radica en que, pese a que la pensión se reconoció con fundamento en el régimen de transición y en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, Colpensiones cometió un error en el cálculo del ingreso base de liquidación, en tanto que debió tomar lo devengado en toda su vida laboral o el tiempo que le hiciere falta, según el caso.

Acorde con la situación planteada, es necesario señalar que la Ley 100 de 1993, introdujo un nuevo régimen de seguridad social que entró a regir el 1 de abril de 1994, normatividad que de acuerdo con los principios que regulan la seguridad social, protegió las expectativas legítimas de ciertas personas que a la fecha tuvieran cumplidos algunos requisitos como edad o tiempo de servicios, consagrando un régimen de transición, que permite acudir en ciertos y específicos asuntos, a la norma que los gobernaba previa a la expedición de la citada ley, los cuales son:

- La edad,
- Tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y
- Monto de la pensión de vejez allí consagrado, entendiéndose el monto como el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión y no como el IBL, que corresponde a los salarios devengados por el trabajador o la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso.

Así mismo, respecto del **Ingreso Base de Liquidación** de la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, se debe resaltar que el Legislador hizo pronunciamiento expreso, conforme se observa en el inciso 3º del artículo 36 y el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, para quienes estando en transición les **faltare menos de 10 años para adquirir el derecho** que "*será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior*" o para quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones **les faltare 10 o más años para consolidar el derecho** a la pensión de vejez, el ingreso base de liquidación se determina con "*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia*" o "*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo*".

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3696 del 29 de agosto de 2018, precisó al respecto que:

> *"Aunado a lo anterior, la Sala ha dicho que a los beneficiarios del régimen de transición que les hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho, les resulta aplicable el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mientras que para aquellos a*

quienes les falta un tiempo superior, el ingreso base de liquidación debe ser el contemplado en el artículo 21 de la citada normatividad."

Aplicando al presente caso la línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción laboral, se concluye que el actor se encuentra bajo supuestos jurídicos que están en discusión, por lo tanto, bajo el principio de favorabilidad se entrará a estudiar la aplicación normativa que le es más favorable, así:

- **Liquidación del ingreso base de liquidación con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuera superior.**

En cuanto a esta forma de determinar el IBL, siguiendo el anterior marco normativo y jurisprudencial, tenemos que el actor cumplió los 60 años en 2003, pues conforme a la documental aportada nació el 12 de febrero de 1943, por lo que al 1 de abril de 1994 le faltaban menos de 10 años para para adquirir el derecho pensional, de manera que le asiste derecho a que su liquidación se efectué con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta.

De modo que, una vez elaborada la respectiva liquidación, se evidenció lo siguiente:

Cálculo el tiempo que le hiciere falta							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1994	317	14,90	49,83	3,344	$ 180.000,00	$ 601.973,19	$ 6.360.850,09
1995	360	18,25	49,83	2,730	$ 180.000,00	$ 491.354,31	$ 5.896.251,76
1996	360	21,80	49,83	2,286	$ 180.000,00	$ 411.440,37	$ 4.937.284,40
1997	360	26,54	49,83	1,877	$ 210.000,00	$ 394.218,09	$ 4.730.617,07
1998	360	31,21	49,83	1,596	$ 250.000,00	$ 399.094,09	$ 4.789.129,03
1999	317	36,42	49,83	1,368	$ 336.593,06	$ 460.471,88	$ 4.865.652,86
2000	348	39,79	49,83	1,252	$ 500.000,00	$ 626.092,42	$ 7.262.672,07
2001	348	43,27	49,83	1,151	$ 750.000,00	$ 863.615,94	$ 10.017.944,90
2002	350	46,58	49,83	1,070	$ 1.000.000,00	$ 1.069.670,38	$ 12.479.487,79
2003	60	49,83	49,83	1,000	$ 1.000.000,00	$ 1.000.000,00	$ 2.000.000,00
Total días	**3180**	**Total devengado toda la vida laboral actualizado**				**2003**	**$ 63.339.889,98**
Total semanas	**454,29**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 597.546,13**
						Porcentaje aplicado	**90%**
						Primera mesada	**$ 537.791,52**

Año	**Variación Año Corrido**	**Mesada Pensional**
2003	6,99	$ 537.791,52
2004	6,49	$ 572.697,42
2005	5,50	$ 604.181,46
2006	4,85	$ 633.513,86
2007	4,48	$ 661.881,98
2008	5,69	$ 699.570,20
2009	7,67	$ 753.260,81
2010	2,00	$ 768.339,65
2011	3,17	$ 792.705,40
2012	3,73	$ 822.239,92
2013	2,44	$ 842.264,30
2014	1,94	$ 858.585,82

La mesada pensional inicial traída al año 2014, arroja una suma de $858.585,82. En esa medida se evidencia que el valor reconocido por Colpensiones en la Resolución No. SUB SUB42948 de 2018 es superior al que arrojó la anterior liquidación.

- **Toda la vida laboral**

Sobre ello, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, dispone que se tomará el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral siempre y cuando, haya cotizado más de 1250 semanas en su vida laboral.

Entonces, de las pruebas aportadas al plenario la demandante cuenta con más de 1.250 semanas, razón por la cual es dable realizar la liquidación pensional y efectuadas las operaciones matemáticas, arroja el siguiente IBL y mesada:

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1968	107	0,14	49,83	344,977	$ 660,00	$ 227.684,77	$ 812.075,68
1969	365	0,14	49,83	344,977	$ 660,00	$ 227.684,84	$ 2.770.165,54
1970	365	0,11	49,83	435,408	$ 660,00	$ 287.369,13	$ 3.496.324,38
1971	304	0,12	49,83	411,441	$ 930,00	$ 382.639,89	$ 3.877.417,58
1972	133	0,14	49,83	355,929	$ 930,00	$ 331.013,57	$ 1.467.493,50
1973	285	0,16	49,83	303,020	$ 1.458,00	$ 441.803,55	$ 4.197.133,76
1974	330	0,19	49,83	256,269	$ 1.843,09	$ 472.326,27	$ 5.195.589,02
1975	362	0,25	49,83	195,838	$ 2.430,00	$ 475.887,38	$ 5.742.374,39
1976	227	0,29	49,83	169,234	$ 2.430,00	$ 411.238,53	$ 3.111.704,86
1979	302	0,56	49,83	88,281	$ 5.790,00	$ 511.149,86	$ 5.145.575,28
1980	366	0,72	49,83	68,784	$ 7.327,70	$ 504.026,97	$ 6.149.129,00
1981	306	0,91	49,83	54,492	$ 7.680,20	$ 418.510,03	$ 4.268.802,31
1982	213	1,14	49,83	43,541	$ 7.470,00	$ 325.249,60	$ 2.309.272,17
1983	314	1,41	49,83	35,229	$ 21.420,00	$ 754.613,31	$ 7.898.285,95
1984	229	1,65	49,83	30,119	$ 29.158,82	$ 878.230,79	$ 6.703.828,35
1985	365	1,95	49,83	25,496	$ 36.298,49	$ 925.456,81	$ 11.259.724,50
1986	323	2,38	49,83	20,898	$ 39.577,80	$ 827.094,93	$ 8.905.055,38
1987	365	2,88	49,83	17,275	$ 56.794,11	$ 981.142,46	$ 11.937.233,26
1988	366	3,58	49,83	13,902	$ 66.928,85	$ 930.427,24	$ 11.351.212,36
1989	365	4,59	49,83	10,859	$ 83.652,82	$ 908.372,60	$ 11.051.866,61
1990	365	5,78	49,83	8,614	$ 103.790,14	$ 894.098,41	$ 10.878.197,29
1991	365	7,65	49,83	6,510	$ 151.820,55	$ 988.343,18	$ 12.024.842,00
1992	366	9,70	49,83	5,137	$ 165.180,00	$ 848.548,39	$ 10.352.290,38
1993	215	12,14	49,83	4,103	$ 165.180,00	$ 677.751,83	$ 4.857.221,44
1994	317	14,90	49,83	3,344	$ 180.000,00	$ 601.973,19	$ 6.360.850,09
1995	360	18,25	49,83	2,730	$ 180.000,00	$ 491.354,31	$ 5.896.251,76
1996	360	21,80	49,83	2,286	$ 180.000,00	$ 411.440,37	$ 4.937.284,40
1997	360	26,54	49,83	1,877	$ 210.000,00	$ 394.218,09	$ 4.730.617,07
1998	360	31,21	49,83	1,596	$ 250.000,00	$ 399.094,09	$ 4.789.129,03
1999	317	36,42	49,83	1,368	$ 336.593,06	$ 460.471,88	$ 4.865.652,86
2000	348	39,79	49,83	1,252	$ 500.000,00	$ 626.092,42	$ 7.262.672,07
2001	348	43,27	49,83	1,151	$ 750.000,00	$ 863.615,94	$ 10.017.944,90
2002	350	46,58	49,83	1,070	$ 1.000.000,00	$ 1.069.670,38	$ 12.479.487,79
2003	60	49,83	49,83	1,000	$ 1.000.000,00	$ 1.000.000,00	$ 2.000.000,00
Total días	**10483**	**Total devengado toda la vida laboral actualizado**				**2003**	**$ 219.102.704,98**
Total semanas	**1497,57**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 627.022,91**
						Porcentaje aplicado	**90%**
						Primera mesada	**$ 564.320,62**

Año	**Variación Año Corrido**	**Mesada Pensional**
2003	6,99	$ 564.320,62
2004	6,49	$ 600.938,82
2005	5,50	$ 633.926,43
2006	4,85	$ 664.702,92
2007	4,48	$ 694.467,66
2008	5,69	$ 734.011,34
2009	7,67	$ 790.345,24
2010	2,00	$ 806.166,44
2011	3,17	$ 831.731,76
2012	3,73	$ 862.720,32
2013	2,44	$ 883.730,53
2014	1,94	$ 900.855,60

La mesada pensional inicial traída al año 2014, arroja una suma de $900.855,60, siendo en todo caso inferior, a la que reconoce Colpensiones en la citada Resolución.

Por lo anterior, el Juez de alzada no incurrió en error alguno al entender que el IBL más favorable al actor es el que resulta de los promedios de los salarios devengados entre el 1 de abril de 1994 hasta el 28 de febrero del año 2003. Haciendo notar que la parte actora al proponer la reliquidación de la pensión de vejez en su escrito de demanda no señaló los motivos o las razones por las cuales considera que la liquidación realizada por Colpensiones no se ajusta a derecho.

Así las cosas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, en lo que atañe a esta pretensión.

Vigencia de los incrementos por personas a cargo

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, sólo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se desprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominar como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitan los

referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina constitucional

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Caso concreto

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del (la) señor(a):

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
Otoniel Moreno Moreno	Resolución SUB 42948 de 2018	1 de octubre de 2003	$564.279,30

A quien se les reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia, aunque por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Costas

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

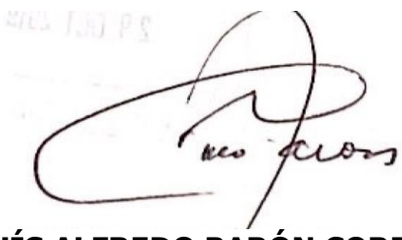
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de noviembre del 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	AURORA CASTRO GONZÁLEZ
Demandadas:	UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA
Radicado No.:	08-2019-00601-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDADA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Aurora Castro González instauró demanda ordinaria contra Universidad Incca de Colombia, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de abril de 1982 al 12 de junio de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de salarios, prima legal y extralegal de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de semana santa, auxilio de cesantía y sus intereses, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, prima de antigüedad, intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes celebraron contrato de trabajo a término indefinido el 12 de abril de 2008 (SIC), para desempeñar labores, entre otras, de secretaría de ciencias básicas – matemáticas, percibiendo como último salario la suma de $2.068.320. Indicó que el empleador adeuda los conceptos antes descritos, además, que se encuentra afiliada al sindicato de trabajadores Sintranuincca. (fols. 3 a 11 y 40 a 43).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que la demandante no cumplió con su carga procesal de demostrar la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Aceptó los hechos enlistados en los numerales 3° y 6° y, en los demás dijo no ser ciertos o no constarles. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, fuerza

mayor, buena fe, enriquecimiento sin causa, pago y compensación, prescripción y genérica. (fols. 79 a 110).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de diciembre de 2021, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 13 de abril de 1982 al 12 de junio de 2019. Así las cosas, condenó a la enjuiciada a cancelar salarios insolutos, auxilio de cesantía y sus intereses, primas de servicio, vacaciones, prima extralegal de servicios, prima anual de vacaciones, prima de antigüedad, despido indirecto e indemnización moratoria. Por último, gravó en costas a la demandada.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar entre otras cosas, si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral desde el 12 de abril de 1982 al 12 de junio de 2019; si la demandante renunció voluntariamente o si se dio un despido indirecto, para determinar la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa; y si procede la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST.

Con tal propósito, dijo que era fundamental establecer la existencia del nexo laboral entre las partes dado que aquello resulta ser la fuente de los derechos aquí reclamados. Así, advirtió que, aunque la accionada se opuso a su declaratoria, no obstante, ésta certificó que la actora estuvo vinculada a esa institución educativa mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de abril de 1982 al 12 de junio de 2019, ocupando cargos de secretaría al interior de la universidad, y devengando como último salario la suma de $2.068.320; información que fue ratificada en certificación adiada el 26 de junio de 2019, la cual fue aportada por la promotora del litigio. De esta manera consideró que debía declarar el contrato de trabajo, teniendo para tal efecto los extremos temporales y salarios certificados.

En lo atinente al despido indirecto recordó que cuando se aduce su ocurrencia es a la trabajadora demandante a quien le corresponde acreditar la presentación de la renuncia motivada, así como la ocurrencia de las causas que invoca para dar por terminado el vínculo laboral, con ocasión de un hecho atribuible a su empleador. De esta manera advirtió que en el plenario obra carta de terminación presentada por la demandante con fecha del 10 de junio de 2019, motivada en la falta de pago de salarios, aportes al sistema de seguridad social, prima legal y extralegal de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de semana santa, auxilio de cesantía y sus intereses.

Bajo ese supuesto, adujo que dadas las resultas del proceso es clara la ocurrencia de los hechos aducidos por la gestora del proceso en la carta de renuncia, pues se encuentra probado que la pasiva adeuda tales emolumentos, mora que se evidenció con las pruebas recaudadas. Expuso que acreditado la ocurrencia del hecho y dado que esta causa se encuentra invocada y se enmarca dentro de las justas causas establecidas en el artículo 62 del CST, debía condenarse al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Respecto a la indemnización moratoria sostuvo que esta no opera de manera automática, sino se requiere analizar el elemento de la buena o mala fe con que actúo el empleador. Así, indicó que la encartada debió pagar las acreencias laborales de la trabajadora al finalizar el laborío, sin que lo hubiere hecho, por lo que en principio debe presumirse la mala fe, debiendo por tanto el empleador desvanecer tal presunción. Dijo que la enjuiciada ha venido atravesando una crisis económica derivada, entre otras, de

la disminución de matrículas para el primer semestre del año 2018, lo que desencadenó que las obligaciones financieras quedarán en mora, el embargo de sus bienes y en una operación deficiente, lo que ha dificultado atender oportunamente sus obligaciones patronales.

No obstante, consideró que debe darse aplicación al artículo 65 del CST, esencialmente porque existió un retraso en el pago de las acreencias laborales que van desde el momento del finiquito de la relación del trabajo, adicionalmente, porque las circunstancias de insolvencia del empleador y sus consecuencias no pueden ser trasladadas a sus trabajadores. (Cd. a fol. 160).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **demandada** formuló recurso de apelación indicando en cuanto al despido indirecto que no existió una mala fe de la universidad, en tanto que acorde con su flujo de caja y su capacidad financiera ha venido velando por los intereses de sus colaboradores, entre eso, realizando pagos de $200.000 mensuales, con el fin de cumplir con sus obligaciones.

Expuso que existe fuerza mayor dada la crisis financiera generada desde el año 2018, de manera que con sus colaboradores han tratado de llegar a acuerdos, para el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Indicó que tuvo incapacidad para acogerse a un plan de reorganización debido a que la universidad es una fundación, sin embargo, dada la intervención del Ministerio de Educación Nacional a través de la Resolución núm. 003533 de 2019, se han buscado alternativas para mantener a la universidad. Dijo que lo anterior es la razón del porque se atrasó en los salarios y aportes a la seguridad social, dado a la situación económica por la que atraviesa.

Frente a la indemnización moratoria señaló que nunca desconoció o negó el vínculo contractual con la demandante y lo adeudado, reiterando, que se ha encontrado en una crisis financiera desde el 1° semestre del año 2018, la cual, de la mano con el Ministerio de Educación Nacional ha venido superando. Refirió que el Juzgado Veinticinco Penal Municipal con Función de Conocimiento mediante providencia del 25 de marzo de 2021 se abstuvo de dar apertura al incidente de desacato y sancionar a la universidad, considerando imposibilidad material de dar cumplimiento a la orden de tutela, de ahí que también sirva de fuente para que se deba exonerar de tal sanción moratoria a la universidad. (Cd. a fol. 160).

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) ¿Las causas aducidas por la actora en la carta de terminación del vínculo laboral justifican su proceder para concederle la indemnización por despido indirecto, al considerar que la demandada incumplió sistemáticamente sus obligaciones al no realizar el pago salarial de los meses de octubre a

diciembre de 2018 y de enero a mayo de 2019, así como tampoco aportes al sistema de seguridad social y demás acreencias que ahora son solicitadas en el diligenciamiento?

(i) ¿Se equivocó la juez de primer grado al condenar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en tanto que la accionada considera que no actuó de mala fe?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral que existió entre la actora y Universidad Incca de Colombia, sus extremos temporales, modalidad o duración y la labor que desarrolló. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, las mismas se corroboran con las certificaciones laborales adosadas a folios 15 y 121 del expediente.

Despido indirecto

Sentado lo anterior, se iniciará por establecer si en efecto existe una justa causa que le de soporte a la pretensión declaratoria de despido indirecto, y consecuencialmente al pago de la indemnización por despido injusto. Para el efecto se tiene que la señora Aurora Castro González, solicita el pago de aquella por considerar que la presentación de su renuncia se dio por razones atribuibles a su empleador; argumentos que corresponden a lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado despido indirecto, en virtud del cual, se ha entendido que se presenta cuando el empleador obliga a su trabajador a terminar el contrato de trabajo, bien sea porque directamente lo exige, o bien cuando su actuar conlleva a ejercer presión que necesariamente llevan al trabajador a tomar tal decisión.

En ese sentido, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del CGP, debe acreditar el extrabajador la existencia de las justas causas que invocó en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria.

Ahora, el parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que:

> *"PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."*

Tras lo indicado, se observa que el trabajador también puede dar por terminado el contrato de trabajo con su empleador cuando este considere que el empleador ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones o ha realizado actos que atenten directamente con el desarrollo de sus funciones que transgreden la naturaleza del contrato de trabajo; para lo cual, el trabajador puede invocar las justas causas para dar por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo y reclamar la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, causales que se encuentran de manera taxativa en los artículo 62 y 63 del mismo cuerpo normativo.

Aclarando que no basta sólo con invocar la causal fundada en la Ley para determinar la existencia u ocurrencia de una justa causa para dar por terminada la relación laboral,

sino que es necesario que la parte que quien pretende el finiquito - en este caso la trabajadora por tratarse de un despido indirecto-, deberá señalar los hechos o motivaciones que dan origen a su decisión, tal como lo previó la Corte Constitucional en sentencia C – 594 de 1997.

La razón de lo anterior es por cuanto se permite con ello inferir cuales son las razones de fondo que configuran la justa causa legal para dar por finalizado el vínculo laboral, en desarrollo de los principios de buena fe y lealtad que deben estar inmersas al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-19995-2017, reiteró una vez más lo siguiente:

> *"El despido indirecto, se materializa cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque de antaño se ha precisado, que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (CSJ SL18623-2016)."*

Además de lo anterior, debe recordarse que no es viable invocar hechos ocurridos con una anterioridad excesiva a la fecha de la presentación de la carta de terminación del contrato, por cuanto según lo ha establecido de manera reiterada la jurisprudencia del máximo órgano de la justicia laboral ordinaria, para finalizar una relación laboral con justa causa, las que se invoquen por quien decide romper la relación contractual deben ser mediatas, dentro de un término moderado y razonable, pues de lo contrario se entienden que han sido condonadas.

En conclusión, que quien pretenda presentar su decisión de terminar la relación laboral, deberá, como primera medida, manifestarle a su empleador las razones de la terminación del vínculo, tal cual lo consagra el parágrafo del artículo 62 ibídem; en segundo lugar, deberá indicarse los motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo y, en tercer lugar, demostrar que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador.

Siendo ello así, a folios 12 a 14 del temario se encuentra carta de terminación del contrato de trabajo a la encartada emitida por la actora, donde se expone que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa imputable al empleador. Decisión que obedeció a que la enjuiciada incumplió sistemáticamente en el pago de salarios de los meses correspondientes a octubre, noviembre y diciembre de 2018, enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2019, aportes al sistema de seguridad social, prima legal y extralegal de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de semana santa, auxilio de cesantía y sus intereses.

Como se observa la promotora del litigio comunicó a su empleadora el hecho y los motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales, fundamentalmente se basan en que la encartada incumplió sistemáticamente sus obligaciones, en tanto no realizó el pago de salarios, aportes al sistema de seguridad social y prestaciones legales y extralegales; contexto que sirvió para que la Juez de primer grado impartiera condena, por considerar que en efecto se hallaba demostrado que la pasiva se abstuvo de cancelar las citadas acreencias laborales en vigencia de la relación laboral.

Ahora, expuesta la razón de terminación del vínculo, corresponde acreditar los supuestos esbozados; en esa medida, a efecto de resolver si en el presente asunto alguna de las causales invocadas por la actora en la carta de terminación del vínculo laboral conlleva a establecer la configuración de un despido indirecto, de entrada, advierte la Sala que la A quo no pudo equivocarse al colegir que se encontraba acreditado el incumplimiento sistemático por parte del empleador de sus obligaciones convencionales o legales, pues de cara a las pruebas aportadas al plenario, se puede verificar que en efecto la demandada, en su calidad de empleador, se abstuvo de pagar salarios comprendidos entre octubre, noviembre y diciembre de 2018 y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2019, sin justificación alguna; aspecto que sin duda llevó indefectiblemente a la actora a renunciar ante la persistencia en la falta del pago de la remuneración por los servicios prestados.

En este punto, debe precisar la Sala que es inadmisible la justificación que señala la encartada en el impago de salarios al momento de sustentar la alzada, cuando considera que se abstuvo de cancelar los mismos dada las dificultades financieras por las que atraviesa la universidad; pues, como lo ha dicho la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia "*las dificultades por las que eventualmente pueda atravesar un sector de la economía, no pueden servir de excusa para que el empleador deje de honrar las obligaciones a su cargo*" (SL3012-2021).

Bajo ese norte, es claro que le asiste razón a la cognoscente de primer grado cuando concluye que le asiste a la actora derecho al pago de la indemnización por terminación del contrato originada en causas imputables al empleador, pues como se dijo, fluye palmario que éste incumplió con su deber de pagar la remuneración en la forma pactada a la trabajadora de forma sistemática y en contravención a lo previsto del numeral 4° del artículo 56 del CST. Motivos suficientes para confirmar la sentencia en lo que hace a este punto de reproche.

Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

En lo atinente a este punto de censura, aduce la recurrente que como empleadora actuó de buena fe dada la intervención que efectuó el Ministerio de Educación Nacional, el cual dispuso medidas preventivas para propender por la solución de la problemática financiera que presenta, aspecto que llevó a la imposibilidad de cancelar prestaciones sociales y salarios a la gestora del litigio a la finalización del nexo contractual.

Frente a este reproche cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del

contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, en tanto que no existe justificación válida y tendiente a que la enjuiciada se abstuviera de cancelar a la finalización del contrato de trabajo existente entre las partes prestaciones sociales y salarios, sin que sea dable atender lo relacionado con su difícil situación económica o la intervención que realizó el Ministerio de Educación Nacional, para frenar la crisis financiera, como lo pretende la censura, pues tales circunstancias no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, al señalar que:

> *"En un caso de similares contornos, en el que funge la misma recurrente, providencia CSJ SL3288-2021, se indicó que no era ajeno a la Sala que la fundación universitaria demandada atravesaba una grave crisis institucional que conllevó la vigilancia especial del Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Educación. Igualmente, se tuvo presente en aquella oportunidad, que aquella entidad ordenó la aplicación de «institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín», conforme a lo previsto en la Ley 1740 de 2014, a fin de garantizar la continuidad del servicio público de educación superior. En ese orden el Ministerio de Educación profirió la resolución n.º 01702 del 10 de febrero de 2015, con el objeto de adoptar medidas tendientes a contrarrestar la crisis que enfrentaba la accionada, medidas transitorias, que de acuerdo con lo expuesto por la Corporación, no deben desconocer las obligaciones que recaen sobre la institución educativa accionada, a quien le corresponde determinar la forma como atenderá el pago de sus acreencias.*
>
> *En ese orden, las razones esgrimidas por la censura no tienen la solidez suficiente para derruir las conclusiones del Tribunal, en el sentido de que, previo a la intervención del Ministerio de Educación, la Fundación aquí demandada ya venía sustrayéndose del pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenía derecho el actor. Además, la «suspensión de pagos» aludida, conforme lo previsto en el artículo 14 de la citada Ley 1740 de 2014, requería la autorización previa del Ministerio de Educación Nacional y recaía sobre las obligaciones causadas hasta el momento en que se dispuso la medida, esto es, 10 de febrero de 2015, no posteriores como aquí acontece, si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo finalizó el 17 de junio siguiente."* (SL5161-2021)

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que le asiste razón a la sentenciadora de primer grado al imponer su condena, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de que la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido pagadas las prestaciones sociales y salarios a la finalización del vínculo laboral que ató a las partes, toda vez que las razones dadas por la encartada lejos están de tenerse en cuenta para los efectos que pretende. De hecho, tampoco se pueden atender las disquisiciones que llevaron al Juzgado Veinticinco Penal Municipal con Función de Conocimiento a abstenerse de iniciar trámite incidental en contra de la Universidad Incca de Colombia, donde también es parte la accionante, en la medida que sus intelecciones se efectuaron con base en las reglas que se limitan únicamente a la acción de tutela y no al asunto que hoy concita la atención de la Sala.

Por lo expuesto, habrá de confirmarse en su integridad la decisoria de la juez primigenia.

Costas.

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

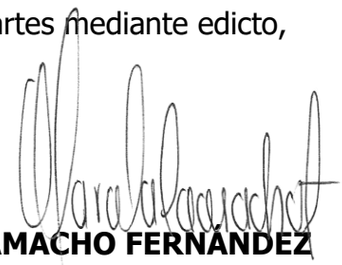
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2021, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

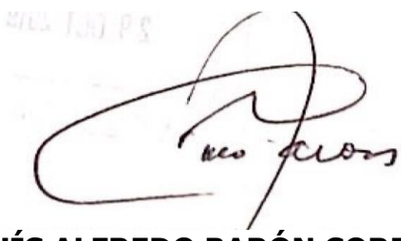
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	EDGAR CHAJID KAIRUZ HERNÁNDEZ
Demandada:	ECOPETROL S.A.
Radicado No.:	05-2013-00474-05
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDANTE – REVOCA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda.

1.1. Pretensiones. Edgar Chajid Kairuz Hernández instauró demanda ordinaria contra Ecopetrol S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo de 1 año desde el 13 de mayo de 1987 al 28 de diciembre de 2009, el cual terminó en virtud del reconocimiento de la pensión de jubilación; así mismo que las cláusulas que se incorporan al contrato de trabajo del 18 de diciembre de 2007 y 16 de septiembre de 2008 son ineficaces en los términos del artículo 43 del CST, por ser además contrarias a las versiones 4, 5 y 6 expedidas por la Dirección de Relaciones Laborales y Vicepresidencia de Talento Humano.

En consecuencia de dichas pretensiones de orden declarativo solicitó que se condene a la encartada a la reliquidación de las siguientes prestaciones, teniendo en cuenta para ello las sumas de dinero que denominó como estímulo de ahorro económico mensual:

- Auxilio de cesantía, intereses a las cesantías y vacaciones desde el 19 de diciembre de 2007 al 27 de diciembre de 2009.
- Prima de servicios correspondiente al primer semestre de 2008 y hasta el 27 de diciembre de 2009.
- Bonificación especial de naturaleza extralegal, conforme al Acuerdo 01 de 1977, correspondiente al periodo con corte a mayo y noviembre de 2008 y mayo y noviembre de 2009, equivalente al 80% del salario básico mensual.
- Prima de vacaciones de naturaleza extralegal, causadas desde el 1 de diciembre de 2007 y hasta la fecha terminación de la relación laboral.
- Mesadas pensionales a partir del 28 de diciembre de 2009 y en adelante, teniendo en cuenta para ello el promedio de la totalidad de sumas constitutivas de salario

durante el último año de servicio, incluido el estímulo de ahorro económico mensual.

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

Se declare que la demandada no efectuó aumentos y ajustes sobre el salario básico al que tenía derecho en igualdad de condiciones con el personal de trabajadores no jubilables al 31 de julio de 2010, de acuerdo con las versiones 4, 5 y 6 expedidas por la Dirección de Relaciones Laborales y Vicepresidencia de Talento Humano, junto con la nueva política de compensación salarial aprobada mediante Acta núm. 075 del 5 de octubre de 2007. En consecuencia, se condene a la encartada a lo siguiente:

- Los aumentos y ajustes sobre el salario básico en las mismas oportunidades, proporciones y condiciones en que se efectuaron los ajustes al salario básico del personal de trabajadores directivos, técnicos y de confianza a partir del 18 de diciembre de 2007 al 27 de diciembre de 2009.

- Reliquidación de las siguientes prestaciones, teniendo en cuenta para ello las sumas de dinero en el mismo porcentaje y oportunidad en que se efectuaron los aumentos y ajustes sobre el salario básico al personal de trabajadores directivos, técnicos y de confianza vinculados laboralmente a Ecopetrol S.A., no jubilables al 31 de julio de 2010:

- Auxilio de cesantía, intereses a las cesantías y vacaciones desde el 19 de diciembre de 2007 al 27 de diciembre de 2009.

- Prima de servicios correspondiente al primer semestre de 2008 y hasta el 27 de diciembre de 2009.

- Bonificación especial de naturaleza extralegal, conforme al Acuerdo 01 de 1977, correspondiente al periodo con corte mayo y noviembre de 2008 y mayo y noviembre de 2009, equivalente al 80% del salario básico mensual.

- Prima de vacaciones de naturaleza extralegal, causadas desde el 1 de diciembre de 2007 y hasta la fecha terminación de la relación laboral.

- Mesadas pensionales a partir del 28 de diciembre de 2009 y en adelante.

En todo caso, pidió indemnización moratoria e intereses, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

1.2. Sustento fáctico de las pretensiones.

Señaló en síntesis que suscribió contrato de trabajo a término fijo de un año, a partir del 13 de mayo de 1987, adhiriéndose al Acuerdo 01 de 1977, aplicable al personal directivo, técnico y de confianza, desde el inició de la relación laboral y hasta que se adhirió a la convención colectiva de trabajo el 31 de mayo de 2005; posteriormente del 27 de febrero de 2006 al 18 de diciembre de 2009, fecha en la que nuevamente se adhirió a la convención. Refirió que se encontraba cobijado por el régimen exceptuado de pensiones establecidas para el personal convencional denominado PLAN 70, razón por la que se le reconoció pensión de jubilación a partir del 28 de diciembre de 2009, con una mesada inicial de $6.698.575.

Expuso que mediante acta núm. 075 del 5 de octubre de 2007 se aprobaron los lineamientos generales que fundamentan la nueva política de compensación, sin que las compensaciones fijas y variables tuvieran incidencia salarial. Dijo que mediante comunicación del 18 de diciembre de 2007 se le comunicó la aprobación de un estímulo al ahorro económico mensual, a través de aportes voluntarios que se realizarían a la AFP que elija, por una suma de inicial de $1.750.600, la cual, no tendría carácter salarial en los términos del artículo 128 del CST; siendo por tanto ineficaz. Agregó que la encartada procedió a consignar de manera quincenal en el fondo de pensiones voluntarias de Skandia sumas bajo el concepto de estímulo al ahorro económico mensual.

Luego de hacer alusión a las Política de Compensación ECP-VTH-D-001 de octubre de 2008, versión 5 y ECP-VTH-D-001 de febrero de 2009, versión 6, señaló que el único tipo de compensación que no tendría incidencia laboral era la relativa al pago del bono variable por resultados, que se otorga por el cumplimiento de los objetivos empresariales, de manera que la sola circunstancia de que suscribiera una cláusula adicional a su contrato de trabajo, no justifica la conducta del empleador de negarle el reconocimiento de sus derechos, que por su naturaleza son irrenunciables.

Frente a las situaciones fácticas que apoyan las pretensiones de orden subsidiario señaló que la encartada a través del Acta núm. 075 de 2007 aprobó las nuevas políticas de compensación, sin que contemple que para el personal de la empresa que estuviera próximo a pensionarse o personal con alto riesgo de desvinculación no tuviera derecho a incremento de su compensación fija, ni que las compensaciones fijas y variables no tendrían incidencia salarial, o que las mismas fueran discriminatorias. Expuso que su empleador efectuó los incrementos generales anuales a los trabajadores, pero no realizó las acciones salariales establecidas por la Junta Directiva de Ecopetrol S.A., a través de la aprobación de la citada acta.

Indicó que la accionada efectuó los ajustes salariales periódicos a los trabajadores de la empresa que no estaban próximos a obtener el derecho a la pensión de jubilación, aspecto que considera le creó una situación de inequidad con los demás compañeros de trabajo que no iban a obtener su jubilación al 31 de julio de 2010, que desempeñan iguales o similares actividades y tenían menos experiencia en términos generales.

Finalmente, en la reforma a la demanda adiciona que la dirección de relaciones laborales y desarrollo de la accionada expidió la Política de Compensación ECP-DLD-D-001 de abril de 2006, mediante la cual se determinó el plan de transición con el objetivo de normalizar la estructura salarial de cada nivel y propender por la retención del personal que ocupa cargos claves, permitiendo incrementar el salario básico del personal según las condiciones establecidas en el anexo 3. Refirió que para el mes de abril de 2006 no devenga a título de salario ni siquiera un ingreso monetario para el nivel mínimo, además, a pesar de estar incluido dentro de la hipótesis para haber sido beneficiario del Plan de Transición, no se le efectuaron ajustes salariales en las oportunidades señaladas julio de 2006 y mayo de 2007. (Expediente digital, PDF 001. 11001 31 05 005 2013 00474 00 CUADERNO 1, págs. 5 a 103, 337 a 354; PDF 002. 11001310500520130047400 CUADERNO No 2, págs. 370 a 379).

2. Contestación de demanda. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el vínculo laboral con el actor terminó el 28 de diciembre de 2009, dado al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional por plan 70, ya que prestó servicios por el término de 22 años, 7 meses y 15 y contar en ese momento con 48 años. Expuso que no se puede declarar la ineficacia de la cláusula adicional al contrato de trabajo que le resta incidencia salarial al estímulo al ahorro, con fundamento en el artículo 128 del CST, ya que fue suscrita expresamente por el demandante, libremente y sin apremio alguno.

Expuso que el estímulo al ahorro no constituye salario por no ser una contraprestación directa del servicio, toda vez que se reconoce de mera liberalidad de la empresa y es un ahorro para la pensión de jubilación, que mes a mes desde el año 2007 hasta la fecha de retiro, lo percibió a título de deducciones de ley o autorizados, consignándose al fondo de pensiones escogido libremente por el trabajador.

De otro lado, manifestó frente a las pretensiones de orden subsidiario que no efectuó los aumentos y ajustes al salario básico con base en el personal de trabajadores no jubilables a 31 de diciembre de 2010, porque la diferencia entre grupos de trabajadores cuenta con una base objetiva, proporcional y justificada respaldada en la diferencia creada por la Ley 50 de 1990, tratándose al régimen de cesantías, Ley 797 de 2003 y al Acto Legislativo 001 de 2005, en cuanto al régimen pensional se refiere.

Indicó que no se puede afirmar que exista igualdad de condiciones respecto del personal con régimen tradicional de auxilio de cesantía comúnmente denominado "retroactividad de cesantía" y el personal próximo a jubilarse bajo el régimen exceptuado que administra la empresa, mediante el cual reconoce y paga directamente la pensión de jubilación; frente a los trabajadores que son afiliados obligatorios al subsistema de seguridad social en pensiones y el personal cuyas cesantía se encuentran regidas por la Ley 50 de 1990.

Explicó que lo anterior en tanto que las cesantías se liquidan año a año, recibiendo un menor valor el trabajador, en razón a que no se tiene en cuenta todo el tiempo de servicio desde el inicio del contrato, de allí la diferencia con la retroactividad de las cesantías que es por todo el tiempo y desde el inicio del contrato con el último salario que devengue el trabajador. Mientras que, respecto a la seguridad social, el régimen general de pensiones es menos beneficioso para los trabajadores afiliados en razón al monto de la pensión de vejez, lo que los hace estar en inferioridad de condiciones frente al régimen exceptuado que otorga una pensión de jubilación por puntos (dado por la edad y el tiempo de servicios, que sumados esos dos componentes debe arrojar la cantidad de 70), hasta el 31 de julio de 2010, en una cuantía del 75% sobre el último salario promedio del último año de servicios, de ahí que la diferencia entre unos y otros y, del porque la justificación de la compensación.

En su defensa propuso la excepción previa no agotamiento de la vía gubernativa respecto al bono de retención y desempeño, prima de vacaciones y auxilio por años de servicios; y como de fondo las que denominó falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y enriquecimiento injusto, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 002. 11001310500520130047400 CUADERNO No 2, págs. 1 a 36).

3. Contestación reforma de demanda. Frente a este aspecto la demandada negó las situaciones fácticas expuestas, indicando que la política de compensación puesta en ejecución corresponde a la aprobada por la Junta Directiva mediante Acta núm. 075 de 5 de octubre de 2007, por tanto, versiones anteriores nada tienen que ver con la adoptada por la empresa. (Expediente digital, PDF 002. 11001310500520130047400 CUADERNO No 2, págs. 390 y 391).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de mayo de 2021, en la que el fallador condenó a la encartada a reliquidar prestaciones sociales legales, vacaciones, intereses sobre cesantía, prima de servicios, vacaciones por los años 2008 y 2009, teniendo en cuenta un salario real de $9.561.683 y $10.017.450 respectivamente; reliquidación de la mesada pensional en la suma de $10.093.959 a partir del 29 de diciembre de 2009, junto con sus reajustes legales. Autorizó a la demandada descontar lo cancelado por dichos conceptos y declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la sanción moratoria.

Para los fines que interesa al recurso de apelación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar si el concepto denominado estímulo al ahorro tiene connotación salarial y, por ende, la procedencia de la reliquidación de prestaciones y pensión reconocida al actor. De forma subsidiaria si procede la reliquidación de los derechos con base en las acciones salariales dispuestas por las políticas de compensación en Acta núm. 075 de 2007 y sus anexos. Con miras a resolver los cuestionamientos planteados, en primer lugar, anotó que no se encuentra en discusión la existencia de la relación laboral y el reconocimiento del derecho pensional que se realizó el 28 de diciembre de 2009. Así, indicó que Ecopetrol S.A. allegó documento que señala el contexto o justificación de la política de compensación, no obstante, descubrió una "*falta de competitiva"* de la empresa frente al mercado de los trabajadores del sector petrolero y un riesgo inminente de fuga del capital humano, ya que estaban siendo enganchados en otras empresas dada la poca remuneración de los trabajadores de Ecopetrol en comparación a otros del mismo sector.

En tal sentido, sostuvo que la forma en que la enjuiciada corrigió la salida de trabajadores fue mejorar los salarios y por ende diseñar una política y esquema de compensación, previendo efectivamente que el personal joven se retirara, además, por cuanto el personal antiguo se encontraba próximo a pensionarse. Bajo ese entendimiento, indicó que a "*prima facie si podría darse la conclusión de que fue una distribución razonable, es decir, distribuir diferentes grupos, establecer que trabajadores tenían cesantías retroactivas y cuales no tenían (…), que trabajadores estaban próximos a pensionarse, cuales no y llegó a la conclusión de clasificar, efectivamente al demandante, no se discute que el renunció a las cesantías retroactivas, le dieron $26.000.000 y quedó en el grupo de próximos a pensionarse"*, de manera que el objetivo fue claro que "*para evitar impactar en una pensión no le considera salario el estímulo al ahorro"*

Hizo notar que el empleador no puede considerar si aumenta salarios o no dependiendo de la consecuencia de esa nivelación, dado que está discriminando a ese trabajador, de manera que debió asumir "*que, si iba impactar salarialmente la compensación de un trabajador, independientemente de si se iba a pensionar con las reglas de Ecopetrol, régimen exceptuado o con Ley 100, ese no es un argumento proporcional y razonable de discriminación, porque finalmente está reemplazando el salario*". Así las cosas, refirió que el demandante al hacer las mismas funciones de sus pares, de acuerdo con el dictamen allegado, mismo que fue descorrido en silencio por las partes, devengó menos que los otros trabajadores que no tienen la misma experiencia.

Agregó que, si bien no se solicitó nivelación salarial, es decir, trabajo igual salario igual, "*el caso es cómo resolvió esa inequidad Ecopetrol, le apostó a reconocerle un concepto denominado estímulo al ahorro a aquellos que se iban a pensionar"*, aspecto que sin duda tocó el salario. Aludió a las sentencias T-969 de 2010 y T-589 de 2011, las cuales aunque señalaron que a prima facie no se advertía que el estímulo de ahorro tuviera carácter salarial, también lo es que lo fue en razón a que su estudio debía hacerse por el juez natural; además, que si bien en sentencia SL – 1655 de 2020 se negó la incidencia salarial, no obstante, compartía las consideraciones esgrimidas en el salvamento de voto del magistrado Jorge Prada Sánchez, debiéndose por tanto corregir o rectificar ese criterio, "*porque estamos equivocando efectivamente el origen, la génesis de estímulo al ahorro con las consecuencias prácticas, para el caso de don Elbert, situación que este operador pues no va patrocinar y deja salvada así su criterio (…).*"

Por todo lo anterior concluyó que debía tener al estímulo de ahorro como constitutivo de salario, siendo procedente reliquidar los conceptos relacionados en las pretensiones principales. Frente a la excepción de prescripción propuesta indicó que dada a la fecha en que le fue reconocida la pensión de jubilación, la fecha de reclamación administrativa y radicación de la demanda, ningún concepto pretendido está prescrito. (Expediente digital, audio 003. Audiencias Art. 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001 31 05 005 2013 00474 00-20210521_090304-Grabación de la reunión).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **demandada** formuló recurso de apelación indicando la sentencia de primer grado a violentado el precedente vertical de este Tribunal y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y horizontal de los pares, a lo que suma que los salvamentos de voto no constituyen el carácter de precedente judicial. En ese sentido, señaló que en el proceso no está demostrado que el estímulo al ahorro fuera una retribución directa del servicio, ya que con la Ley 50 de 1990 se modificaron la forma de calificar el salario, es decir, que fuera retribución directa del servicio, más no que fuera permanente o habitual.

Adujo que la política de Ecopetrol no es una compensación salarial, sino, de ingresos monetarios, dado que no todos los ingresos que tenga el trabajador son salario, ello en atención a que la Ley 50 de 1990 señala que hay incentivos que no constituyen salario, por ser ingresos. Indicó que la Política de Compensación se establecieron 4 grupos distintos, mirando hacia el futuro el recurso humano, de allí que la Sala Permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en forma plena adoptó que el estímulo al ahorro no constituye salario, dado a esos grupos de trabajadores fueron clasificados, ya que existen diferencias en la causa, es decir, en la constitución, la ley y sus ingresos.

Indicó que el artículo 128 del CST permite que las partes se pongan de acuerdo y plasmen su consentimiento en quitar los efectos salariales de determinados rubros, aspecto que obvió analizar el A quo. Adujo que el actor no tenía la disponibilidad de utilizar el estímulo al ahorro, menos de forma inmediata, por ende, le faltaba una de las cualidades del salario, es decir, disponibilidad. De otro lado, refirió que el perito debió ir a audiencia a rendir el dictamen, oportunidad en la que debió correrse traslado de aquel, dado a que es un juicio oral, además, señaló que por el hecho de no haber objetado la experticia no por ello es plena prueba. Arguyó que la representante legal de la empresa tuvo que admitir las diferencias, en tanto que es una realidad, pero no por ello hay que volverlo salario.

Adicionó que frente a la prescripción de prestaciones o salarios que se pagan en tracto sucesivo, va corriendo mes a mes, de manera que hay que mirar la forma en cómo se paga el derecho y la manera que se exige el mismo, por lo que el Juzgador de primer grado debió revisar que acreencias de tracto sucesivo existieron y cuales estaban afectadas por el citado fenómeno prescriptivo. (Expediente digital, audio 003. Audiencias Art. 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001 31 05 005 2013 00474 00-20210521_090304-Grabación de la reunión).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. Alegó en su favor que la génesis de la nueva Política de Compensación, creada por parte de Ecopetrol S.A., surgió por la necesidad de conjurar la desbandada de trabajadores antiguos al servicio de Ecopetrol y la dificultad de contratar nuevo personal de trabajadores para el servicio de Ecopetrol, efecto para el cual contrató, un estudio con la firma HAY GROUP. Indicó que el referido estudio arrojó como resultado que, con respecto a la paga fija, dada por Ecopetrol a sus empleados, con respecto a lo devengado por empleados del sector petrolero a nivel nacional e internacional, existía una brecha de más del 70%, lo cual debería corregirse si quería ser competitivo.

Refirió que fue ubicado en el grupo núm. 2, es decir trabajadores sin retroactividad de cesantías y con posibilidad de jubilación a cargo de la empresa para el 31 de julio de 2010, a quienes no se le ajustó su salario como si ocurrió con los trabajadores del grupo No.1, sin retroactividad de cesantías y sin jubilación a cargo de la empresa para el 31 de julio de 2010, a quienes si les fueron ajustados sus salarios, como dan cuenta las certificaciones expedidas por Ecopetrol y el dictamen pericial.

Señaló que como la construcción de cada grupo obedeció a dos variables, trabajadores con o sin retroactividad de cesantías, y/o trabajadores con o sin posibilidad de pensión a cargo de la empresa, es decir, los únicos elementos que Ecopetrol tuvo en cuenta para efectuar los ajustes salariales y su incidencia prestacional, fueron, el régimen de cesantías y el régimen de pensiones, y como la corte constitucional lo ha sostenido en múltiples y reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, dichos criterios, no son ni objetivos, ni proporcionales, ni racionales, y cualquier distinción creada sobre estos supuestos, constituyen actos de discriminación, como en efecto acaeció en el presente asunto y así lo encontró el A-quo.

6.2. Demandada. En su escrito de alegaciones indicó que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el estímulo al ahorro no es salario dada la finalidad perseguida del mismo y que no se puede comparar con trabajadores nuevos porque la situación es distinta entre el demandante y los traídos al proceso, que como dice la Corte, el a quo hizo un análisis simplista, sin traer a colación un examen más profundo sobre el tópico de la discriminación y por ello, debe ser revocada por este Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿El concepto de estímulo al ahorro constituye factor salarial, en caso positivo, es procedente reajustar las cesantías y sus intereses, vacaciones y beneficios extralegales, así como la pensión de jubilación?

(ii) De no ser así, se entrará a verificar ¿El salario del actor debe nivelarse con el salario devengado por el señor "Luis Ernesto Rojas Jaime"?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, tampoco su modalidad y duración, ni la labor que ejerció durante el nexo laboral; menos aún que le fue reconocida pensión de jubilación a partir del 28 de diciembre de 2009 por parte de su empleador; aspectos que además se corroboran con el contrato de trabajo y su otrosí, (Expediente electrónico, PDF 002. 11001310500520130047400 CUADERNO No 2, págs. 89 a 97 y 111) y el reconocimiento pensión de jubilación, (Expediente electrónico, PDF 002. 11001310500520130047400 CUADERNO No 2, págs. 114 a 116).

Estímulo al ahorro

Lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si el estímulo al ahorro tiene incidencia salarial para efecto de liquidar auxilio de cesantía e intereses a las mismas, vacaciones, prestaciones extralegales y pensión de jubilación, ya que la demandada se queja de la intelección que llevó el A quo al determinar que es salario, considerando, entonces, que los citados conceptos no constituyen una verdadera retribución directa del servicio, en tanto que consiste en la entrega de un aporte voluntario con destino a un

fondo de pensiones cuyo monto variaba de acuerdo con la política de compensación empresarial.

Bajo tal contexto, cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones, tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

> *"…es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo…"*

Señala además la CSJ que "*aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello,*

en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que *"…por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

Con fundamento en el anterior soporte normativo y jurisprudencial, se debe analizar los medios de convicción para establecer si las sumas que cancelaba la empleadora al actor, denominadas como estímulo al ahorro, constituían salario en los términos del artículo 127 del CST, es decir, si las recibía como contraprestación directa del servicio, o si por el contrario, ese pago no tenía esa connotación a voces del artículo 128 ibídem, por ser beneficios otorgados en forma extralegal por el empleador, y además haber dispuesto las partes expresamente restarle la incidencia salarial.

Para tal efecto, debe decir la Sala que ciertamente la empleadora en reunión de junta directiva del 5 de octubre de 2007 aprobó nueva política de compensación, en respuesta a los requerimientos de competitividad en materia laboral exigidos para atraer y retener el talento humano requerido para cumplir con los nuevos retos de la empresa, según se lee allí, misma que se implementó previa definición de cuatro grupos de trabajadores estandarizados a partir de los regímenes de cesantías y pensiones que les resultaban aplicables a quienes se les incrementó el ingreso monetario a través de un aumento en el salario básico y a otros en el reconocimiento de una suma de dinero representada en un aporte a un fondo de pensiones voluntarias; de manera que a aquellos grupos 1 y 3 sin retroactividad de cesantías o con retroactividad de las mismas, pero sin jubilación a cargo de la empresa, se les incrementó o ajustó el salario básico en determinado porcentaje, mientras que a los grupos 2 y 4 con o sin retroactividad de cesantías pero con posibilidad de pensionarse a cargo de la empresa, con el aporte al fondo de pensiones voluntarias, supuesto este en el que se ubicó el actor, dado que por haber ingresado antes de entrar en vigor Ley 50 de 1990 tenía derecho a la retroactividad de sus cesantías y adicionalmente tenía posibilidad de pensionarse por la empresa.

De esta manera, según se señala en comunicación adiada 16 de septiembre de 2008, el empleador otorgó al trabajador *"un Estímulo al ahorro económico mensual, a través de aportes voluntarios a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) que usted elija por una suma inicial de $6.235.100 (…) que será variable y condicionada en función, entre otras, de la política de compensación vigente que usted conoce, aprobada mediante Acta No. 075 del 5 de octubre de 2007 (…)"*. El mismo instrumento reseña que fue sometido a consideración del actor la cláusula adicional al contrato de trabajo, según la cual, *"Las partes expresamente convienen que conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, el monto del estímulo al ahorro que pueda llegar a reconocer esta Sociedad, considerando que tiene la connotación de ser variable y condicionado en función de la política de compensación vigente, el cargo desempeñado y la*

estructura salarial de ECOPETROL S.A., no constituye salario y, en consecuencia, no se tomará en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales legales o extralegales que le correspondan al trabajador"; comunicación suscrita por el promotor de la litis en señal de aceptación, sin que hubiera sido tachada o redargüida por éste en el trámite procesal.

En ese contexto, las partes convinieron expresamente que el monto denominado estímulo al ahorro no constituía salario y en consecuencia no se tomaría en cuenta para liquidar acreencias laborales legales o extralegales, de manera que tratándose de un rubro concedido unilateralmente por la empresa y por mera liberalidad dado que no encuentra consagración legal, contractual o convencional, y existiendo pacto de exclusión salarial, surge como evidente que se estaría ante la hipótesis regulada en el art 128 del CST, esto es, ante un pago no constitutivo de salario por corresponder a un beneficio o auxilio habitual pero concedido en forma extralegal por el empleador, y haber dispuesto expresamente las partes restarle esa connotación salarial.

No obstante, conforme a la jurisprudencia citada estos acuerdos son válidos y eficaces, siempre que los rubros pagados no tengan connotación salarial, por lo que resulta forzoso desplegar el análisis probatorio pertinente, en aras de establecer si se efectuaban como contraprestación del servicio marcándose dentro de la definición de salario o en realidad constituían pagos extralegales que no remuneran la labor ejecutada por el actor. En esa orientación necesario resulta examinar la finalidad con que se otorgaban, misma de la que solo dan cuenta las documentales antes reseñadas, pues no allegó prueba distinta la parte actora.

Tales medios de convicción dan cuenta que la política de compensación creada a partir de 2007 fue concebida para igualar monetariamente a los distintos grupos de trabajadores que en razón a los regímenes de cesantías y pensiones que les eran aplicables, tenían diferencias en sus condiciones laborales y que desde luego resultaban desfavorables a unos, procurando un incremento efectivo anual en el ingreso monetario equitativo para todos ellos, tomando como referente el 20% de la mediana del sector petrolero. Luego el estímulo al ahorro del que se benefició el actor por pertenecer al grupo de trabajadores con retroactividad de cesantías y posibilidad de pensión a cargo de la empresa enjuiciada, no tenía el propósito de remunerar individualmente el servicio prestado, al obedecer a una política de compensación creada por la empleadora con el propósito de superar la diferenciación monetaria entre los diversos grupos de trabajadores de la empresa; aunado a que se debe tener en cuenta que las sumas liquidadas por ese concepto no ingresaban directamente a su patrimonio, puesto que se transferían como aportes a un fondo de pensiones voluntarias, sin que por esa razón el actor estuviera en posibilidad de disponer a su arbitrio de ellas, o les pudiera dar una destinación diferente a cubrir las contingencias propias del sistema general de pensiones.

Y es que al revisar la naturaleza del estímulo al ahorro reconocido extralegalmente, la Sala observa que su objetivo fue el de *"mantener la equidad entre todo el grupo poblacional de ECOPETROL"* frente a los diferentes grupos que surgieron con motivo de las reformas introducidas por las Leyes 50 de 1990 y 797 de 2003, así como el Acto Legislativo 01 de 2005, que beneficiaron especialmente a los trabajadores más antiguos, entre ellos, los pertenecientes al Grupo 4 en el que se encontraba el accionante, frente a aquellos que no podían acceder a tales ventajas por haber ingresado a laborar con posterioridad a las reseñadas reformas.

En ese sentido, el beneficio no fue otorgado para retribuir el servicio al demandante, de allí que sea desacertado el A quo cuando señaló que el pago que se efectuaba a través del fondo de pensiones de la preferencia del trabajador constituía salario, cuando quiera que la razón para que se entregará tal suma fue dado a la política de compensación cuyo objetivo, se reitera, fue contrarrestar la falta de competitividad de la empresa y el retiro

de trabajadores, frente a los esquemas del sector privado de la industria petrolera, de allí que ante la existencia de regímenes especiales en Ecopetrol, como los de retroactividad de cesantías y acceso a pensión en régimen de excepción, no era viable aplicar un aumento generalizado, por tanto, acudió a un tratamiento diferencial pero equitativo entre los cuatro (4) grupos poblacionales de trabajadores, que derivó en el pago de lo que se denominó estímulo al ahorro del cual se benefició el promotor del litigio al encontrarse dentro de este grupo de trabajadores.

Así las cosas, al haberse demostrado la finalidad con que fue otorgado el beneficio de estímulo al ahorro, ha de concluirse que ese pago no remuneraba la labor, es decir, no se recibía como contraprestación directa del servicio, de ahí que no aparezcan las características esenciales para catalogarlo como salario no obstante su habitualidad en el pago y, por ende, podían las partes voluntariamente acordar el carácter no constitutivo de salario, conforme a la facultad que otorga el artículo 128 del C.S.T., como en efecto ocurrió.

Refuerza lo anterior el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que sobre el tema ha fijado, entre otras, en sentencia SL-033 de 2022 y que ha señalado que:

> *"De la lectura del medio de convicción acabado de reproducir, que es igual al visible a folios 559 y ss. se evidencia que el aquí recurrente y la sociedad convocada a juicio, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 128 del CST, acordaron el pago de un estímulo al ahorro de carácter variable, el cual se cancelaría por aportes voluntarios a través del fondo de pensiones que el trabajador eligiera y manifestaron de forma expresa que no constituiría salario. Asimismo, da cuenta de que el trabajador aceptó el ofrecimiento, pues lo firmó en señal de aceptación, sin reparo alguno.*
>
> *Entonces, frente al pago que se efectuaba a través del fondo de pensiones de la preferencia del trabajador casacionista, era razonable entender, tal y como lo hizo el Tribunal, que ese beneficio no fue otorgado para retribuir el servicio del demandante y, por ende, era válido excluir dicha prerrogativa de la base salarial para liquidar las prestaciones sociales. Así, lo que emerge del documento contentivo del acuerdo entre las partes, no brinda elementos contundentes a partir de los cuales pudiera derivarse que el estímulo al ahorro tuviera naturaleza salarial, máxime si, como lo evidenció el Tribunal, en el proceso no aparece demostrado que el consentimiento del trabajador recurrente hubiese estado viciado de error, fuerza o dolo.*
>
> *Además de lo anterior, es importante memorar que esta Sala ya se ha pronunciado sobre la validez y eficacia de estos acuerdos, resaltando que su finalidad no es retribuir directamente el servicio de los trabajadores de Ecopetrol S.A., no obstante, su periodicidad en el pago. En efecto, la Sala mediante sentencia CSJ SL1279-2018, reiterada en la decisión CSJ SL2467-2019, puntualizó:*
>
> > *Conforme a lo dicho, como en el acuerdo transcrito en renglones anteriores de adición al contrato de trabajo, se consignó claramente que el pago acordado por «estímulo al ahorro» se aplicaría a través del fondo de pensiones que la trabajadora eligiera, es dable entender que no fue otorgado para retribuir el servicio de la demandante, no obstante, su periodicidad de entregase mensualmente, y por ello, bajo la órbita de lo que muestra tal prueba documental, no puede tenerse en rigor como salario.*
> >
> > *De suerte que, resultaba válido para el empleador demandado, excluir dicho rubro de la base salarial para liquidar prestaciones sociales, que se itera, su carácter no salarial fue aceptado por la actora quien pertenecía al antiguo régimen prestacional de cesantías, máxime que la censura no alude a la existencia de algún vicio del consentimiento.*

De lo expuesto se sigue, la legitimación del pacto de exclusión salarial suscrito por las partes el 16 de septiembre de 2018, respecto al beneficio denominado *"estímulo al ahorro"*, en consecuencia, nada imponía a la empresa incluirlo en la liquidación de prestaciones sociales legales y extralegales del actor, así como en la pensión de jubilación reconocida por aquella. Así las cosas, atendiendo que el cognoscente de primer grado arribó a una conclusión distinta, se impone revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, absolver a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones de orden principal que se esbozaron en la demanda.

Nivelación salarial

Sobre este aspecto debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127".*

Al respecto, la jurisprudencia resulta ilustrativa para entender los alcances de la enunciación legal y para el efecto en la sentencia SL3165-2018 radicado 69663 del 25 de julio de 2018, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia indicó: *"la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia. (…) Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7.° de la Ley 1496 de 2011, la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva"*

Del mismo modo, en sentencia SL5464-2015, que trajo a colación la sentencia SL 24272, 10 jun. 2005, en la cual la Alta Corporación recordó: "*es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc".*

Bajo esa tesitura, misma que sirve para orientar esta decisión, busca el actor que se le nivele salarialmente en relación con los trabajadores no pensionables, como el señor Luis Ernesto Rojas Jaime, porque según su parecer, a estos se les incrementó sus ingresos salariales de manera notable, mientras que, en su calidad de pensionable, se le efectuaron apenas algunas actualizaciones del salario, que no pueden ser considerados como reales incrementos; planteamiento del que pretende mostrar un posible trato desigual, del que corresponde a la Sala, con fundamento en las pruebas practicadas, determinar si existen razones que de manera objetiva lo justifiquen.

Conforme a los presupuestos señalados y atendiendo a la distribución de cargas probatorias, corresponde en primer lugar a la activa, la acreditación del trato diferenciado en materia salarial, y la identidad de cargo y funciones con referencia a otro trabajador, para que una vez establecida la desigualdad, analizar si la demandada a quien se desplaza la carga probatoria, justificó los factores objetivos de esa diferenciación salarial.

En ese orden, se debe advertir desde ya, que, una vez realizada la valoración conjunta de los medios probatorios allegados al diligenciamiento, se arriba a la conclusión de que la entidad demandada logró justificar la razonabilidad de ese trato diferenciado del salario

entre el demandante y el trabajador Luis Ernesto Rojas Jaime, con quien se pretende hacer la comparación.

En efecto, no se discute que el actor y el señor Luis Ernesto Rojas Jaime ostentan el mismo cargo de "Líder Grupo Exploración Nacional e Internacional VEX, del Nivel 9", para diciembre de 2007, fecha a partir de la cual se pretende la nivelación salarial y que mientras el demandante devengaba la suma de $5.564.000 como salario básico, el otro trabajador para esa calenda tenía un salario básico equivalente a $5.646.000. Además, para septiembre de 2008 y 2009 el actor devengaba una suma inferior a lo devengado por el otro trabajador, de acuerdo con lo certificado por la misma enjuiciada para efectos de realizar el dictamen pericial. Precisado lo anterior, desde el punto de vista formal debe decirse que, en el caso de autos, confluyen identidades intrínsecas del cargo y de funciones, presentándose diferencia en cuanto a su asignación salarial en el cargo de "Líder Grupo Exploración Nacional e Internacional VEX, del Nivel 9".

No obstante, considera la Sala que solo el hecho de demostrar que los trabajadores tuvieron el mismo cargo y las mismas funciones, no hace indefectiblemente que se deba proceder a la nivelación salarial pretensa, en tanto que se requiere también demostrar que existen condiciones objetivamente igualitarias que imponen la necesidad de ser remunerados de la misma manera, aspecto que no se logra demostrar en este asunto, por el contrario, la entidad demandada con suficiente material probatorio logró "*justificar la razonabilidad de ese trato"*, pues el modo y el cómo se presentó la diferencia salarial entre uno y otro trabajador fueron disímiles y corresponden a situaciones particulares que de ninguna manera pueden colocar a la entidad empleadora en la incursión de un trato diferenciado en la remuneración.

Debe recordarse que el objetivo de la empresa al diseñar la política de compensación fue la de mantener la equidad entre todo el grupo poblacional de Ecopetrol y la de mantener al talento humano de la empresa, atendiendo a motivos objetivos plenamente justificados, en tanto que clasificó a sus trabajadores directivos en cuatro grupos, según los beneficios que recibían (antigüedad, retroactividad de las cesantías, su proximidad a recibir pensión de jubilación en régimen de excepción); diseñando e implementando una política de compensación para mejorar su ingreso dentro de parámetros de equidad, aplicando regímenes salariales diferentes a trabajadores de condiciones igualmente diversas, manteniendo la equivalencia económica igualitaria de la siguiente forma:

> *"GRUPO 1: Trabajadores SIN retroactividad de cesantías y SIN jubilación a cargo de la Empresa para el 31 de Julio de 2010.*
>
> *Grupo 2: Trabajadores SIN retroactividad de cesantías y CON posibilidad de jubilación a cargo de la Empresa para el 31 de Julio de 2010.*
>
> *Grupo 3: Trabajadores CON retroactividad de cesantías y SIN de jubilación a cargo de la Empresa.*
>
> *Grupo 4: Trabajadores CON retroactividad de cesantías y CON posibilidad de pensionarse a cargo de la Empresa".*

En este sentido, para quienes contaban con retroactividad de cesantías y pensión a cargo de la empresa, como lo fue el demandante, su ingreso monetario correspondió al estímulo al ahorro, a través de aportes voluntarios a un fondo de pensiones; mientras que a los trabajadores sin retroactividad de cesantías y sin jubilación, como es el caso del señor Luis Ernesto Rojas Jaime, correspondió a un incremento en su salario básico; todo lo cual de acuerdo con la política de compensación empresarial.

Así las cosas, resulta fácil deducir que la persona con la que se compara el demandante, efectivamente contaba con un mayor salario, pero que tal diferenciación no puede considerarse como un trato discriminatorio, pues, como se vio, el actor pertenencia a un régimen prestacional diferente, diseñado precisamente para que aquel recibiera un beneficio de carácter extralegal, correspondiente a una suma de dinero representada en aportes voluntarios a la sociedad administradora de fondos de pensiones, dado a su carácter de trabajador con retroactividad de cesantías y con posibilidad de pensionarse con la empresa; mientras que el señor Luis Ernesto Rojas Jaime al no tener tal condición le correspondió un incremento en un salario básico, de ahí que sea evidente la diferenciación en sus salarios y por ende la legitimidad del trato diferente.

En este punto, no sobra precisar que ese trato diferencia no fue objeto de reparo por la Corte Constitucional, según se expuso en sentencia T-969 de 2010:

> *"Aunado a lo anterior, y sin que esto sea una razón para la adopción de una decisión en este caso, para la Sala no resulta discriminatoria –prima facie – la aplicación de regímenes salariales diferentes para trabajadores de ECOPETROL. En efecto, a primera vista, resulta legítimo un trato diferente entre trabajadores nuevos y próximos a pensionarse con el fin de hacer más atractiva la empresa en el mercado laboral, máxime si se tiene en cuenta que se utilizó el "estímulo al ahorro" como un mecanismo para establecer determinada equidad entre unos y otros.*
>
> *En este sentido, es importante enfatizar que la parte demandada fue la única que aportó medios probatorios que permiten justificar el por qué de un trato disímil entre diferentes trabajadores, unos de los cuales se hallaban en las postrimerías de su relación laboral para con ECOPETROL. Así, en el documento suscrito por el Vicepresidente Jurídico de la empresa, se relacionan problemas laborales que tuvo que enfrentar la entidad demandada, concernientes a que varios trabajadores renunciaron "(…) debido a que otras empresas del sector les ofrecían mejores esquemas de compensación (…). [Es decir] estaba perdiendo su talento humano por la falta de competitividad frente al resto de la industria petrolera (…)". Adicionalmente, justificó en razones objetivas el trato diferente, pues manifestó que se tuvieron "(…) en cuenta las disímiles condiciones laborales existentes en la Empresa para poder generar equidad (…) considerando que había casi un 40% de trabajadores con condiciones laborales diferentes a la generalidad de los trabajadores de la empresa (…) [Por ello, para] garantizar el principio de igualdad entre grupos de trabajadores con regímenes prestacionales diferentes (…) no se tuvieron en cuenta las distintas situaciones descritas (antigüedad, cesantías y jubilación) (…)" (Cuad. 2 folio 2, 110 a 114). Así las cosas, de los medios probatorios obrantes en el expediente no puede aducirse, en principio, que el trato diferente sea violatorio del derecho a la igualdad".*

Ni menos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-5048-2019, cuando acuñó lo siguiente:

> *Efectivamente, el principio de igualdad concede una posición de garantía, que permite a todas las personas exigir respeto por la prohibición de constituir excepciones o privilegios, que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, pero, no por esa circunstancia, otorga la facultad de impedir, en cualquier caso, la posibilidad de que, en razón a una justificación adecuada y suficiente, se pueda demostrar la necesidad de una diferenciación, precisando de un mayor respaldo de legitimidad y validez, cuando el trato discriminatorio, tiene como fundamento categorías sospechosas como sexo, raza, religión, origen social, familiar o nacional, entre otros.*
>
> *Por tanto, cualquier motivo diferenciador, que se funde en prejuicios o estereotipos sociales, cuya única finalidad sea la exclusión de un grupo de individuos de algunos beneficios o del pleno disfrute de sus derechos, es inadmisible pues, en tales eventos, se presume que quien despliega el acto diferenciador, contraviene el derecho sobre el*

que se discierne, correspondiéndole la carga de demostrar lo contrario.

En ese escenario, aun cuando el entendimiento que realizó el Tribunal, en relación con el derecho a la igualdad, atiende los anteriores criterios, fue aplicado indebidamente, pues a pesar de que encontró que los trabajadores no beneficiados por el estímulo al ahorro, con incidencia salarial, era aquel favorecido por el régimen de cesantías dispuesto con anterioridad a la Ley 50 de 1990, esto es, que había un criterio objetivo diferenciador jurídico en relación con los trabajadores a quienes si se les otorgó ese crédito como factor salarial, por su pertenencia a un régimen prestacional diferente, debió concluir, forzosamente, que como los grupos de trabajadores a comparar, se encontraban inmersos en circunstancias fácticas y jurídicas distintas, estaba justificado el trato disímil entre ellos y no como lo hizo, al considerar que el tratamiento era discriminatorio.

En relación con los criterios objetivos de diferenciación, recuerda la Sala que, en otras oportunidades, ha advertido, en punto a la aplicación del criterio de igualdad, que la disimilitud de tratamiento legislativo, en relación con determinado grupo de trabajadores, permite al empleador realizar diferencias salariales y prestacionales, sin que ello conlleve, indefectiblemente, al trato discriminatorio.

(…) En consecuencia, atendiendo los criterios previamente esbozados, en el presente asunto, para dirimir el conflicto a la luz del derecho y principio de la igualdad, debió el Tribunal atender, como criterio objetivo, la antigüedad de la trabajadora no favorecida con la incidencia salarial y, como criterio jurídico, su pertenencia a un régimen prestacional, indudablemente más beneficioso, como lo era el reconocimiento de cesantías de tipo retroactivo."

Así las cosas, es claro que el empleador demostró con suficiencia que existen factores objetivos de diferenciación para desvirtuar la presunción de que trata el numeral tercero del artículo 143 del C.S.T. y en esa medida la diferencia salarial halla plena justificación.

En ese horizonte, sin que haya más por decir, basten las anteriores razones para dar por acreditada las excepciones de falta de causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y, en consecuencia, disponer la absolución de todas y cada una de las pretensiones esbozadas en la demanda.

Costas

Costas a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, por haber prosperado el recurso de apelación interpuesto por la demandada. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandante. Tásense.

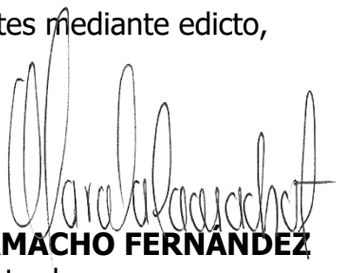
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de mayo de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** probadas las excepciones de falta de causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y en consecuencia, **ABSOLVER** a la empresa convocada a juicio de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

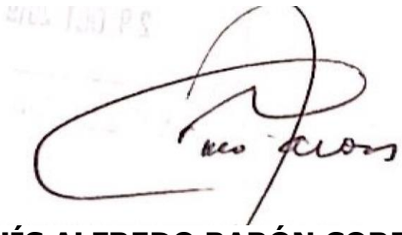
SEGUNDO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandada y a cargo de **EDGAR CHAJID KAIRUZ HERNÁNDEZ.**

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia, fijándose como agencias en derecho en favor de la demandada y a cargo de **EDGAR CHAJID KAIRUZ HERNÁNDEZ** en la suma de $500.000.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	VLADIMIR GÁMEZ RODRÍGUEZ
Demandadas:	TRANSMASIVO S.A.
Radicado No.:	25-2014-00230-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO-APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE-CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Vladimir Gámez Rodríguez instauró demanda ordinaria contra Transmasivo S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual terminó por causal imputable al empleador. En consecuencia, solicitó que se disponga a su favor el pago de indemnización por despido sin justa causa, los porcentajes de los factores prestacionales por las bonificaciones y comisiones recibidas mensualmente desde el 1 de agosto de 2005 al 10 de octubre de 2013, trabajo suplementario, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 1 de agosto de 2005 entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de operador de bus articulado, cuyo salario devengado en el año 2013 correspondió a la suma de $1.287.500. Refirió que recibió de forma mensual comisiones representadas en dinero por valor de $154.828 y bonificación de alimentación en la suma de $210.364, razón por la cual, al ser percibidas de forma continua y mes a mes, hacen parte del salario.

Explicó que el horario que se pactó en el contrato de trabajo fue de mínimo de cuatro horas y máximo de diez, sin embargo, trabajaba en un horario que supera las quince horas diarias, las cuales nunca fueron canceladas por parte de su empleadora. Indicó que en vigencia de la relación laboral recibió tres sanciones disciplinarias, siendo la primera de estas el 28 de junio de 2010, por faltar el 5 de mayo de 2010 a su lugar de trabajo sin justificación, con una sanción de 3 días de suspensión del contrato de trabajo; la segunda el 10 de abril de 2012 con ocasión al choque del móvil U253, recibiendo un llamado de atención; y, por último, el 3 de septiembre de 2013 a causa de un accidente de tránsito donde le causó a un peatón lesiones.

Frente a esta última situación explicó que fue sancionado por tiempo indefinido, lo que conllevó a que el empleador dispusiera que la prestación del servicio se llevará en el patio de suba en jornada de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y posteriormente en horario de la noche, es decir, de 7:00 p.m. a 5:00 a.m. Indicó que no accedió a cumplir con la orden dada por su empleador aduciendo que en su contrato de trabajo se pactó que el cargo que ocuparía sería el de operador de bus articulado y, por ende, su horario lo sería de 4:30 a.m. a 11:00 p.m., de cara al horario de funcionamiento del sistema de Transmilenio.

Adujo que en razón a que no accedió a trabajar en esas condiciones la accionada tomó la decisión de enviarlo a vacaciones desde el 23 de septiembre de 2013 y hasta el 10 de octubre de 2013, data en la cual recibió la carta de despido, decisión que no tuvo en cuenta las pruebas, entre esas, a los testigos que en su momento dieron cuenta de los hechos que motivaron los llamados de atención. Agregó que la empresa le debe la indemnización por despido sin justa causa, trabajo suplementario y los porcentajes de los factores prestacionales por las bonificaciones recibidas mensualmente y que la empresa no canceló aduciendo que no constituía salario. (cuad.2, fols 301 a 322).

2. Contestación de la demanda. La convocada a juicio se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que la terminación unilateral del contrato obedeció a la justa causa debidamente comprobada en que incurrió el trabajador, por incumplimiento grave de sus obligaciones y prohibiciones legales, contractuales y reglamentarias, además, por cuanto la bonificación mensual denominada Bonificación Efectiva Prestacional, formó parte de su base prestacional y salarial, más no la bonificación de canasta que nunca constituyó factor prestacional por la naturaleza de este tipo de beneficios, pues jamás retribuyó el servicio prestado por el demandante. Refirió que al actor se le cancelaron la totalidad de horas extras que devengó, así como los salarios y prestaciones sociales de acuerdo con el servicio efectivamente prestado y devengado.

En cuanto a los hechos, aceptó la existencia de la relación laboral, pero aclaró que entre las partes se suscribió otrosí y el 18 de noviembre un mutuo acuerdo entre las partes para reemplazar el contrato individual de trabajo; que el salario y jornada de trabajo que cumplió el demandante está relacionada en sus programaciones diarias de servicios e itinerarios de ruta.

Indicó que al actor procedió a despedirlo cuando encontró que había incurrido en falta grave de sus obligaciones contractuales y reglamentarias, y así le comunicó con carta de despido el 11 de octubre de 2013, dado a que éste no podía operar por troncales del sistema de Transmilenio en razón a la suspensión administrativa del código de operación que impuso hasta tanto se definiera la responsabilidad del trabajador en el evento del 3 de septiembre de 2013, lo que finalmente culminó con carta de 3 de octubre del mismo año en que decidieron cancelar su tarjeta de operación. Explicó que en cada hecho el demandante tuvo responsabilidad por las faltas disciplinarias por las cuales fue citado a diligencia de descargos, sin embargo, aclaró que el hecho del despido no se trató de una sanción, sino se trató de un acto estrictamente discrecional del empleador.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó justa causa atribuible al trabajador, procedimiento correcto para despedir a un trabajador por justa causa, comportamiento evidentemente violatorio de la normatividad del servicio público de transporte esencial, pago total del porcentaje prestacional de la bonificación en efectivo e improcedencia del factor prestacional del bono de canasta por acuerdo entre las partes, pago total de las horas extras efectivamente causadas y prescripción. (cuad.3, fols. 13 a 33).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de marzo de 2021, en la que el fallador absolvió a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso, el Juzgador de primer grado aclaró que no existe controversia frente a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, en tanto que así fue aceptada por las partes. Por consiguiente, se propuso verificar en primer lugar el despido sin justa causa que alega el actor, posteriormente si las bonificaciones y comisiones recibidas mensualmente tienen naturaleza salarial y, por último, si hay lugar al pago de horas extras.

Con tal propósito, adujo que la finalización del nexo laboral se dio por decisión unilateral de la parte demandada y con justa causa, tal como le fue señalado en comunicación 11 de octubre de 2013, mediante la cual le señalaron los fundamentos de tal determinación y las reincidencias en el incumplimiento de sus obligaciones que lo han llevado a hacer objeto de sanción disciplinaria. En esa medida citó el numeral 6 del artículo 62 del CST, para precisar que en el contrato de trabajo se consideró como falta grave el hecho de no mantener actualizado los documentos necesarios para conducir el articulado, como lo es la tarjeta de operación, aspecto reiterado en el reglamento de trabajo.

De esta manera hizo mención de que en el plenario se encuentra plenamente probado la ocurrencia del accidente de tránsito en el que se vio involucrado el trabajador demandante, situación que le produjo llamado a diligencia de descargos por parte del empleador. Así las cosas y luego de referirse al caudal probatorio arrimado al plenario sostuvo que el actor no obstante haber tenido capacitación para el manejo y conducción del articulado, al momento del infortunio no utilizó la visión panorámica para detectar el peatón que atropelló, además, que para dicho momento superó los límites de velocidad en la intercesión lo que incidió en el infortunio.

Concluyó el actor fue sistemáticamente capacitado, que la empresa demandada tuvo que adelantar contrato de transacción con la víctima atropellada, que existe imposibilidad de los operadores de seguir laborando al servicio de la empresa convocada cuando Transmilenio le anula el código de operación, que el empleador evidenció que el actor traspasó los límites de velocidad permitidos en las intersecciones, lo que derivó en el accidente de tránsito; que Transmilenio evidenció en un análisis del siniestro falencias del conductor, de ahí que le canceló la tarjeta de operación, lo que imposibilitó que el actor siguiera conduciendo el articulado y por ende la justa causa en la terminación del contrato de trabajo al ser considerada una falta grave.

En lo que respecta a las bonificaciones y comisiones pedidas por el actor, aludió a lo dispuesto en el artículo 128 del CST, al pacto colectivo firmado entre la enjuiciada y sus trabajadores, para significar que el auxilio de alimentación no constituye factor prestacional dado a que no retribuye directamente el servicio, ni se entrega para enriquecer el patrimonio del trabajador, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 50 de 1990; mientras que la bonificación efectiva prestacional premia las excelencias en el desarrollo de la labor, el cumplimiento de las normas de tránsito, normas de Transmilenio y de la empresa, cuidado del vehículo a su cargo, de acuerdo a una puntuación, siendo el valor máximo a pagar la suma de $143.520. De tal forma consideró que tampoco puede ser reconocida como salario, púes son beneficios o auxilios habituales u ocasionales, otorgados en forma extralegal.

Frente al trabajo suplementario recordó que la jornada máxima según el artículo 161 del CST es de 8 horas al día y 48 horas a la semana, empero, el demandante al ser operador de bus de transporte terrestre urbano es procedente analizar tal pretensión a la luz de lo

dispuesto en el Decreto 1393 de 1970, que permite a los conductores trabajen hasta un máximo de 10 horas. De ahí, consideró erróneo el planteamiento del actor para sustentar estas pretensiones, ya que en las tablas que acompañan los hechos de la demanda se indican 8 horas como límite y no partió de la excepción que aduce el citado decreto.

Expuso que no existió un pago equivocado de las horas extras laboradas por el promotor del litigio, las cuales fueron canceladas conforme a la programación entregada por la misma parte demandada, teniendo en cuenta las 10 horas que señala el Decreto 1393 de 1970. Sostuvo que en todo caso la parte actora no demostró horas extras diferentes a las reconocidas por la pasiva, de ahí que debía impartir absolución de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Cuad.3, Cd. a fol. 438).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte actora formuló recurso de apelación argumentando que se encuentra demostrado en el diligenciamiento que entre las partes existió un vínculo laboral a término indefinido, además, que el horario que se pactó fue un mínimo de 4 horas y un máximo de 10 horas rotativas. Sin embargo, señaló que trabajó más de 12 horas las cuales se verifican en las tablas que en ningún momento fueron tachadas de falsas por parte de la demandada, razón por la cual se les debe dar el valor probatorio correspondiente.

En cuanto al despido sin justa causa sostuvo que en el croquis del accidente se detalla que "*este se produjo pasando el cruce peatonal, por lo que no fue como lo afirma la empresa, no atendiendo el dos por uno del policía, pues nótese que el accidente ocurrió precisamente pasando el cruce peatonal. En la misma prueba se evidencia la misma trayectoria que hizo el peatón quien no uso adecuadamente el paso peatonal*", por lo que considera la falta de responsabilidad en el siniestro vial.

Indicó que en el expediente obra carta donde la encartada le pide a Transmilenio la cancelación de operaciones, además, comunicación de la misma entidad donde aquella señala que no tiene injerencia en este tipo de decisiones, pues son de resorte del empleador. Explicó que la empresa se excedió en su actuación, en tanto que no sólo aplicó sanción disciplinaria por el lapso de más de un mes, sino, que "*después de dicha sanción y retomando sus labores, se vio el acoso laboral con el fin de aburrir a mi poderdante enviándolo además a cumplir labores nocturnas*"

Refirió que la empresa tomó la decisión de enviarlo a vacaciones en tanto que el trabajador no accedió a realizar turnos en las noches y una vez regresó a sus labores procedió con el despido, con lo cual "*hizo procedimientos inicialmente tendientes a una sanción que terminaron en un despido sin justa causa, tal y como en efecto ocurrió*". Referente a las bonificaciones canceladas mes a mes indicó que antes no constituyeron factor prestacional. (Cuad.3, Cd. a fol. 438).

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿El actor es acreedor al reconocimiento económico del trabajo suplementario, dominical y festivo?

(ii) ¿La suma recibida por concepto de bono de canasta y efectivo salarial variable constituyen factor salarial, consecuencia de serlo, es procedente reajustar las prestaciones sociales dada su incidencia salarial?

(iii) ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

Contrato de trabajo, sus extremos, cargo y salario

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral que existió entre el actor y Transmisivo S.A., sus extremos temporales, modalidad o duración y la labor que desarrolló el mismo, pues además de ser admitidos desde la contestación de demanda, se corroboran entre otros, con el contrato de trabajo celebrado el 1 de agosto de 2005 (cuad.3, fols. 54 a 57); otrosí y cláusula especial (cuad.3, fols. 58 a 61); mutuo acuerdo del 10 de noviembre de 2010 y celebración de contrato de trabajo (cuad.3, fols. 62 a 66); carta de despido (cuad.3, fols. 67 y 68); liquidación final de acreencias (cuad.3, fol. 122); y certificación laboral (cuad.3, fol. 124).

Trabajo suplementario

Sentado lo anterior, recuerda esta Sala que el señor Vladimir Gámez Rodríguez pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario que aduce ejecutó. Petición a la que se opone enfáticamente la accionada, significando que el tiempo extra laborado durante el período que duró la relación laboral fue efectivamente cancelado, además, que las situaciones fácticas expuestas por el promotor del litigio, no se encuentran demostradas, en tanto que aquel no allegó elemento de convicción tendiente a demostrar lo que considera como trabajo suplementario en el libelo incoatorio.

Perfilado así el debate que llama la atención de la Sala, es del caso precisar que en tratándose de trabajo suplementario, sea cual sea la denominación que se le atribuya, impone al demandante probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de

descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que efectivamente lo ha trabajado.[1] *(Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53)*

Bajo ese contexto, la Sala de entrada advierte que la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo en horas extras y en festivos y dominicales, adolece de la precisión requerida, en tanto que no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la accionada, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que fue allegado como medio de convicción la "HOJA ITINERARIO CONDUCTOR", que no demuestran cómo se desarrolló la jornada laboral de Vladimir Gámez Rodríguez y si éste ejecutó su actividad de conductor más allá de su horario o del trabajo suplementario reconocido por la llamada a juicio, pues frente a dicho supuesto ningún dato puede extraerse de la documental en comento, en tanto que sólo se relacionan los desplazamientos que debía hacer, más no si en efecto lo hizo y dentro del horario que allí se relacionada.

Además, se pretende demostrar tal circunstancia con la testimonial de Dolly Orozco Pérez y Nubia Stella García Porras, quienes, indagados sobre el aspecto controvertido en el juicio, nada informaron, menos con la certeza requerida, sobre el número de horas exactas y sobre las se aplicaría el pretendido recargo, cuestión determinante para establecer cuántas horas diurnas y nocturnas prestaba el servicio para efectos de liquidar no sólo los pertinentes recargos sino para conocer el total de extras servidas en cada jornada laboral.

Así las cosas, surge evidente la improcedencia del reconocimiento de trabajo suplementario peticionado por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud, además, la Sala no comparte los argumentos de la censura, cuando sostiene que no existe duda sobre las horas extra laboradas, dado a que tal aspecto se deriva del propio accionante cuando aquel surtió el interrogatorio de parte y de las tablas que se efectuaron para sustentar las pretensiones relacionadas con el trabajo suplementario, ya que es evidente que la citada declaración no resulta suficiente para probar tal circunstancia, ni menos lo indicado en la tablas donde se expone las horas extras pretendidas, pues cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella, y tampoco puede la Sala extraer de dicha declaración una confesión pura y simple, en tanto que no se observa que le produzca consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria; de hecho, es notorio que la citada aserción única y exclusivamente le favorece a él, por manera que mal haría esta Sala acoger los argumentos del apelante.

De aceptarse lo contrario, bastaría el propio dicho de la parte actora sobre la causación de trabajo extra para que el Juez decida a favor, siendo que, para impartir condena debe contarse con la prueba que respalde tal afirmación y que zanje cualquier duda sobre su causación, además debe reiterarse el elemental principio de derecho probatorio que enseña que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas.

De suerte al carecer este Sala de los elementos de prueba idóneos para establecer el valor del trabajo suplementario que quedó insoluto, esto es, qué número de horas extras pudo haber servido el demandante y en qué jornada, conlleva indefectiblemente a determinar que no se probó salario superior. Lo anterior, sirve además para concluir que los pagos que realizó la demandada por concepto de trabajo suplementario y que aparecen en las

[1] "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas>"

nóminas de pago adosadas al cartapacio, corresponden efectivamente a la remuneración de trabajo en horas extras realmente laborados por el actor, por lo que, al no probarse salario superior, no hay lugar al pago pretendido bajo ese concepto.

Lo considerado es suficiente para que la Sala confirme la sentencia confutada, en lo que hace al trabajo suplementario que negó el A quo.

Bonificación efectiva prestacional y bonificación de canasta

En lo atinente a determinar si la bonificación por productividad y canasta tienen incidencia salarial para efectos de liquidar sus prestaciones sociales, ya que el actor se queja de la intelección que llevó el A quo a determinar que no son salario, considerando, entonces, que los citados bonos constituyen una verdadera retribución directa del servicio, por cuanto sus pagos son habituales y permanentes, cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

> *"…es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo…"*

Señala además la CSJ que "*aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.*"

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que "*…por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.*"

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que "*frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario.*"

- **Bonificación efectiva prestacional**

En línea con lo expuesto y de acuerdo con el acervo probatorio arrimado al informativo, en especial las documentales que se encuentran adosadas a folios 153 a 163 del cuaderno 3°, se evidencia que entre la empresa Transmasivo y sus trabajadores celebraron pacto colectivo de trabajo 2011-2015, que en cuya cláusula octava se dispuso lo siguiente:

> *"Cláusula. 8°.- Bonificación individual: La empresa de manera unilateral y por mera liberalidad, reconocerá mensualmente al personal de operadores de bus articulado (…), una bonificación por desempeño, con la que se premia la excelencia en el desarrollo de la labor, cumplimiento de normas de tránsito, de trasmilenio y de la empresa, cuidado de los vehículos a su cargo, bajo ausentismo, ausencia de sanciones disciplinarias, y en fin toda conducta que afecte el normal desarrollo de la operación, o que puedan haber afectado el patrimonio y aún la imagen de la empresa (…)"*

De cara a dicho referente normativo del cual hizo parte el demandante, tal como consta a folio 163 del mismo cuaderno, un primer aspecto que sale a relucir es que tal bonificación individual desde ese mismo momento tuvo connotación salarial y por ende incidió a lo largo de la vinculación laboral como factor prestacional; inferencia que resulta no sólo de lo afirmado en la contestación de demanda, sino de las nóminas de pago obrantes en el plenario y de la liquidación final de prestaciones que se hizo al momento en que terminó el nexo laboral, probanzas de las que se verifica que el actor recibió mensualmente tal bonificación, la cual tuvo la respectiva incidencia salarial en las acreencias laborales, por manera que no se evidencia que el empleador haya pretendido restarle su naturaleza salarial, de allí que sea desacertado pretender una nueva reliquidación de prestaciones sociales bajo un mismo concepto.

Así las cosas, como la pretensión se reduce a la reliquidación de prestaciones sociales, incluyendo el valor total percibido por el actor como bonificación individual, es claro que no puede salir avante ninguna condena sobre este aspecto, debiéndose advertir a la censura que ningún probanza arrimó tendiente a probar la reliquidación con fundamento en la inclusión de otro concepto, llámese bonificación o comisión, con anterioridad al nacimiento de la bonificación individual o como la llamó ésta, efectiva prestacional.

Lo anterior es suficiente para confirmar la sentencia de primer grado, pero por las razones que aquí se indicaron, que son distintas a las intelecciones que llevó al A quo a absolver a la accionada de esta pretensión.

- **Bonificación de canasta**

El segundo distanciamiento del actor radica en que el A quo se equivocó al no considerar que la bonificación de canasta tenía incidencia salarial ya que se trató de pagos mensuales, permanentes y habituales. Conforme a ello, la Sala advierte de entrada que no le asiste razón a la censura cuando considera que tal bonificación por el hecho de haber sido habitual y permanente debía tener incidencia salarial, pues como se mencionó en precedencia, esto no es un elemento indefectible para desvirtuar su exclusión salarial, pues se requiere de otros factores, los cuales pasan a verificarse.

De cara a las pruebas obrantes en el plenario encuentra esta Corporación copia del otrosí al contrato de trabajo del 1 de agosto de 2005, suscrito entre las partes, donde se observa que en forma voluntaria acordaron reconocer una suma mensual en efectivo de $140.000 y $130.000 en bonos canastas, los cuales no tendrían incidencia salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni para aportes parafiscales. Aunado a lo anterior, verifica la Sala que dicha bonificación quedó establecida en los pactos colectivos firmados entre la empresa enjuiciada y sus trabajadores con vigencia del 15 de abril de 2009 al 15 de abril de 2011 y del 15 de abril de 2011 al 14 de abril de 2015, quedando en este último texto extralegal de la siguiente forma:

> *"**Cláusula 7°.- Auxilio de alimentación:** La empresa, por su mera liberalidad, reconocerá a todos los trabajadores que desarrollan los cargos que luego se pasan a describir, un auxilio mensual de alimentación, consistente en la entrega de bonos canasta ó tarjeta prepago de cualquier almacén de cadena ó entidades financieras ó caja de compensación familiar, según lo decida la empresa. (…) El valor del auxilio de alimentación pactado en esta cláusula, se pagará totalmente, si es que el trabajador laboró todos los días del mes en que debía hacerlo y se afecta proporcionalmente, cuando el trabajador dejó de prestar el servicio por cualquier causa, excepto por el disfrute de su día de descanso obligatorio, de vacaciones o licencia de maternidad o paternidad.*
>
> ***PARÁGRAFO 2:** A efecto del reconocimiento y pago de este auxilio, la empresa evaluará mensualmente el desempeño del trabajador, determinando el valor a pagar por el mismo, de acuerdo a la puntuación obtenida dentro del plan padrino en cada periodo."*
>
> ***PARÁGRAFO 3:** Acuerdan trabajadores y empresa, que como quiera que este auxilio no se reconoce como contraprestación directa del servicio, ni para enriquecer el patrimonio del trabajador, si no para compensar una necesidad básica de él y su familia, este beneficio no es salario, no es una prestación y no tiene efecto prestacional, todo de acuerdo a lo normado en el art 15 de la ley 50 de 1990."*

Al margen de dicha cláusula y pese a que la recurrente considera que no podía desatenderse su factor salarial, dado a la habitualidad de la citada bonificación, pues se entregaba al trabajador de forma mensual; para la Sala, no se trata de un pago que por su naturaleza retribuya el servicio o que con ello se pretendiera remunerar como

contraprestación directa aquel, en la medida que tal bono se entregó por mera liberalidad del empleador, es decir, en forma extralegal, dejando entrever que correspondían a una compensación de una necesidad básica de él y de su familia, que no tenían como tal una directa relación respecto del servicio prestado por el actor, de allí que también las partes expresamente hayan resuelto restarle esa connotación salarial.

Lo anterior, permite concluir, que el bono canasta, a pesar de su habitualidad, no constituye ni debe ser tenida en cuenta como factor salarial por parte de la encartada al momento de liquidar las prestaciones sociales del ex trabajador, pues en términos del 128 del CST, para que tenga dicha naturaleza, además de la citada característica, debe retribuir la labor ejecutada por el trabajador, aspecto que no probó el actor, ya que los testigos que trajo en nada dijeron sobre tal aspecto, y, por el contrario, se demostró su carácter no salarial debido a que los señores Carlos Javier Barrera Mendoza (profesional de seguridad operacional) y Sandro Velásquez Ardila (operario), testigos de la parte demandada, señalaron que el bono canasta se le entrega a los conductores como un estímulo y auxilio alimenticio, quienes hacen su uso en almacenes de cadena y supermercados, exclusivamente para compras de alimentos.

Así las cosas, su finalidad no era retribuir el servicio prestado, lo que deja claro, entonces, que los pagos recibidos a título de bono de canasta, además, de haberse previsto expresamente por las partes su condición no salarial y, por ende, ser reconocido por el promotor del proceso expresamente como un pago no constitutivo de salario, todo lo anterior al tenor de lo previsto en el artículo 128 del CST, no reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como una contraprestación directa del servicio y, por tanto, carecen de incidencia salarial.

Razones más que suficientes para confirmar la intelección a la que llegó el Juez de primer grado, encaminada a no reconocer como factor salarial el mentado bono, pues, contrario a lo dicho por la crítica, ningún dislate incurrió.

Indemnización por despido sin justa causa

En lo que respecta al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.ST., aduce la censura que no se le puede atribuir responsabilidad en el accidente de tránsito, dado a que la víctima tuvo culpa en aquel siniestro.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, a folio 67 del cuaderno 3, se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en el literal A, numeral 6 del artículo 62 del CST, en concordancia con el artículo 58, numeral 1° de la misma disposición, cláusula 9°, parágrafo 2°, numeral 34 y cláusula 6°, numeral 6° del contrato de trabajo y reglamento de trabajo. Decisión que obedeció al accidente presentado el 3 de septiembre de 2013, fecha en la cual atropelló a un peatón durante la conducción del móvil S200 en el cruce de la intersección de la avenida Suba con calle 116, situación que dio lugar a la cancelación de la tarjeta de conducción por parte de Transmilenio S.A. y por ende imposibilidad para continuar operando dentro del sistema, dada la omisión de las indicaciones de manejo seguro y preventivo, así como las funciones de su cargo, cuyo cumplimiento de haberse hecho hubiera podido evitar el accidente vial.

Como se observa, la demandada comunicó a su trabajador los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se respaldan con la citación y descargos realizados por la empleadora, además, en la investigación interna que derivó en el informe denominado "reporte inicial de Eventos" y en la cancelación de tarjeta de conducción realizada por Transmilenio S.A., pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que los hechos invocados ocurrieron y si se ajustan a una de las justas causas previstas en la ley; para ello, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

Para demostrar el incumplimiento en que incurrió el actor la sociedad accionada aportó al plenario el acta de descargos rendido por este último, donde le fue indagado respecto a los hechos que con posterioridad motivaron su despido; al ser interrogado sobre el presunto incumplimiento, explicó que conducía el articulado S200 y llegando a la intersección de la Shaio observó el semáforo en rojo, razón por la cual disminuyó la velocidad. No obstante, debido a que el agente de tránsito permitió la circulación, fue allí donde tuvo la colisión con el peatón, quien impactó el panorámico izquierdo. Sostuvo que iba a una velocidad de 50 km, que no observó al peatón, pese a que utilizó la visión periférica, púes los carros del carril mixto le impidieron ver al peatón.

Adicionalmente se arrimó "Reporte inicial de eventos", mediante el cual, una vez realizado el análisis del siniestro, se llegó a la siguiente conclusión:

- Posibles causas:

    1. Imprudencia del peatón al no respetar las normas de tránsito, cruzando en diagonal y no utilizar el paso peatonal.
    2. Efecto cortina en movimiento hacía el operador.
    3. Falta de visión periférica por parte del operador.
    4. Falta de aplicación de medidas preventivas por parte del operador.
    5. No reducir la velocidad en intersección.

Situaciones que incidieron a la cancelación de la tarjeta de conducción, de acuerdo con la comunicación enviada por Transmilenio y recibida por la enjuiciada 4 de octubre de 2013, misma en la que se denota:

> *"Teniendo en cuenta los hechos ocurridos el día 03 de septiembre de 2013 sobre las 07:25 horas, cuando el móvil S200 operado por el señor Vladimir Gámez Rodríguez con código 50347 presentó un accidente con un peatón (…), en el cual resulta gravemente lesionado el peatón y que en procedimiento de análisis realizado por TRANSMILENIO S.A. y el funcionario de Transmasivo Jhon Walter Suarez, se evidenció que el operado Gámez no tuvo la visión panorámica aplicada sobre la calzada, por lo que no observó*

el tránsito previo del peatón sobre la calzada, máxime cuando hay una situación de riesgo generada por la desautorización del semáforo por parte de la Policía de Tránsito, situaciones que fueron las causas básicas del accidente, TRANSMILENIO S.A. ha tomado la decisión de cancelar la tarjeta de conducción al conductor mencionado"

Ahora, al plenario se allegó, además, la declaración del señor Carlos Javier Barrera Mendoza (profesional de seguridad operacional), quien explicó que el motivo de la finalización del vínculo laboral del señor Vladimir Gámez Rodríguez fue a causa del accidente de tránsito donde fue evidenciada la falta grave en que incurrió, además, en tanto que Transmilenio canceló la tarjeta de operación. Narró que el siniestro ocurrió en el momento en que el operador conducía el automotor afiliado a Transmasivo, el cual se desplazaba por la Avenida Suba, de manera que al llegar a la calle 116 y atendiendo a que la autoridad de tránsito estaba dando vía pese a encontrarse en el semáforo en rojo, atropella a un peatón.

Narró que antes de llegar a la intercesión se verificó que el automotor redujo la marcha, sin embargo, al ver que el policía de tránsito estaba dando el paso, el trabajador aumentó la velocidad. Explicó que hubo un efecto cortina dado a que "*los vehículos que se encuentran detenidos o invadiendo la intersección de la calzada mixta, se encuentran quietos o muy despacio, entonces, cualquier riesgo o cualquier persona que salga dentro de los vehículos (…) se genera un efecto cortina"*, debiendo por tanto el operador tener un adecuado manejo preventivo, disminuir la velocidad y mantener su visión periférica para determinar si evidencia o no algún tipo de riesgo; aspectos que dijo omitió el conductor, de manera que tal conducta incidió en el atropello del peatón.

Agregó que tuvo conocimiento de ello en tanto que sus funciones consistían en asistir a los siniestros viales, recopilar y analizar junto con el profesional el material probatorio y realizar informe del accidente de tránsito. Dijo, además, que Transmilenio S.A., realizó también un análisis del accidente con todo el material recopilado y evidenciaron que las normas de manejo preventivo se omitieron, razón por la cual aquella entidad determinó cancelar la tarjeta de conducción, misma que faculta al operador para conducir el automotor y prestar el servicio.

De conformidad con el haz probatorio, no cabe duda alguna a esta Sala que la conducta endilgada al trabajador hoy demandante por parte de la demandada en la carta de terminación del contrato de trabajo se encuentra ajustada a la realidad, siendo factible concluir, que aquél fue despedido con justa causa. Lo anterior, por cuanto la conducta realizada por él, al omitir el cumplimiento de las normas de manejo seguro y preventivo dispuestas por el empleador y de las cuales recibió capacitación, tal como se verifica a folios 100 a 121, incidió en el accidente de tránsito que derivó en lesión a un peatón y en la cancelación de la tarjeta de operación, imposibilitando al trabajador en el manejo del artículo dentro del sistema de transporte masivo de Bogotá.

A propósito de los reproches esgrimidos por la parte actora, no pasa por alto la Sala, que, aunque en el siniestro vial tuvo injerencia la conducta del peatón al omitir el paso peatonal y la habilitación dada por el policía de tránsito, de acuerdo con el informe del análisis del evento que atrás se aludió y que ratificó el testigo, no fue la única conducta que incidió en la generación del accidente de tránsito, dado que fue un común de conductas de los actores viales las que llevaron a la ocurrencia del infortunio, entre las cuales, se destaca el comportamiento que tuvo el trabajador al no disminuir la velocidad del articulado en la intersección de la Avenida Suba y la desatención a las normas de manejo seguro y preventivo que debía realizar dadas las condiciones viales, que de haberlas cumplido, hubieran podido evitar el accidente de tránsito.

Ahora, tampoco es cierto que la empresa Transmasivo S.A. le haya pedido a Transmilenio S.A. la cancelación de la tarjeta de operación del trabajador hoy demandante, como lo dice la censura cuando sostiene que así se dejó sentando en comunicación calendada el 29 de octubre de 2013; lo anterior, si se tiene en cuenta que allí lo que expuso la entidad fue la falta de injerencia "*en los trámites internos que surta TRANSMASIVO S.A. frente a sus trabajadores con ocasión de incumplimientos*", haciendo notar que "*conforme lo establecido en los contratos en mención, el Concesionario puede ser multado por fallas de su personal en aras de garantizar la seguridad de los usuarios y terceros en la vía*".

Además, en cuanto a la vulneración del debido proceso que se aduce se presentó a la hora de ser despedido, ciertamente no observa la Sala que el trámite surtido sea contrario a las normas labores, pues téngase en cuenta que el demandante con fundamento en el artículo 115 del CST fue llamado a rendir descargos, de manera que se siguió un procedimiento mínimo encaminado a determinar la ocurrencia de la justa causa y garantizar el derecho de defensa del trabajador. Así las cosas, no se observa que la pasiva haya quebrantado el derecho fundamental al debido proceso y, por el contrario, lo que se vislumbra es la inconformidad de los motivos por los cuales se tomó la decisión de despedir, más no el procedimiento utilizado para tal efecto, ello se desprende de los mismos supuestos fácticos planteados en la demanda y de los argumentos sustento de la apelación.

Aunado a lo anterior, ha de señalarse que la Sala no comparte el argumento de la censura cuando aduce que el demandante fue sancionado y al mismo tiempo despedido a razón del accidente de tránsito ocurrido, pues es un hecho cierto, que debido a la imposibilidad del demandante de operar el articulado durante la suspensión de su tarjeta de operación, el empleador, haciendo de su facultad ius variandi, decidió que el trabajador prestará sus servicios en el patio del Portal Suba en la noche, hasta no tanto se definiera su responsabilidad en los hechos acontecidos el 3 de octubre de 2013. Situación que, como lo dice el promotor del litigio, no consintió, solicitando por tanto a su empleador disfrutar vacaciones, mismas que le fueron concedidas por un término de 15 días comprendidos entre el 24 de septiembre de 2013 al 10 de octubre de 2013, tal y como se verifica a folio 98 del cuaderno 3.

De esta manera es evidente que el hecho de que el empleador haya tomada la decisión de que el trabajador prestará sus servicios en otro lugar diferente al habitual, así mismo que concediera vacaciones a aquél por el término de 15 días, de ninguna forma comporta una sanción disciplinaria, menos violación al debido proceso, de allí que no se acojan los discernimientos de la alzada tendientes a inculpar al empleador de haber impuesto doble sanción por un mismo motivo, ni para tildar errónea la sentencia de primer grado.

Por último, frente a las manifestaciones de la apoderada de la parte actora tendientes a referir que el trabajador fue objeto de acoso laboral después de ocurrido el siniestro vial, debe señalarse que tal argumento es nuevo en este litigio, donde ni siquiera se discute un tema de acoso laboral, por lo cual, efectuar un pronunciamiento en tal sentido conlleva a violentar el derecho de contradicción y defensa de la accionada, lo cual no puede permitir esta Sala.

Con todo lo anterior, se colige que las conductas endilgadas al trabajador hoy demandante por parte de su otrora empleadora en la carta de terminación del contrato de trabajo, con fundamento en el literal A, numeral 6 del artículo 62 del CST, en concordancia con el artículo 58, numeral 1° de la misma codificación, estén plenamente probadas; sin olvidar las faltas graves establecidas como tales en la cláusula décima del contrato de trabajo y referenciadas en la carta de terminación en ese sentido, donde se destaca el numeral 26 que prevé "*el hecho de no portar y mantener actualizados y vigentes los documentos necesarios*

para conducir, entre otros: (…) la tarjeta de operación"; conducta aquella que al ser acordada como justa causa para finiquitar el contrato de trabajo, impide a esta Corporación determinar lo contrario, pues fueron las mismas partes quienes así lo determinaron al momento de suscribir el aludido acto contractual, siendo factible únicamente verificar la configuración de las mismas, como se acaba de evidenciar.

Corolario de lo expuesto y demostrado como se encuentra que el señor Vladimir Gámez Rodríguez no le asiste el derecho a la indemnización pretendida, pues no se demostró que su despido fue injusto, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primer grado, mediante la cual se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra por la parte actora.

Costas. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de marzo de 2021, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	VÍCTOR JULIO RODRÍGUEZ FONTECHA
Demandadas:	SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE S.A.S.
Radicado No.:	18-2017-00575-01
Tema:	CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDANTE – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Víctor Julio Rodríguez Fontecha instauró demanda ordinaria contra Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S., con el propósito de que se declare la existencia de un contrato realidad entre las partes desde el 6 de mayo de 2013, cuando se hizo la entrega del Hotel de la Ville, hasta el 30 de octubre de 2015, en virtud de la Resolución núm. 456 del 2015, mediante la cual se le removió ilegalmente del cargo de depositario provisional y sin contraprestación alguna. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el pago de salarios, prestaciones sociales, indemnización moratoria, perjuicios materiales, morales y a la vida de relación de relación, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que para su vinculación a la entidad accionada hubo invitación pública núm. DNE-001-2012, en desarrollo de lo regulado por la Resolución 1707 del 2010, siendo seleccionado según Resolución 0836 del 2012. Indicó que a través del Acta de Incautación de la Fiscalía 12 Especializada para la Extinción de Dominio, se le hizo entrega formal del Hotel de la Ville, siendo inscrito el 27 de diciembre de 2013 ante la Cámara de Comercio de Bogotá, como depositario y representante legal.

Refirió que la DNE le comunicó que en cumplimiento de la Ley 1708 de 2014, en adelante la SAE entraría a suceder tal entidad, razón por la cual debía presentar en lo sucesivo informes ante este último ente público. Señaló que mediante acta núm. 69 se le indicó su remoción por ser conveniente, pero sin ninguna desaprobación respecto al mismo. Así, mediante Resolución núm. 456 del 2015, fue removido injustamente, no obstante, del cumplimiento debido de sus funciones como trabajador real. (fols. 177 a 188).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 242).; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no participó ni tuvo injerencia alguna en la pretendida relación contractual que busca el actor, pues nunca existió contrato laboral o contractual civil, motivo por el cual tampoco le adeuda ninguna suma de dinero. Expuso que la contratación obedeció a un nombramiento como Depositario Provisional, cuyo régimen jurídico aplicable es el referente a los secuestres judiciales, motivo por el cual no existe ninguna relación laboral.

Explicó que los servicios personales del actor no se prestaban propiamente en beneficio de la sociedad, sino en virtud del nombramiento como depositario provisional para el Hotel de la Villa S.A., de conformidad con lo establecido en la Ley 1708 de 2014. Indicó que nunca reconoció ni pagó al actor contraprestación alguna por sus servicios personales, aspecto plenamente aceptado por el actor, además, no hubo subordinación, pues de acuerdo con su vinculación, tenía pleno conocimiento de sus obligaciones, funciones y derechos de orden legal.

Refirió que el actor fue removido por medio de acto administrativo, pero no de manera ilegal, sino por el incumplimiento a sus obligaciones, lo que dio lugar a la devolución inmediata de las sociedades, establecimientos de comercio, bienes y activos dados en administración. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de relación laboral, inexistencia de la obligación, falta de causa en las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica. (fols. 246 a 270).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de septiembre de 2021, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal decisión, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante en el escrito de demanda en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Con tal propósito, citó los artículos 22, 23 y 24 del CST, 18 y 20 del Decreto 1461, 91 de la Ley 1708 de 2018 y 1, 3, 4 de la Ley 785 de 2002, así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que no fue objeto de debate el hecho de que el actor participó en la invitación pública núm. DNE 001 de 2012; que fue seleccionado como depositario provisional en el registro de elegibles en Resolución núm. 836 de 2012 y que su nombramiento como designatario provisional fue ratificado mediante Resolución núm. 0917 de 2013.

En ese sentido y luego de aludir a los medios de convicción arguyó que se encuentran demostrados los dos requisitos de la relación laboral, es decir, la prestación personal del servicio y remuneración. Sin embargo, su labor era la de administración y representación legal del establecimiento de comercio, siendo menester en consecuencia, organizar un horario específico, para establecer el giro de sus servicios, sin que ello implique que para la realización de sus actividades se debiera realizar una programación para que el demandante las pudiera efectuar, ni tampoco desdibuja la designación o en sumo cause obligaciones laborales.

Indicó que el horario es un indicio, más no prueba de dependencia o subordinación, así, concluyó que el demandante prestó sus servicios a la sociedad enjuiciada desde el

6 de mayo de 2013 al 30 de octubre del 2015, como designatario provisional, percibiendo un porcentaje por concepto de honorarios, desvirtuándose la subordinación que se predica de los contratos de trabajo, pues aun cuando la demandada ejercía control sobre las actividades del actor, lo era en atención a los lineamientos establecidos por la entidad, en tratándose de bienes que se encontraban en su custodia y por su objeto de extinción de dominio. (Cd. a fol. 333).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el **actor** formuló recurso de apelación indicando que la relación legal y reglamentaria se transformó a un contrato realidad que la jurisprudencia reconoce y que es propia de la actividad que realizó el actor y paso hacer laboral. Indicó que la subordinación está demostrada, ya que el demandante en su interrogatorio de parte adujo que cumplió órdenes materiales en cumplimiento del servicio, además, que no pudo actuar con plena autonomía, debido a que actuaba de acuerdo con lo que pedía la entidad y a los llamados de atención que se hacían de parte de los superiores.

Refirió que la deponente al interior del proceso nunca fue tachada por sospecha, quien estuvo vinculada antes de que el actor laborara para el hotel, señalando que aquel estaba bajo supervisión de la SAE, entregando informes y pidiendo autorización para adquirir cualquier cosa, de manera que no tenía autonomía, en tanto que debía seguir un protocolo y recibía serios llamados de atención. Adujo la existencia de vicios del consentimiento, ya que la actividad de depositario no fue en realidad y, por el contrario, fue un trabajador subordinado, lo cual está demostrado con los medios de convicción vertidos al plenario.

De otro lado, expuso que el A quo omitió pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias que se expresaron en la demanda, tendientes a que se condenará a la accionada al pago de los más de $100.000.000 que se le está adeudando, "*por la anuencia de la entidad prestó, porque es que no lo hizo a espaldas de la entidad, no lo hizo en secreto, es que les comunicó a sus superiores, le indicó a esos superiores que estaba haciendo esos gastos, le puso en conocimiento a la Dra. Martha y demás doctores que eran sus jefes que él tenía la necesidad de hacer esos gastos, para que el hotel no se paralizara en su funcionamiento (…)*" (Cd. a fol. 333).

6. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿La sociedad demandada fungió como empleadora del actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

(ii) De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos señalados en el escrito genitor?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».″*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios del señor Víctor Julio Rodríguez Fontecha a favor de la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S., en tanto, tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda, las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a ello, además, la Sala evidencia que dicho aspecto se encuentra demostrado, debido a que conforme a la Invitación Pública No. DNE-001-2012, Resolución No. 0836 de 2012, mediante la cual se conforma la lista de elegibles depositarios provisionales y liquidadores (fols. 16 a 28) y, el secuestro y materialización de medidas cautelares sobre el Hotel de la Ville realizada por la Fiscalía 12 Especializada

– Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos (fols. 29 a 40), fue designado como depositario provisional al señor Víctor Julio Rodríguez Fontecha, nombramiento ratificado mediante Resolución núm. 09178 de 2013 por la extinta Dirección Nacional de Estupefacientes (fols. 41 a 48)

En armonía con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de la demandada, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, misma que evidencia la Sala fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario se acreditó que el promotor de la litis desempeñó su labor desprovista de cualquier elemento subordinante, en tanto que el servicio contratado lo fue única y exclusivamente para prestar sus servicios en calidad de depositario provisional, actividad que desarrolló de manera libre y autónoma, pues así lo indican los medios de persuasión, por manera que se comparten los argumentos esbozados por la juez de primer grado para impartir absolución a las condenas.

En efecto, analizado el haz probatorio, la demandada allegó prueba tendiente a soportar su dicho, además, existe material suficiente que da cuenta la inexistencia de subordinación y dependencia a la que estaba sujeto el actor, en la realización de sus actividades, y que revelan que, entre las partes, se desarrolló una relación jurídica de naturaleza administrativa, gobernada inicialmente por el Decreto 1461 de 2000 y Ley 785 de 2001, y posteriormente por la Ley 1708 de 2014, nexo que tuvo como finalidad la designación del actor como depositario provisional para la custodia y administración del Hotel de la Ville, por ende, actuando en principio bajo la figura de secuestre establecida para ese entonces en el artículo 683 del CPC, y posteriormente, como administrador, según términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

Y es que en razón a dichas disposiciones, es claro que al ejercer el cargo de depositario provisional, el actor estuvo sujeto a obligaciones y responsabilidades, razón por la cual, en tal ejercicio, actuaba con plena autonomía en el desarrollo de sus funciones y en procura de la adecuada administración del Hotel de la Ville, y, por ende, estaba sometido a realizar informes y rendir cuentas mensualmente de la administración del bien al DAE y a la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S., no solo por la responsabilidad solidaria, pecuniaria, disciplinaria, penal y administrativa derivada de la actividad, sino, porque aquellas entidades en su condición de ente de control, tenían el deber de velar por la debida administración del bien objeto de incautación.

Sobre este aspecto, evidencia este colegiado que dentro de las pruebas recopiladas en primera instancia cobran especial relevancia los informes que presentaba el actor a la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S. (fols. 79 a 84), en virtud precisamente de dicha obligación en la administración del bien y que fueron desde un inicio sentadas cuando se le ratificó como depositario provisional en Resolución 0917 de 2013, luego, los argumentos presentados por la censura para reprochar la conclusión de la cognoscente de primer grado, según la cual, la relación que apareció demostrada fue laboral con la Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S., por virtud de que el recurrente rendía cuentas o informes, no pueden ser estimados por esta Sala.

En esa misma dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3901-2018, señaló:

> "*[...] la Dirección Nacional de Estupefacientes, en su calidad de secuestre, antes de que se declarara la extinción definitiva del dominio, estaba facultada para acoger fórmulas de administración de los bienes como la «…enajenación, contratación, destinación provisional y depósito provisional…» (artículo 1° de la Ley 785 de 2002); «…celebrar sobre cualquiera de ellos contratos de arrendamiento, administración o*

fiducia…» (artículo 3° de la Ley 785 de 2002); o destinarlos provisionalmente de manera preferente a entidades oficiales (artículo 4° de la Ley 785 de 2002).

En ese sentido, se reitera, por mandato legal, inmediatamente después de practicada la medida de secuestro sobre la sociedad demandada, la Dirección Nacional de Estupefacientes asumió su administración en calidad de secuestre y, en ejercicio de tal condición, podía, entre otras, designar depositarios provisionales, como el actor.

En igual medida, en los términos de los artículos 18 y 20 del Decreto 1461 de 2000, también vigente para el momento de la práctica de la medida de secuestro, pues guardaba absoluta armonía con las fórmulas de administración dispuestas en la Ley 785 de 2002, el depositario provisional tenía la misma calidad y funciones de los «…secuestres judiciales de los bienes puestos a su cuidado…» y le debía rendir cuentas mensuales de su gestión a la Dirección Nacional de Estupefacientes, que, a su vez, le podía fijar ciertos honorarios."

Ahora, en punto a la prueba que afirmó el demandante como mal valorada por el A quo, encuentra la Sala que se recibió declaración de la señora Cecilia Sandra Liliana Báez Suarez (departamento contable), única deponente al interior del proceso, quien afirmó que conoció al actor a partir de que inició sus actividades de depositario en el hotel, es decir, como representante del DNE y SAE y, por tanto, gerente de este. Informó que el promotor de la litis se encontraba supervisado por dichas entidades, a quienes le entregaba informes, cumplía directrices y pedía autorización para la adquisición de bienes; haciendo notar que no tenía autonomía ante el protocolo que debía seguir. Aseguró que con el fin de rendir informes y atender visitas llegaba a las instalaciones del hotel de 8:00 a 5:00 p.m., y a veces realizaba sus actividades por fuera del horario habitual.

De lo anotado se sigue, como lo advirtió la juzgadora de primer grado, que la declaración lo que prueba es que, dada la condición de depositario provisional del hotel, el gestor del proceso realizaba sus labores de administración del Hotel de la Ville que quedó en su custodia como consecuencia de la medida cautelar que pesaba en su contra, de allí que si bien la entidades ejercían un control en sus actividades, lo hacían dado su deber de coordinar y supervisar la correcta dirección del hotel, sin que ello implique que se le restará autonomía e independencia en sus labores, pues se reitera, lo hizo con el fin de garantizar la vigilancia que debe ejerce en relación con el objeto de cautela, diferente de la subordinación o dependencia que se predica de los contratos laborales.

Entonces, contrario a lo que repara el recurrente, la a quo no erró al valorar la prueba testimonial, pues conforme se ha dicho, ésta corrobora las conclusiones antes anotadas, según las cuales, la presentación de informes y la coordinación de actividades no desbordan límites de independencia y autonomía, de cara al ejercicio de depositario provisional que ejerció y, por el contrario, sólo revela la inexistencia del linaje laboral pretendido. En este punto, llama la atención de la Sala que, si bien el actor recibió requerimientos de la enjuiciada, los cuales, se pretende hacer ver como llamados de atención, no obstante, considera la Sala que aquellos no pasaron de ser simples solicitudes tendientes a cumplir con cabalidad con su función de depositario provisional, fundamentalmente, cuando se terminó el encargo mediante Resolución núm. 456 de 2015 (fol. 55). En torno al horario que aduce el demandante cumplió, tanto en el escrito de demanda, como su interrogatorio de parte, es dable recordar que el cumplimiento de horarios no es por sí solo una prueba de subordinación, tal como ha dicho también el alto tribunal de la especialidad laboral, precisamente en sentencias SL11661-2015, SL8434-2014 y SL14481-2014.

A lo anterior se suma que es totalmente desacertado cuando se pretende que esta Sala tenga por cierta la existencia de relación laboral con el propio dicho del accionante cuando aquel surtió el interrogatorio de parte, pues es evidente que la citada declaración no puede ser suficiente para probar tal circunstancia, cuando quiera que los otros medios probatorios, valorados en su conjunto, llevan a concluir la inexistencia del linaje pretendido, en tanto que cumplieron con el efecto de derruir la presunción legal de la que se beneficiaba el actor. Además, cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella. Y es que la Sala no puede extraer de dicha declaración una confesión pura y simple en tanto que no se observa que le produzca consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria; de hecho, es notorio que la citada aserción única y exclusivamente le favorece a él, por manera que mal haría esta corporación en acoger los argumentos del apelante.

Las razones expuestas en precedencia permiten concluir que, aunque no fue objeto de discusión que el trabajador prestó sus servicios a la encartada y, por ende, a su favor se le atribuyó la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., lo cierto es que, contrario a lo dicho por la activa, los servicios que se prestaron a la pasiva estuvieron desprovistos del elemento de subordinación, por cuanto, si bien hubo directrices en el desarrollo de alguna de sus funciones, no por ello desdibuja automáticamente la naturaleza administrativa de la relación jurídica que unió a las partes y que fuera gobernada por el Decreto 1461 de 2000, Ley 785 de 2001 y Ley 1708 de 2014, como quiera que aquel aspecto quedó en una simple coordinación y control, que no afecta la tesis de autonomía, cuyo soporte, además, se halla en búsqueda de un mismo objetivo, esto es, de dar cumplimiento a la finalidad del depósito provisional.

En ese sentido, en nada se reprocha la decisión que tomó la juez primigenia, por manera que al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos y fácticos para que proceda la condena solicitada, al no hallarse probados los elementos del contrato de trabajo con la pasiva, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

Resta decir que al revisar la subsanación de demanda mediante la cual se adecuó la totalidad del libelo demandatorio a las voces de los artículos 25 y s.s. del CPT y de la SS, no se evidencia que se hayan elevado pretensiones de orden subsidiario, menos de las que aduce el apelante como no resueltas por la juzgadora de primer grado. En todo caso, mal haría esta Corporación entrar a dilucidar la nulidad de actos administrativos como lo expone el apelante, para tildar de errónea la sentencia de primer grado, como quiera que tales pretensiones no fueron esgrimidas en la demanda, además, son de resorte de otra jurisdicción.

Costas

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

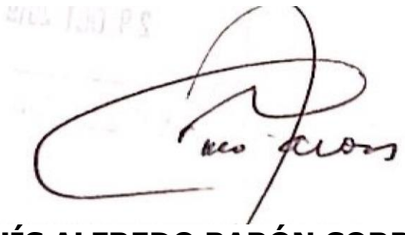
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JOHN ALEXANDER GÓMEZ
Demandadas:	CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.
Radicado No.:	19-2018-00676-01
Tema:	ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – REVOCA DE FORMA PARCIAL

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. John Alexander Gómez instauró demanda ordinaria contra Contactamos Outsourcing S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 15 de marzo de 2015 al 21 de noviembre de 2016 y que es ineficaz la terminación unilateral del vínculo laboral. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se dispusiera a su favor el reintegro sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba o uno superior, así como al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir. En subsidio, pidió el pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa e indexación. En todo caso lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que inició labores a favor de la sociedad demandada el 16 de marzo del 2015, desempeñando actividades de auxiliar de operaciones y percibiendo como contraprestación directa a sus servicios la suma de $1.350.000. Expuso que el 22 de agosto de 2016 presentó un fuerte dolor en la cintura cuando estaba realizando sus funciones, razón por la cual fue reportado por la demandada a la ARL Sura. Indicó que desde aquella época presentó problemas de salud que a la fecha le han impedido desempeñar cualquier labor.

Sostuvo que fue diagnosticado con lumbago no especificado, además, que el 21 de noviembre de 2016 la sociedad demandada dio por terminado el vínculo laboral sin previo aviso y sin tener en cuenta que se encontraba en tratamiento médico. Agregó que el 22 de septiembre de 2017 presenta discopatía lumbar, perdigones en abdomen y sacro, además, que la sociedad enjuiciada no cuenta con el permiso del Ministerio de Trabajo, para despedirlo. (fols. 3 a 6).

2. Contestación de la demanda. La demandada a través de Curador Ad Litem se opuso a las pretensiones de la demanda. No le constó ninguno de los hechos y en su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido, buena fe y prescripción. (fols. 57 a 62).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de noviembre de 2021, en la que el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 15 de marzo de 2015 al 21 de noviembre de 2016 y absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra por la accionante, sin embargo, no gravó en costas al actor.

Para arribar a tal determinación dijo que era fundamental establecer la existencia del nexo laboral entre las partes, para así determinar la procedencia de las pretensiones declaratorias y condenatorias esbozadas en la demanda. Con tal propósito coligió que en el plenario se encontraba plenamente acreditado el contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada celebrado entre las partes, el cargo para el que fue vinculado el actor, salario y los extremos temporales de la relación; debiéndose por tanto declarar su existencia.

En cuanto al reintegro solicitado dijo que debía fundar su decisión en la sentencia SU-049 de 2019 emitida por la Corte Constitucional, así, bajo tal precedente, una vez analizó el acervo probatorio, consideró que el actor tuvo dos días de incapacidad, las cuales tenían relación directa o nexo causal con el accidente de trabajo que ocurrió el 22 de agosto de 2016, aunado a que dicha circunstancia tampoco es suficiente para alegar que el demandante se encontraba en estado de debilidad manifiesta y por ende ser beneficiario de la protección establecida en la Ley 361 de 1997.

Indicó que las incapacidades laborales no daban cuenta de que el actor presentaba dificultad sustancial para realizar sus labores y que ese fue el motivo por el cual se le terminó el vínculo laboral. Agregó que, aunque hubo informe de accidente laboral, no obstante, consideró que el demandante continuó laborando en condiciones normales, sin que se presentará un decaimiento en su estado de salud ocupacional y que fuera conocido o notificado a su empleador. En virtud de lo anterior, señaló que no era dable declarar que el actor al momento de finalizar el contrato de trabajo se encontrará cobijado por el fuero de salud y, por ende, debía absolver del reintegro y sus consecuencias a la sociedad convocada a juicio.

En lo atinente a la indemnización por despido sin justa que fue solicitada de forma subsidiaria, sostuvo que el hecho de la finalización del contrato de trabajo se encuentra plenamente acreditado por la parte actora con la carta emitida por la demandada el 21 de noviembre de 2016, por lo que acreditada tal circunstancia debía verificar si en efecto se dio por terminado el vínculo laboral sin justa causa. Bajo ese norte, indicó que el motivo que dio lugar al finiquito del nexo fue la terminación de la actividad para la que fue contratado el promotor del litigio, razón por la que, de cara al contenido del contrato de trabajo, el finiquito se dio con justa causa, debiendo por tanto absolver de esta pretensión a la encartada. (Cd. a fol. 115).

4. Alegatos de conclusión.

4.1. Demandada. Alegó en su favor aduciendo que el demandante no se encuentra amparado por la Ley 361 de 1997, debido a que no demostró que las patologías presentadas o aquello que se derivó de la enfermedad laboral, limitara sustancialmente las actividades desempeñadas por este tanto es así, que no tenía ni recomendaciones tampoco restricciones que impedirán el normal desarrollo de la actividad contratada.

Refirió que los motivos de retiro fueron comunicados en la carta de finalización, la cual implicaba la terminación de la obra o labor determinada en el contrato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Contactamos Outsourcing S.A.S. fungió como empleador del aquí actor?

(ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y modalidad contractual, además, si ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

(iii) Para tal fin deberá examinarse ¿La terminación de la relación laboral obedece a una causal objetiva y no como consecuencia de sus patologías?

(iv) De no ser así se entrará a examinar la pretensión subsidiaria esbozada en la demanda, esto es, ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

Relación laboral y sus extremos temporales

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

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

Conforme a ello, ha de indicarse que no existe controversia respecto a la existencia de la relación laboral que se verificó entre las partes, sus extremos temporales, ni el salario que devenga el actor. En concreto, quedó plenamente establecido que John Alexander Gómez prestó sus servicios entre el 15 de marzo de 2015 al 21 de noviembre de 2016,

desempeñando el cargo de auxiliar de operaciones, pactando un salario inicial de $1.350.000.

Además, la prestación del servicio se ratifica con la documental que obra a los folios 8 y 9 del paginario, consistente en la carta de terminación del vínculo y certificación laboral, está última donde la encartada da cuenta de que el actor prestó sus servicios a favor de la enjuiciada, devengado como salario para el año 2016 la suma de $1.427.700.

Este material probatorio demuestra que el señor John Alexander Gómez tenía un vínculo laboral con Contactamos Outsourcing S.A.S., desde el 15 de marzo de 2015 al 21 de noviembre de 2016. Documental que no sobra precisar no fue tachada de falsa o desconocida por la encartada, de ahí que para la Sala tenga eficacia probatoria.

La anterior valoración probatoria conlleva a concluir, como bien lo coligió el fallador de primer grado, que entre las partes existió un vínculo laboral desde aquella data.

Modalidad contractual pactada

Ahora, en lo atinente a la modalidad contractual celebrada entre las partes debe precisar la Sala que el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse "*(…) por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*" y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 del *ejusdem*; mientras que el segundo, deberá convenirse en forma expresa por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 ibídem señala que el contrato de trabajo "*cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada*", se entenderá a término indefinido. En otras palabras, debe específicamente acordarse cuál es labor u obra para la que se contrata al trabajador, su programación o punto de medición específico que permitan suponer su límite temporal.

Lo anterior, fue ampliamente examinado por el máximo órgano de esta especialidad en sentencia SL 2600-2018, en la que se expuso:

> "*Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. En este acápite, la Corte dará respuesta a otra de las críticas del recurrente, consistente en que en el contrato debe «señalarse la labor específica a desarrollar». La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado. Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad.*"

Más adelante refirió:

> *"Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado.*"

En línea con lo expuesto, se evidencia que a folio 7 del expediente, obra contrato de trabajo, mediante el cual en la cláusula 6° se expone únicamente:

> *"SEXTA: La duración del presente contrato corresponde a uno de los siguientes eventos: 1. Al tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada, de conformidad con el Art. 45 del CST. 2. Al de la finalización parcial o total de la labor desarrollada y/o de la relación contractual de la empresa con un tercero para quien se ejecuta una o varias actividades. 3. Hasta cuando por razones de reducción o reestructuración de la actividad desarrollada se requiera la disminución de la mano de obra contratada. 4. Cuando finalice la ejecución del trabajo ocasional, accidental o transitorio determinado."*

Del medio de prueba reseñado en precedencia, se verifica que si bien las partes dejaron registrada su vinculación mediante la modalidad anotada, es decir, por la duración de la obra o labor contratada, lo cierto es que resulta evidente que no se especificó por las mismas al momento de su suscripción en qué consistía **la obra o labor que se requería**, **su vigencia,** esto es, **duración o límite temporal**, **ni la naturaleza de la actividad**, tampoco si estaba atada a una situación en particular, concluyéndose que la ejecución de la actividad personal del demandante no estaba sometida a un límite temporal sino circunscrita a la suerte del empleador, en consecuencia, al no estar debidamente delimitada tampoco es dable entender por esta Sala que el contrato de obra o labor contratada nació a la vida jurídica.

Bajo dicho hilo conductor es evidente el dislate incurrió el juez de primer grado, pues es claro que el contrato de obra o labor exige cabalmente que el aspecto contratado quede debidamente delimitado e identificado, además, tal condición resulta imperiosa para efectos de determinar la temporalidad, de tal suerte que no dependa de la voluntad o el capricho del empleador o del mismo trabajador, sino que corresponda a la esencia misma del servicio contratado. En ese sentido, es claro que, al no fijarse la temporalidad y límites del contrato, forzoso resulta dar aplicación al artículo 45 del CST, esto es que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, la vinculación laboral fue desarrollada bajo un contrato a término indefinido, de allí que sea factible declarar su ineficacia.

Así las cosas, se sigue manteniendo la declaratoria de existencia de la relación laboral que ató a las partes entre el 15 de marzo de 2015 al 21 de noviembre de 2016, pero no a través de la modalidad contractual de contrato por obra o labor contratada como lo determinó el fallador de primera instancia, sino, bajo la modalidad de contrato a término indefinido. En ese sentido, se revocará parcialmente el numeral primero de la sentencia consultada.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Contactamos Outsourcing S.A.S. actúo de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que tal como lo afirmó el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a

regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 21 de noviembre de 2016.

De tal manera, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares,** experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impidedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores paramentos la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 20 de noviembre de 2016, fecha en que la encartada terminó el contrato de

trabajo al demandante, su condición de salud no se hallaba comprometida o que le impidiese sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio. Ello, en tanto que, si bien es cierto le fue informado a la ARL Sura el accidente de trabajo, además, le fue diagnosticado "lumbago no especificado", según se advierte de la historia clínica expedida el 20 de septiembre y 16 de noviembre de 2016, también lo es que, en dichos documentos no se evidenció, tampoco se dejó por sentado que la citada enfermedad tuviese la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, de manera que se infiera que éste haya sido el verdadero motivo que llevó al dador del laborío culminar el contrato de trabajo.

De hecho, las citadas historias clínicas, por sí solas, no permiten en el presente asunto colegir la existencia de una discapacidad relevante para el momento en que aconteció el finiquito, en tanto que las fórmulas y recomendaciones contenidas en ellas no fueron más allá de la toma de "NAPROXENO 250 MG", recomendar "BUENOS HÁBITOS ALIMENTARIOS MEDIDAS HIGIÉNICAS", "CAMINAR 30 MINUTOS DÍA – NO ALCOHOL" y la prescripción de 2 días de incapacidad, ello, como consecuencia de la valoración médica que se realizó, sin que se pudiese desprender restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo u otra circunstancia que demostrara una afectación grave su estado de salud o la severidad de alguna lesión. A lo anterior se suma que en ambas oportunidades el profesional en medicina general no consideró procedente la remisión por medicina laboral, situación ratificada por la ARL Sura cuando emitió el informe solicitado por el A quo (fol. 99).

En gracia de discusión, si el diagnóstico "lumbago no especificado" limitó la realización de su labor en condiciones normales, el resultado no se sería distinto como quiera que aquella situación no fue puesta en conocimiento de la demandada, pues, sobre este presupuesto no se adosó ningún medio de persuasión, llámese documental, testimonial o cualquier otro tendiente a verificar que el empleador estaba enterado de dicha enfermedad y de alguna implicación en el desarrollo de la labor. En esa medida, al no estar demostrado dicho supuesto, es decir, el conocimiento del empleador sobre las condiciones especiales de salud de su trabajador al momento de la terminación del contrato[1], mal podría señalarse que su estado determinó la desvinculación, como bien lo apuntó el juzgador de primer grado sobre tal cuestión.

Lo anterior permite concluir que (i) al momento de la terminación del contrato laboral el demandante no se encontraba en una situación particular que no le permitiere sustancialmente el desarrollo normal de su labor y (ii) aun cuando se tuviera por acreditado tal situación de discapacidad, aquel aspecto no fue puesto de presente al empleador, ello con el fin de que adoptara medidas tendientes a lograr su protección y seguridad, en cumplimiento de las obligaciones contenidas en el art. 56 del CST y a su vez interrumpiera la intención de finiquitar el laborío, precisándose que este hecho no puede ser deducido de los medios de convicción atrás reseñados o de la contestación a los hechos de la demanda, en tanto estos supuestos fueron desconocidos.

Así las cosas, el hecho de haber sido diagnosticado con lumbago no especificado, no puede ser por sí solo argumento suficiente para demostrar que se trata de un sujeto de especial protección y, en consecuencia, concluir que su retiro del lugar de trabajo constituyó una discriminación, pues como lo ha dejado sentado nuestra H. Corte

[1] La Corte Constitucional en sentencia T-052-2020 reiteró las subreglas de procedencia de protección del fuero de estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta en razón a su estado de salud, así: En esos casos, además del requisito administrativo de la autorización de la oficina del Trabajo, la protección constitucional dependerá de: *(i)* que se establezca que el trabajador tenga un estado de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, pues no cualquier afectación de la salud resulta suficiente para sostener que hay lugar a considerar al trabajador como un sujeto de especial protección constitucional; *(ii)* que el estado de debilidad manifiesta sea conocido por el empleador en un momento previo al despido, y, finalmente, *(iii)* que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el mismo tiene origen en una discriminación. La jurisprudencia constitucional ha señalado que establecida sumariamente la situación de debilidad, corresponde al empleador acreditar suficientemente la existencia de una causa justificada para dar por terminado el contrato.

Constitucional, sufrir de una enfermedad no es sinónimo de inamovibilidad (C-531/00 C-824/11, T-226/12, T-597/14, T-141/16 y SU-049/17).

Además, resulta forzoso que el empleador conociera de la merma de salud de su trabajador, en grado tal que le impidiera o dificultara el desarrollo de las labores de una manera transcendental, por lo que no es posible ultimar que la desvinculación estuvo motivada en discriminación basada en la discapacidad y, por ende, no es viable imponerle obligaciones que no preveía debido a su desconocimiento, tales como solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para terminar la relación laboral.

En esa medida, al no haber probado el conocimiento de las patologías que padece el actor o que acreditadas fuesen de tal envergadura que condicionarán materialmente la ejecución de labor a favor de su otrora empleador, resulta evidente que no erró el Juez de primer grado cuando consideró que el actor no puede ser cobijado por la estabilidad reforzada que se pretende en el libelo introductor.

Colofón de lo anterior, al estar claro que no opera la protección especial consagrada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, la terminación del contrato no puede declararse ineficaz, razón por la cual se confirmará la sentencia en lo que hace a esta pretensión.

Pretensiones subsidiarias

Sobre este aspecto, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así en cuanto al modo en que terminó la relación laboral, el caudal probatorio da cuenta válidamente que su finalización correspondió a una decisión unilateral que se justificó en lo definido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., es decir, en la causa legal consistente en terminación de la obra o labor contratada. Sin embargo, tal y como se adujo en líneas precedentes se descartó de plano que la vinculación del aquí demandante con la sociedad convocada a juicio fuese dada bajo dicha modalidad, de modo que, no encontrándose justificación alguna, para dar por terminada la relación laboral, deberá la encartada indemnizar al accionante, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 *ejusdem*.

En ese sentido, aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **$2.080.740**, en razón al tiempo de servicio prestado por el actor a su empleadora, esto es, entre el 15 de marzo de 2015 al 21 de

noviembre de 2016. Suma que al ser cancelada deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 22 de noviembre de 2016 y como IPC final el que corresponda al momento de su pago.

Indemnización por despido sin justa causa					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
$ 1.427.700	15/03/2015	14/03/2016	$ 47.590,00	360	**$ 1.427.700**
$ 1.427.700	15/03/2016	22/11/2016	$ 47.590,00	247	**$ 653.040**
Total					**$ 2.080.740**

Excepción de prescripción

Como quiera que al contestar la demanda la pasiva propuso la excepción de prescripción, ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que la terminación del contrato de trabajo se dio el 21 de noviembre de 2016 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 19 de octubre 2018, conforme da cuenta acta de reparto, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

Costas

En primera instancia a cargo de la parte demandada. En este grado jurisdiccional de consulta no se condenará a las mismas, por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral 1° de la sentencia proferida el 26 de noviembre del 2021, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** que entre el señor **JOHN ALEXANDER GÓMEZ** y **CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de marzo de 2015 al 21 de noviembre de 2016, para desempeñar el cargo de auxiliar de operaciones, el cual fue terminado sin justa causa, conforme a la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral 2° de la sentencia consultada, para en su lugar **CONDENAR** a la empresa convocada a pagar únicamente a favor de **JOHN ALEXANDER GÓMEZ**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de **$2.080.740**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 22 de noviembre de 2016 y como IPC final el que corresponda al momento de su pago, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

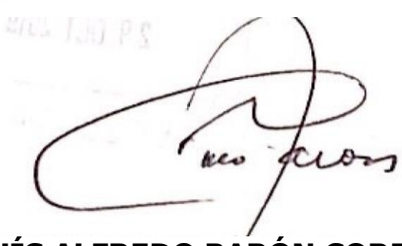
TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS la excepción de prescripción propuesta oportunamente por la parte demandada.

CUARTO: CONDENAR en costas en primera instancia a favor de la parte demandante y a cargo de **CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.** En este grado jurisdiccional de consulta no se condenará a las mismas, por no haberse causado.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

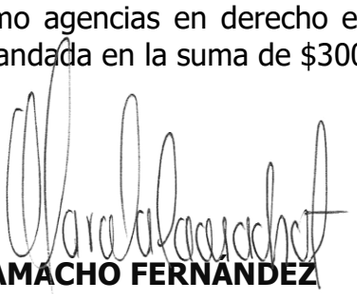


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **JOHN ALEXANDER GÓMEZ** y a cargo de la demandada en la suma de $300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	DIEGO ARMANDO MEDINA CHARRY
Demandadas:	TRADECO INFRAESTRUCTURA SUCURSAL COLOMBIA Y OTRAS
Radicado No.:	29-2016-00101-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDADAS – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Diego Armando Medina Charry instauró demanda ordinaria contra Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia y solidariamente a Constructora de Infraestructura Vial S.A.S. -Coninvial S.A.S.- y Concesionaria Vial de los Andes S.A.S. -Coviandes S.A.S.-, con el propósito de que se declare que son responsables de las obligaciones laborales que surgieron del contrato de trabajo celebrado con la primera de estas, entre el 28 de febrero de 2013 al 9 de febrero de 2016, en el cargo de coordinador general HSEQ y social, para dar cumplimiento al contrato de construcción No. 123 OT 032 – 001 de 7 de noviembre de 2013. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de cesantía y sus intereses entre el 1 de enero de 2015 al 9 de febrero de 2016, vacaciones por todo el tiempo laborado, prima de servicios del 1 de enero al 9 de febrero de 2016, despido sin justa causa, salarios insolutos, indemnización moratoria, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue vinculado laboralmente por la empresa Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de coordinador general HSEQ y social, desde el 28 de octubre de 2013 y hasta el 9 de febrero de 2016, fecha en que su empleador terminó unilateralmente el vínculo laboral sin justa causa. Refirió que devengaba en el 2015 y 2016 la suma de $6.241.000, además, que las actividades de Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, en su calidad de constructor y las de su personal, son labores necesarias para que la empresa Coninvial S.A.S., en su calidad de subcontratista de la empresa Coviandes S.A.S., concesionaria de la vía Bogotá Villavicencio, pudieran desarrollar actividades a las que se dedica ordinariamente. (Cuad.1, fols. 27 a 36).

2. Contestación de demanda.

2.1. Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que los montos pretendidos por el actor se hallan en disconformidad con la liquidación definitiva del contrato. Frente a los supuestos fácticos aceptó lo relacionado con la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, cargo desempeñado, horario, salario devengado y el despido sin justa causa. En lo demás señaló no ser cierto o no constarle. No propuso excepciones de fondo. (Cuad.1, fols. 151 a 162).

2.2. Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. Al momento de descorrer el término de traslado las llamadas a juicio se opusieron a las pretensiones de la demanda, argumentando que de conformidad con el artículo 34 del CST, las labores desarrolladas por las sociedades difieren de las labores eminentemente técnicas y especializadas, para las cual fue contratado el actor por su supuesto empleador. En todo caso, dijeron que no es beneficiaria o dueña de la obra en los términos de la citada disposición. Propusieron las excepciones de mérito que denominó buena fe, inexistencia de las obligaciones, falta de título y causa en el demandante, cobro de lo no debido, pago, prescripción, compensación, enriquecimiento sin justa causa y genérica. (Cuad.1, fols. 204 a 227 y 299 a 317).

3. Contestación demanda y llamamiento en garantía

3.1. Liberty Seguros S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que entre el demandante y la aseguradora no existió relación jurídica o contractual. Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, sostuvo que le fue solicitada la expedición de la póliza núm. 2281692, donde el tomador y afianzado fue Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia y como asegurado o beneficiario a Coninvial S.A.S., desde el 1 de octubre de 2015, sin que dentro de las coberturas se encuentre el pago de indemnización alguna. Indicó que la citada beneficiaria de la póliza no fungió como empleador directo del demandante, tampoco le asiste obligación alguna como resultado de una responsabilidad solidaria.

Como medios exceptivos propuso inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido (restricción de la póliza), límite del valor asegurado, vigencia de la póliza, prescripción laboral, compensación y genérica. (Cuad.2, fols. 521 a 526).

3.2. Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia. Mediante auto adiado 11 de diciembre de 2019 el A quo tuvo por no contestado el llamamiento en garantía realizado por las codemandadas. (Cuad.2, fol. 622).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de abril de 2021, en la que la falladora declaró que existió un contrato de trabajo entre el accionante y Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia entre el 28 de octubre de 2013 al 9 de febrero de 2016, devengando como salario final la suma de $6.241.000. En consecuencia, condenó a ésta al pago de salarios insolutos, vacaciones, prima de servicios, cesantías y sus intereses, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria. Así mismo, condenó a Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. a responder solidariamente por el pago de las condenas impuestas a Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia y a Liberty Seguros S.A., derivadas de la póliza núm. 2281692 a excepción del valor correspondiente a vacaciones.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, en primer término, indicó que no existía discusión en cuanto los presupuestos del nexo laboral, extremos y salarios, ya que los mismos son aceptados por la demandada Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia.

De esta manera centró el problema jurídico en dilucidar si al actor le adeudan las acreencias laborales solicitadas en el escrito primigenio, adicionalmente, definir la responsabilidad solidaria de las codemandadas, así como los llamamientos en garantía. Del análisis del recaudo probatorio, la falladora de primera instancia coligió que el empleador adeuda salarios, vacaciones, prima de servicios, cesantías y sus intereses al trabajador, y en lo que hace a la indemnización por despido sin justa causa, indicó que no fue motivo de discusión, de ahí que imperativo resultaba su condena.

Referente a la indemnización moratoria sostuvo que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de antaño ha dicho que se debe verificar si el actuar del empleador fue de buena fe, caso en el cual se absolverá de la misma. De esta forma, refirió que las crisis económicas no deben afectar los derechos de los trabajadores, por manera que las razones dadas por la encartada para abstenerse del pago de las prestaciones sociales y así exonerarse de la moratoria no estaban llamadas a prosperar, lo que imponía su pago a favor del trabajador.

Referente a la responsabilidad solidaridad señaló que conforme lo ha adoctrinado la citada corporación y del análisis de los medios de convicción allegados al plenario, el objeto social de las codemandadas guardaba similitud con las actividades desempeñadas por Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia en virtud del contrato celebrado entre aquellas. Así, luego de analizar el Contrato General de Obras 444-123-10 celebrado entre Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S., el Contrato de Construcción 123-OT-032-001 celebrado entre esta última y Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia y las funciones del demandante, sostuvo que la contratación del mismo se hizo con fundamento en el Contrato de Construcción 123-07-032-001 y que su actividad laboral aunque no es relacionada directamente con la construcción, si es conexa con las obligaciones que tenía su empleador. Consideró que en el presente asunto se presenta la solidaridad del que trata el artículo 34 del CST y, por lo tanto, Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. debía responder solidariamente frente a las condenas que se impusieron a Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia.

En lo atinente al llamamiento de garantía expuso que el actor prestó sus servicios en desarrolló del contrato de Construcción 123-07-032-001 y hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo. En razón a ello, dijo que la póliza núm. Bo-2281692 no excluye el amparo de las indemnizaciones de cara a la carátula de condiciones de la Póliza de Cumplimiento para Particulares, por manera que debía condenar a la asegurada hacer efectivo el amparo de las condenas en cabeza del beneficiario, a excepción de las vacaciones que no están incluidas en las condiciones. (Cuad.2, Cd. a fol. 687).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación indicando que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, el reconocimiento de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST, no opera de manera automática, en tanto que se requiere que se acredite si obró de buena o mala fe. En esa medida, dijo que la misma no procede en tanto que quedó demostrado la inexistencia de mala fe por parte del empleador, ya que tuvo pleno interes e intención de efectuar el pago de las acreencias laborales debidas al momento del finiquito de la relación laboral, situación que se vio compelida ante la grave situación económica a la que se enfrentó a la terminación del contrato suscrito con Coninvial S.A.S. (Cuad.2, Cd. a fol. 687).

5.2. Coninvial S.A.S. En su alzada esgrimió que el A quo erró al interpretar el artículo 34 CST, ello en atención a que la solidaridad no opera automáticamente, de conformidad con el precedente jurisprudencial, además, por cuanto no se debe confundir los conceptos objeto social y giro ordinario de los negocios. En ese sentido, dijo que dentro del plenario quedó acreditado que el actor ejerció actividades de coordinador general HSEQ y social, es decir, labores de seguridad y salud en el trabajo respecto de los trabajadores de Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia. Aunado a que Coninvial S.A.S. no tenía el personal ni los materiales para desempeñar actividades de construcción, en tanto que había sido constituida para administrar contratos de construcción, de ahí que contratara a la citada sucursal para desempeñar esas actividades de construcción.

Consideró, entonces, que es una actividad ajena al giro ordinario de los negocios, ya que contrata a alguien para realizar las construcciones, de esta manera y de cara a la labor realizada por el actor, esto es, administrativo, rompe completamente el nexo causal contenido en el artículo 34 del CST. Refirió que de conformidad con la sentencia SL 264 - 2021, debe plantearse un límite temporal a la solidaridad y, por ende, si el contrato civil entre las empresas finalizó el 16 de enero de 2016, no se puede condenar a la sociedad al pago de una indemnización moratoria que trasciende a esa fecha.

De otro lado, refirió en relación del llamamiento en garantía realizado a la empresa Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, que el A quo no se detuvo a verificar la solicitud de llamado de la citada codemandada en consideración a que el contrato civil suscrito de construcción núm. 123 se planteó una cláusula de indemnidad en la cual aquella se comprometió a dejar indemne a Coninvial S.A.S. de cualquier tipo de reclamación, incluidas naturalmente las labores respecto de la ejecución de ese contrato. Así las cosas, dijo que de conformidad con la cláusula es quien debe asumir la responsabilidad de las condenas. (Cuad.2, Cd. a fol. 687).

5.3. Coviandes S.A.S. Sostuvo que no tuvo una relación contractual con Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, además, que el hecho de que Coninvial S.A.S. y Coviandes S.A.S. tengan un nexo contractual para efectos de desempeñar actividades del giro ordinario de los negocios, de ninguna manera extiende los efectos de la solidaridad a esta última. Expuso que no es contratista independiente, de manera que se rompe el nexo de causalidad contenido en el artículo 34 del CST, además, que no existe límite temporal de manera que no se puede condenar a la responsabilidad solidaria. (Cuad.2, Cd. a fol. 687).

5.4. Liberty Seguros S.A. La llamada en garantía se adhirió a las apelaciones de las codemandadas Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. relacionadas con la inconformidad presentada con la responsabilidad solidaria declarada. En lo que hace a la póliza núm. Bo-2281692 esgrimió que su regulación se encuentra señalada en las normas del derecho civil y comercial, de manera que, si bien el juez laboral tiene la capacidad de afectar una póliza en virtud del llamado, no puede desconocer ni apartarse de las citadas preceptivas legales.

Así las cosas, manifestó que debe hacerse estricta aplicación al contrato de seguros en razón a que el A quo no tuvo en cuenta que no está demostrado que el servicio prestado por el aquí demandante lo hubiera sido en virtud del contrato garantizado dentro de la póliza en mención, pues no pudo haber prestado servicios en virtud del contrato núm. 123 como quiera que aquel contrato objeto de amparo fue posterior a la fecha en que fue vinculado laboralmente el actor.

Indicó que en el contrato de seguros no se encuentra la cobertura por concepto de indemnizaciones, ya que el amparo específicamente se determinó en lo que hace al cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, salarios y prestaciones sociales, de ahí el equivocó en que incurrió la A quo al ir más allá de lo pactado en el contrato. (Cuad.2, Cd. a fol. 687).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. Alegó en su favor que se encuentran demostrados los elementos necesarios para acceder a todas y cada una de las pretensiones de la demanda derivadas del contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre Diego Armando Medina Charry y Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, para dar cumplimiento al contrato de construcción No. 123 OT 032- 001, de fecha 7 de noviembre de 2013 suscrito entre el empleador y Coninvial S.A.S., en su calidad de sub contratista de la empresa COVIANDES S.A.S., demandadas que son solidariamente responsables de conformidad con el artículo 34 del C.S.T.

6.2. Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. En su escrito de alegaciones señalaron que las actividades desarrolladas por el accionante se realizaban en razón al vínculo laboral que existió entre este y la sociedad Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia las cuales fueron de carácter administrativo y ajenas a la actividad de mis Coninvial S.A.S. Refirieron que la solidaridad se depreca exclusivamente respecto de los salarios y prestaciones de los trabajadores del contratista, siempre que las labores desarrolladas por el contratista no sean extrañas a las actividades de la empresa contratante o beneficiaria de la obra, es decir, que dicha solidaridad sólo puede predicarse entre un contratista independiente y el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, y sólo se configura en aquellos casos en los que las actividades normales de la Empresa o negocio, sean las mismas que se han recomendado para desarrollar por el contratista

Manifestaron que en la motivación de la sentencia de primera instancia se argumentó que existe solidaridad entre las codemandadas, obviando que el actor desarrolló sus actividades como coordinador general HSEQ y social a favor de Tradeco; actividad que dista del giro ordinario de los negocios de Coninvial, pues de hecho esta actividad administrativa no solo es necesaria en el escenario de los trabajadores de la construcción, sino respecto de las relaciones laborales cualquiera sea la naturaleza o tipo de actividad, de manera que se tiene que la Juez de instancia perdió de vista lo señalado por la jurisprudencia de cara a la realidad del proceso en que el quedó debidamente acreditado que las actividades ejecutadas por el actor no tuvieron ninguna relación con el "core" del negocio.

6.3. Liberty Seguros S.A. Expuso que la póliza BO 2281692 fijó como inicio de vigencia el 8 de noviembre de 2013 y como objeto garantizar la ejecución del Contrato 123-OT-032-001, suscrito el 7 de noviembre de 2013 y cuyo inicio de actividades se realizaría a partir de esa fecha; de tal manera que resulta un imposible material afirmar que el demandante, como trabajador de Tradeco, prestó sus servicios a favor o en virtud del precitado Contrato 123-OT-032-001, ya que aquel inició y se suscribió 7 de noviembre de 2013, en fecha posterior al inicio del contrato de trabajo del actor 8 de octubre de 2013.

Adujo que la condena impartida por la a quo a título de indemnizaciones (por despido y moratoria), desborda el ámbito de compromiso del garante, porque en ninguna parte de la carátula o contratos, se encuentra consagrado aquel -indemnizaciones o sanciones- como objeto de amparo o garantía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y llamada en garantía se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Erró la cognoscente de primer grado al condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, cuando es evidente la existencia de buena fe de la empleadora en sus actuaciones frente al actor?

- ✓ ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó la juez de primer grado, al considerar que Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S., son solidariamente responsables en el pago de las condenas que se le impusieron a la otrora empleadora, en los términos del artículo 34 del CST?

- ✓ ¿Se equivocó la A quo al colegir que la póliza de seguros ampara el pago de las indemnizaciones objeto condena, sin estarlo en los amparos del contrato de seguros?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 28 de octubre de 2013 al 9 de febrero de 2016, tampoco que la labor desempeñada por el trabajador fue de coordinador general HSEQ y social y que tuvo como último salario la suma de $6.241.000. No se discute igualmente que a la finalización del nexo contractual se adeudan prestaciones sociales, salarios, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa. Inferencias que sin duda no fueron recurridas por las partes.

Indemnización moratoria

Sentado lo anterior y en lo atinente a la indemnización moratoria, aduce el recurrente que como empleador actuó de buena fe al abstenerse de cancelar las prestaciones sociales y salarios a la finalización del vínculo laboral, en tanto estimó que se encontraba atravesando un difícil estado económico, para dicha calenda, situación que, contrario a lo dicho por la A quo, si estaba demostrada en el plenario, dada la certificación que expidió la contadora general de la empresa.

En lo atinente a este reproche cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe al no cancelar las prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral, por ende, le asiste razón a la sentenciadora de primer grado al considerar que había lugar a su condena, toda vez que el deudor moroso no demostró que su obrar hubiese estado ceñido a la buena fe, pues, sobre este tópico ningún medio de prueba arrimó.

Lo anterior, porque contrario a lo esgrimido por la censura, si bien se indicó que para el momento en que feneció el vínculo laboral con el actor se encontraba en incapacidad de pagar las prestaciones sociales dado a que se encontraba atravesando una deficiencia económica, también lo es que tal afirmación no encuentra su demostración, en tanto que, en torno a la certificación expedida por la contadora general de la empresa, la cual pretende la censura se tenga en cuenta, es claro que la misma debe descartarse, pues cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella.

De todas maneras, si la Sala considerara que al momento del finiquito de la relación laboral la empresa se encontraba en difícil situación económica, la conclusión no sería distinta, pues es claro que tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, en tanto que, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, "*aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo.*" (SL16884-2016)

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que le asiste razón a la sentenciadora primigenia, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de que la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido entrega de forma inmediata la liquidación de prestaciones, toda vez que las razones dadas por la empresa solo quedaron en simples afirmaciones, las cuales, como bien es sabido, lejos está de tenerse en cuenta.

De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria de la cognoscente de primer grado, en lo que hace a este punto de reproche.

Responsabilidad solidaria de Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S.

Aduce el demandante que las sociedades Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. son solidariamente responsables de todas las acreencias laborales a él adeudadas por su empleador Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, en tanto los objetos sociales son afines, los servicios prestados por aquel fueron en beneficio de aquellas, cuyas funciones, así como las actividades realizadas por su empleador, radican principalmente en el desarrollo del rol social de las citadas sociedades.

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia SL 13686 del 2017, acerca a lo estipulado en el artículo 34 del CST, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente. En esa medida,

ha señalado la Corporación que dicha disposición, tiene como finalidad garantizar y proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tienen derecho y que resultan de la contratación que efectúe el beneficiario del servicio o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que, la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera exigiendo la citada disposición se demuestre (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante[1]; (iii) que exista contrato de trabajo entre el contratista y el actor; (iv) que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, en el presente asunto no existe duda de la relación laboral entre el demandante y Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, y de igual forma dadas las probanzas recaudadas en el plenario se puede establecer que entre esta sociedad como contratista y Coninvial S.A.S., como beneficiaria del servicio, existió un vínculo de derecho civil, además, entre esta última y Coviandes S.A.S. se celebró un contrato de igual naturaleza, en tanto se arrimó al cartapacio lo siguiente:

- ✓ Contrato General de Obras No. 444-123-10 suscrito por Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. el 5 de noviembre de 2010, cuyo objeto consistió en *"(…) la construcción de las obras de una nueva calzada ubicada en el tercio medio de la carretera Bogotá – Villavicencio sector el Tablón-Chirajara, la construcción de obras dentro del corredor actual, y el mejoramiento de la carretera antigua de acceso a Villavicencio de conformidad con lo establecido en Las Especificaciones de Construcción tal y como se relaciona en el numeral 20.2 del presente contrato. Las obras se ejecutarán, de conformidad con los diseños Fase III elaborados por COVIANDES y revisados por el INCO y las Intervención CONINVIAL, mediante la suscripción del presente Contrato, asume los diseños como propios, y por lo tanto el riesgo de diseño. Este riesgo podrá ser transferido a sus subcontratistas, quienes deberán mantener a CONINVIAL indemne. Lo anterior, no exonera al Contratista del riesgo de diseño frente a COVIANDES*" (Cuad.1, fols. 163 a 203).

- ✓ Contrato de Construcciones 123-OT-032-001 suscrito por Coninvial S.A.S. y Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia el 7 de noviembre de 2013, cuyo objeto consistió en "*la realización de Estudios y Diseños Definitivos Fase III, la construcción de una calzada nueva en el sector 4ª Chirajara (K60+575-61+300.5) de la carretera Bogotá – Villavicencio, cuyas obras principales son entre otras: (…); incluyendo pero sin limitarse a las otras hidráulicas, geotécnicas, estructurales, de estabilización de taludes, asociadas a las obras principales; así como desarrollar durante la duración de los trabajos la gestión ambiental, el manejo de tráfico, el trabajo social y la custodia predial correspondiente*" (Cuad.1, fols. 84 a 141).

En ese orden, resulta necesario establecer la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos suscitados con anterioridad, a fin de verificar si hay lugar a endilgar responsabilidad solidaria a Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S., en virtud del artículo 34 del CST, con ocasión de las obligaciones a cargo de Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia para con el señor Diego Armando Medina Charry.

[1]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Así es menester acotar en este punto que, la disposición legal reseñada y que enmarca la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios y demás acreencias laborales a que tienen derecho los trabajadores del primero, exige que las actividades que desarrollen uno y otro tengan similar o igual giro ordinario de actividades, es decir, tengan correspondencia en su objeto social. No obstante, ello no quiere decir que el contratista independiente deba cumplir labores idénticas a las que desarrolla el beneficiario de la obra para así dar lugar a la responsabilidad solidaria por parte del último, ni tampoco que cualquier actividad desarrollada por el beneficiario del servicio de lugar a ello, en tanto, tal y como lo refiere el aparte normativo aquí estudiado, es necesario que las labores desarrolladas por estos coincidan en el fin o propósito que persigue el empresario, tal y como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL14540-2014.

Esclarecido lo anterior, se tiene que Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, según certificado de existencia y representación legal tiene como objeto social, entre otras cosas: "*(…) C. LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y PRIVADAS, ASÍ COMO LA PROMOCIÓN, ADMINISTRACIÓN, PARTICIPACIÓN Y LA REALIZACIÓN DE CUALQUIER ACTIVIDAD RELACIONADA CON NEGOCIOS INMOBILIARIOS, INDUSTRIALES, COMERCIALES, POR CUENTA PROPIA O DE TERCEROS. D. PARTICIPAR EN TODA CLASE DE CONCURSOS Y LICITACIONES CONVOCADAS POR EL ESTADO O POR ENTIDADES PRIVADAS, PARA LA CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y PRIVADAS, PARA LA COMPRAVENTA DE TODO TIPO DE BIENES Y/O PARA LA PRESTACIÓN DE CUALQUIER CLASE DE SERVICIOS ESPECIALMENTE LOS RELATIVOS A LA CONSTRUCCIÓN, PROMOCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE BIENES INMUEBLES (…)"* (Cuad.1, fls. 77 a 79)

Por su parte, la sociedad Conviandes S.A.S., tiene como objeto social *"(…) LA PARTICIPACIÓN EN LICITACIONES DE DIFERENTES ÍNDOLE, PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN Y LA EJECUCIÓN DE AQUELLOS QUE LE SEAN ADJUDICADOS. EN DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD PODRÁ EJECUTAR LAS ACTIVIDADES DE DISEÑO, CONSTRUCCIÓN, EQUIPAMIENTO, CONSERVACIÓN, MANTENIMIENTO, FINANCIACIÓN, EXPLOTACIÓN Y OPERACIÓN POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN DE LOS PROYECTOS QUE LE SEAN ADJUDICADOS (…)"*.

Mientras que Coninvial S.A.S. tiene como objeto social "*(…) LA PARTICIPACIÓN EN TODO TIPO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN CALIDAD DE SUBCONTRATISTA Y COMO CONTRATISTA DE ACTIVIDADES DE OBRA Y CONSTRUCCIÓN NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS CON CONTRATISTAS QUE EJECUTE, PUDIENDO PARA TAL EFECTO, CELEBRAR CUALQUIER MODALIDAD DE CONTRATO, EN ESPECIAL LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO O E.P.C. (ENGINEERING, PROCUREMEN AND CONSTRUCTIÓN). 2. LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS POR CUALQUIER ESQUEMA CONTRACTUAL QUE SE PACTE, EL DESARROLLO TOTAL O PARCIAL, POR CUENTA DE TERCEROS, DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y PRIVADAS BAJO CUALQUIER SISTEMA EN BIENES MUEBLES E INMUEBLES, CUALQUIERA QUE SEA SU DESTINACIÓN, ASÍ COMO LA GERENCIA DE PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS O PRIVADAS (…)"*

Como se puede observar existe un punto de convergencia entre las sociedades mencionadas y es aquel que relacionado con la construcción de obras públicas o privadas, que por disposición le corresponde tanto a Conviandes S.A.S. como a Coninvial S.A.S., en consecuencia, tienen un mismo fin, de ahí que las actividades del subcontratista no le son ajenas o extrañas a los beneficiarios del contrato de prestación de servicios, con lo cual emerge sin dubitación el último elemento de la solidaridad que reclama el artículo 34 del CST.

En ese orden de ideas, es claro que la sentenciadora de primer grado no se equivocó al colegir que Conviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. en su condición de beneficiarias del servicio deben responder de manera solidaria por las condenas que se impusieron a Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, dado que la actividad desarrollada por la subcontratista cubrió una necesidad propia de las beneficiarias, pues la construcción de obras desarrolladas por las primeras, directamente está vinculadas con la explotación del objeto social de la tercera.

Conclusión esta que no puede ser derribada, como quiera que los señores Luis Hernando David Lamar y Luis Antonio Pinzón Barreto, testigos de las codemandadas, manifestaron que Conviandes S.A.S., fue creada cuando Conviandes S.A.S. adquirió el contrato de concesión para el diseño, construcción, operación, mantenimiento y financiación de la vía Bogotá- Villavicencio entre el Tablón y Chirajara, cuyo fin era asumir la responsabilidad de la contratación de la construcción, iniciando con la administración de los contratados y finalmente con la subcontratación para el desarrollo de la carretera.

Ello en atención a que tales afirmaciones no se compadecen con el objeto social para el que fue creado la sociedad, pues si bien dentro de este se encuentra la autorización para celebrar contrataciones con terceros para el desarrollo de su fin social, no obstante, también es cierto que la sociedad tiene habilitada la construcción de obras o públicas bajo cualquier esquema contractual, de ahí que entienda la Sala se haya pactado entre Conviandes S.A.S. y Conviandes S.A.S. Contrato General de Obras 444-123-10, cuyo fin correspondió precisamente a la construcción de las obras de una nueva calzada ubicada en el tercio medio de la carretera Bogotá – Villavicencio sector el Tablón – Chirajara, permitiéndole a su vez al contratista la subcontratación "*de alguna o algunas Órdenes de Trabajo, siempre que medie autorización previa, expresa y escrita de Coviandes*", aspecto que como se vio ocurrió al celebrarse el contrato con Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia.

En esa orientación, es claro que la actividades realizadas y contratadas por Conviandes S.A.S. a Coninvial S.A.S. y está a última a su vez a Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia resultan conexas, afines y esenciales no solo para el desarrollo de sus objetos sociales, sino, también para la esencia y ejecución misma de los contratos de obra que atrás se hicieron alusión. Y es que en tratándose de contratos para la realización de obras nuevas o de mantenimiento y la solidaridad laboral del beneficiario o dueño de la obra, basta a traer a colación lo ya dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5121-2021:

> "*Tratándose de contratos para la realización de obras nuevas o de mantenimiento, la Sala ha considerado que no basta con que la actividad pueda servir de apoyo al negocio del beneficiario de la obra, sino que se requiere que haga parte de su esencia, en la medida en que sirva como soporte inherente al cabal desarrollo del objeto social (CSJ SL4400-2014).*
>
> *Aquí, conforme a lo expuesto en la sentencia CSJ SL5033-2020, resulta oportuno recordar que esta Sala, en la providencia CSJ SL, 10 marzo 2009, radicación 27623, expuso:*
>
> > *Y no se equivoca el Ad quem en dilucidar la existencia del giro ordinario de negocios como presupuesto de la solidaridad del beneficiario de la obra con el contratista independiente, dándole primacía a la realidad de la actividad de los negocios sobre las formalidades comerciales, de manera que se pueda predicar que cuando el empleador realiza por sí o por terceras personas, obras* ***nuevas o de mantenimiento, que van a ser parte de la cadena productiva,***

> ***instrumento para la manipulación de las materias que se transforman o de los productos acabados, está justamente desempeñándose en el giro propio de sus negocios;*** *sería un contrasentido calificar esa actividad como extraña a las actividades normales de la empresa, simplemente, porque se omitió incluirla en la relación descriptiva del objeto social; o porque no se le da aplicación a la cláusula de reserva que suele aparecer en los estatutos sociales, aquella del tenor que aparece en el Certificado de la Cámara de Comercio de la entidad recurrente en casación: 'En general celebrar y ejecutar todo acto o contrato que se relacione con o complemente el objeto social principal'; o porque el empleador violó los límites de su objeto social, y se adentró en actividades ajenas a las formalmente declaradas en la Cámara de Comercio, caso en el cual, el espíritu tuitivo del derecho laboral ha de conducir a tomar una decisión que no implique que quien resulte sancionado sea el trabajador. (Negrillas fuera de texto)*
>
> *Por otra parte, en la sentencia CSJ SL14692-2017, en la cual se precisó que surge la solidaridad cuando se contrata la ejecución de una obra que «[…] se requiere para dar estricto observancia a su propósito de explotación o como explica la doctrina y jurisprudencia foránea es una actividad que complementa "la terminación de ese producto, o servicio final (a modo de engranajes imprescindibles), actividades sin las cuales la empresa principal no podría trabajar o le sería imposible cumplir su finalidad"», en tanto existe una correlación directa, que constituye una actividad esencial e indispensable ligada con su objeto económico."*

De cara al referente jurisprudencial resulta forzoso señalar que las actividades contratadas por las codemandadas son las propias para la consecución y cabal desarrollo y ejecución de su objeto social y contractual, de ahí que la Sala evidencie que en ningún momento incurrió en error la A quo al señalar la existencia del nexo de causalidad necesario para declarar la responsabilidad solidaria de aquellas en el pago de acreencias laborales, a más porque las funciones que realizó el actor son afines a la actividad de construcción.

Ahora, la censura expone que no puede ser declarada responsable solidariamente como quiera que se quebrantaron los límites temporales que establece el artículo 34 del CST, en la medida que las acreencias laborales se causaron con posterioridad a la finalización de la relación contractual que existió entre las codemandadas. Empero, tal discernimiento tampoco puede ser acogido por la Sala, pues aunque es natural que para declarar la responsabilidad solidaria se requiere que el vínculo laboral se esté ejecutando y que las codemandadas se estén beneficiando precisamente de los servicios prestados por el trabajador, a raíz del nexo civil o comercial que tengan, tal aspecto en este asunto encuentra su demostración en la medida que el contrato de trabajo del promotor del litigio estuvo vigente desde el 28 de octubre de 2013 al 9 de febrero de 2016, es decir, en vigencia del Contrato General de Obras No. 444-123-10 suscrito por Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. el 5 de noviembre de 2010 y el Contrato de Construcciones 123-OT-032-001 suscrito por Coninvial S.A.S. y Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia el 7 de noviembre de 2013, debiéndose además precisar que contrario a lo esgrimido por la recurrente, no obra en el expediente medio de convicción tendiente a demostrar que estos nexos contractuales finalizaron antes de la terminación del laborío.

Con todo lo anterior, se impone confirmar la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. a pagar solidariamente las sumas dinerarias allí deducidas en contra de Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia.

Llamamiento en garantía Liberty Seguros S.A.

Sobre tal aspecto, aduce la aseguradora apelante que la A quo se equivocó al considerar que debía responder por el valor de las indemnizaciones condenadas en este asunto, en tanto que aquellos emolumentos no se encuentran amparados en el contrato de seguros.

En tal direccionamiento, en lo que hace a la figura del llamamiento en garantía, cumple recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que esté, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine qua non* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás. Resaltando, que el juez de trabajo es competente para definir la relación sustancial entre los citados, no sólo porque ello permite materializar el principio de economía procesal, sino, además, por cuanto de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterativa en señalar su procedencia dentro del proceso ordinario laboral, tal como lo fue en las sentencias SL 471–2013, SL 14540-2014, SL 14619-2014, SL 16675-2014, SL 5636-2019, SL 4570-2019, SL 5031-2019, SL 462-2021, SL 987-2021, entre otras.

En este punto, vale la pena aclarar que al revisar la línea jurisprudencial del Alto Tribunal, no existe una razón sólida que justifique apartarse de aquélla, máxime cuando se tiene dicho por la Sala de Casación Laboral de la CSJ que dicha figura procesal cobra mayor relevancia en la medida que propende por el amparo del debido proceso de quien es convocado a responder por la indemnización del perjuicio o del reembolso que tuviere que hacer por cuenta de la relación legal o contractual de quien fue condenado en la sentencia, lo cual, a su vez habilita a las partes para solicitar el señalado reembolso, sin que tenga que asumir la carga de iniciar un nuevo proceso, en virtud del principio de economía procesal.

Con fundamento en lo anterior, resta examinar entonces si, como afirma la aseguradora recurrente, la juez de primer grado desconoció las condiciones de la póliza, en tanto que el amparo no estaba circunscrito a las indemnizaciones condenadas. En esa medida, basta con revisar la póliza de cumplimiento para particulares núm. 2281692, para significar que, como lo dio la llamada en garantía, el contrato de seguros ampara los riesgos generados respecto de las obligaciones emanadas en el desarrollo de la ejecución de la obra, únicamente sobre el cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, salarios y prestaciones. (Cuad.1, fols. 365 a 368)

En tal virtud es claro el error en que incurrió la juez primigenia al considerar que la aseguradora debía amparar el riesgo derivado de las condenas relacionadas con la indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria, en los términos indicados por aquélla. Por lo expuesto se modificará el numeral décimo segundo de la sentencia confutada, para en su lugar **CONDENAR** a la citada aseguradora haga efectiva la póliza de cumplimiento para particulares núm. 2281692, únicamente sobre la cobertura exclusiva de los riesgos amparados y hasta el máximo del valor asegurado.

Llamamiento en garantía de Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia

Sobre este tópico y atendiendo la discusión que propone la recurrente, quien considera que se debe dar eficacia a la cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Construcción 123-OT032-001, según la cual Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia:

> *"deberá mantener a CONINVIAL y/o COVIANDES, a sus representantes y empleados, indemnes y libres de los daños y perjuicio que puedan derivarse de todo reclamo, demanda, litigio, acción judicial, reivindicación y fallo de cualquier especie y naturaleza que se entable contra COVIANDES y/o CONINVIAL por causa de las acciones u omisiones en que incurra el CONSTRUCTOR, sus agentes, empleados, subcontratistas durante la ejecución del presente Contrato y con ocasión del mismo.*
>
> *Igualmente el CONSTRUCTOR mantendrá indemne COVIANDES y/o CONINVIAL respecto de cualquier costo en que el CONSTRUCTOR pueda incurrir o deba asumir como resultado de cualquier retiro de personal o equipo. (…)"*

Al respecto, debe señalarse que si bien entre Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia y Coninvial S.A.S. se pactó la aludida cláusula de indemnidad, para la Sala tal circunstancia no puede ser considerada como motivo para aceptar la exoneración de Coninvial S.A.S. y Coviandes respecto de la responsabilidad solidaria declarada, pues es evidente que con dicho arreglo es contrario las garantías mínimas laborales que precisamente el legislador previó para este tipo de asuntos.

Debe recordarse que la intención del legislador con la disposición del artículo 34 del CST, como se dijo al principio de esta providencia, fue la de "*precaver, que el contrato de obra o los servicios concertados, no fueran utilizados por las compañías, para evadir las obligaciones sociales y, como los pequeños contratistas algunas veces caían en insolvencia, estableció, en favor de los trabajadores, la responsabilidad solidaria entre el contratista y el beneficiario, por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones.*" (SL181-2022)

De ahí que la solicitud realizada por la censura no sea aceptable, pues, aparte de que desconoce abiertamente la intención del legislador en estos asuntos donde se reclama responsabilidad solidaria, tal aspecto es una limitante para que el trabajador recaude el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho, lo que impone sin de duda la ineficacia de dicha cláusula, en los términos del artículo 13 del CST.

Así las cosas, como quiera que no procede la garantía esbozada en la disposición contractual antes referida, se confirmará la sentencia de primer grado.

Costa

En esta instancia a cargo de las demandadas Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, Coninvial S.A.S.-, Coviandes S.A.S.- y Liberty Seguros S.A., ante la no prosperidad en el caso de las tres primeras de los recursos de apelación propuestos y en el caso de la llamada en garantía ante la prosperidad parcial de la censura. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 12° de la sentencia proferida el 30 de abril del 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a **LIBERTY SEGUROS S.A.** haga efectiva la póliza de cumplimiento para particulares núm. 2281692, únicamente sobre la cobertura exclusiva de los riesgos amparados y hasta el máximo del valor asegurado, conforme a lo considerado.

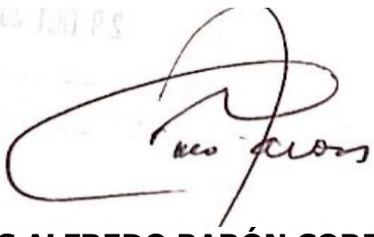
SEGUNDO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor del actor y a cargo de Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, Coninvial S.A.S.-, Coviandes S.A.S.- y Liberty Seguros S.A. Las de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

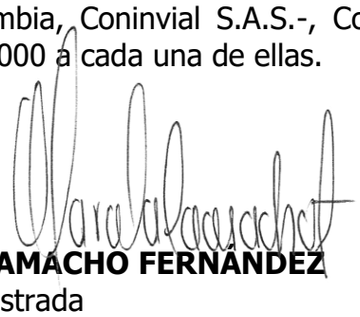


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del actor y a cargo de Tradeco Infraestructura Sucursal Colombia, Coninvial S.A.S.-, Coviandes S.A.S.- y Liberty Seguros S.A. en la suma de $3.000.000 a cada una de ellas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JULIO ENRIQUE VIVAS SÁENZ
Demandadas:	BUSES AMARILLOS Y ROJO S.A.
Radicado No.:	29-2019-00690-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO-GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA-CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Julio Enrique Vivas Sáenz instauró demanda ordinaria contra Buses Amarillos y Rojo S.A., con el propósito de que se condene a la demandada a pagar a su favor la reliquidación de cesantías, vacaciones, prima de servicios, intereses a las cesantías, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, descuentos efectuados en la liquidación final de prestaciones sociales, sin autorización expresa y escrita del trabajador, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar al servicio de la encartada mediante un contrato de trabajo a término indefinido el 30 de abril de 2007, para desempeñar el cargo de conductor, recibiendo como salario la suma de $3.000.000, no obstante, haberse pactado un salario mínimo mensual legal con su empleador. Indicó que durante el desarrollo de la actividad le fue informado del mal estado de los vehículos a su disposición mediante comunicaciones adiadas 21 de febrero y 3 de agosto de 2018. Explicó que el 7 de junio del mismo año manifestó su inconformidad sobre unas sumas cobradas relacionadas con el arreglo y mantenimiento de los vehículos a su cargo, pues aquello no se encontraba dentro de sus atribuciones.

Precisó que le fue autorizado cubrir gastos de mantenimiento del vehículo, sin embargo, no le han reembolsado suma alguna por ese concepto, lo que le ocasiona un perjuicio económico, en tanto que asumió cargas que no le corresponden. Indicó que fue citado a diligencia de descargos el 15 de agosto de 2018, misma que no fue realizada conforme a los parámetros establecidos en el artículo 115 del CST. Además, dijo que mediante comunicación de fecha 20 de agosto de 2018 la accionada dio por terminado el contrato

de trabajo argumentando que el término concedido para conseguir un nuevo vehículo se había vencido.
Expuso que durante la relación laboral le fueron realizados descuentos, sin autorización expresa o escrita, además, que le fueron descontados dineros de manera quincenal con ocasión a la figura del fondo de empleados, mismos que no han sido reintegrados a la terminación de la relación laboral. Expuso que al momento del despido su empleadora desconoció la calidad de prepensionado, razón por que, como consecuencia de la instauración de acción de tutela fue reintegrado mediante fallo proferido por el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal, determinación que fue confirmada por el Ad quem. Aludió a que la demandada no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el juez constitucional, tampoco ha cancelado salarios y prestaciones sociales de ley. (fols. 110 a 120).

2. Contestación de la demanda. La convocada a juicio se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que el contrato de trabajo suscrito por las partes fue bajo la modalidad a término fijo de un año, celebrado desde el 30 de abril de 2007, vínculo que se encuentra vigente teniendo en cuenta la orden de reintegro de tutela, misma que no se ha logrado consolidar debido a la falta de disposición del demandante.

Adujo que no le ha efectuado descuento alguno, además, explicó que al interior de la compañía existe un fondo de solidaridad de propietarios, el cual se constituyó para poder efectuar préstamos a los conductores, aportes que son realizados quincenalmente por los propietarios y no por el conductor, según el artículo 4° del reglamento. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó cobró de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, imposibilidad material del reintegro por culpa del demandante, pago, compensación, prescripción, buena fe y genérica. (fols. 191 a 216).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto de 2021, en la que la falladora absolvió a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas al actor.

Para arribar a tal determinación, en primer término, indicó que no existe controversia frente a la existencia de la relación laboral y el cargo que desempeñó el actor, además, que si bien fue terminado el nexo contractual aduciendo justa causa el empleador, lo cierto es que en virtud de la orden de acción de tutela este aún se mantiene, derivado del reintegro, razón por la cual, consideró que no podría determinar si hay lugar o no a la indemnización por despido sin justa causa.

Bajo ese norte, se propuso verificar si había lugar a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social con base en el salario señalado por el demandante. Así las cosas y luego de referirse al caudal probatorio arrimado al plenario sostuvo que al actor se le cancelaba un salario mínimo mensual legal vigente y aunque el señor Marco Collazos, testigo de la parte actora, dijo que aquel recibía una suma superior, no precisó con detalle el dinero que recibía efectivamente el trabajador, de tal suerte que al no demostrarse tal elemento, no podía acceder a la reliquidación pretendida por el actor, ni las pretensiones que se derivan de esa condena, lo que le imponía absolver a la encartada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Cd. a fol. 438).

4. Alegatos de conclusión.

4.1. Demandada. Alegó en su favor aduciendo que entre las partes se celebró contrato de trabajo a término fijo de un año, el cual se encuentra vigente en virtud de la orden de reintegro emitida por el juez constitucional. Indicó que el salario pactado fue el mínimo legal mensual vigente, de manera que los recibos de caja aportados como prueba por el demandante, son directamente las consignaciones que realiza el propietario del producido

del vehículo afiliado para el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Buses Amarillos y Rojo S.A. fungió como empleador del aquí actor?

(ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales y modalidad contractual, además, ¿El demandante probó que en vigencia de la relación laboral devengaba un salario $3.000.000 y no un salario mínimo legal mensual, como lo dice el empleador y, por ende, le asiste derecho a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral?

(iii) Además, se deberá verificar ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa que pretende? ¿Se le hicieron descuentos en las prestaciones sociales? En caso positivo, ¿Aquellos fueron ilegales?

Relación laboral, sus extremos temporales y modalidad contractual

Lo primero que debe indicarse es que no existe controversia respecto a la existencia de la relación laboral que se verificó entre las partes, extremos temporales, ni la modalidad contractual celebrada por aquellas. En concreto, quedó plenamente establecido que Julio Enrique Vivas Sáenz prestó sus servicios a favor de la encartada, mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual inició el 30 de abril de 2007 y finalizó el 20 de agosto de 2018 por decisión unilateral del empleador, tiempo en el cual desempeñó el cargo de conductor. De lo anterior también da fe la documental visible a folios 16 y 150 a 157 contentiva del contrato de trabajo y la carta de despido respectivamente.

Reintegro ordenado mediante sentencia de acción constitucional

Ahora, revisadas las documentales que obran en el expediente a folios 88 a 98, se tiene que el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá D.C., en decisión del 6 de marzo de 2019 modificó el numeral 1° del fallo de tutela que dictó el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá, para en su lugar, ordenar que el reintegro del señor Julio Enrique Vivas Sáenz debe efectuarse al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o de superior jerarquía, sin desmejorar su condición laboral, hasta tanto Colpensiones le reconozca la pensión de vejez y lo incluya en nómina de pensionados. Así mismo, autorizó a la accionada a compensar los valores pagados al trabajador por concepto de liquidación y a efectuar el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir.

En comunicación calendada del 4 de diciembre del 2019 (fol. 173 a 176), el empleador, en cumplimiento de la orden constitucional, dispuso el reintegro del trabajador, situación que reiteró en comunicación adiada 23 de enero de 2020 (fol. 177 a 182). El actor pese a tales requerimientos se dirigió a la sociedad convocada a través de comunicación calendada 29 de enero de 2020, señalándole que "*debido a las reiteradas comunicaciones que he recibido de la empresa, sin ninguna solución a mis peticiones como prepensionado y como empleado en las funciones que venía desempeñando y salarios que venía devengando, en aras de proteger mi*

condición, he acudido a las vías judiciales." (fol. 183). Lo anterior pone de relieve que por decisión unilateral y con el fin de poner de presente sus discrepancias ante la jurisdicción laboral, no accedió al reintegro material, aspecto que ratificó en el interrogatorio de parte al aducir que, pese a que el empleador en múltiples ocasiones lo citó para su reintegro, no aceptó en consideración a que la enjuiciada le cambió las condiciones laborales.

Salario

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone el trabajador demandante, debe recordarse que en términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En este orden, al pretender el demandante una sentencia acorde con lo deprecado tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. De ahí la necesidad específica del actor de probar los presupuestos de hecho que permitan sin lugar a duda determinar el salario que aduce devengó en vigencia de la relación laboral, no siendo suficiente afirmarlo, sino imperativo resulta su demostración, toda vez que aseverar no es probar.

Aclarado lo anterior y en lo que al fondo del asunto concierne, esta Sala evidencia que no existe ningún medio de prueba que permita con suficiente contundencia asegurar que el salario percibido en vigencia del laborío corresponda a la suma de $3.000.000. De hecho, los medios de convicción dan cuenta que entre las partes se pactó un salario mínimo legal mensual vigente como contraprestación directa a sus servicios, pues así se verifica en el contrato de trabajo y nóminas allegadas al cartapacio. A lo anterior se suma que tal valoración probatoria no puede erguirse aun cuando el señor Mario Alberto Collazos Ruíz, testigo de la parte demandante, explicó que el actor recibió una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente, ya que no señaló con la contundencia requerida el valor del mismo, porcentaje y la habitualidad de los pagos.

Con todo lo anterior, es claro que la A quo no erró al considerar que, ante la ausencia de prueba del salario planteado, debía tomarse el salario mínimo legal mensual vigente pactado en el contrato de trabajo.

Conclusión

Conforme a lo hasta aquí esbozado se sigue confirmar la sentencia de primer grado en lo que hace a la existencia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año que ató a las partes desde el 30 de abril de 2007, el cual, a pesar de que se terminó por decisión unilateral del empleador el 20 de agosto de 2018, aún se mantiene vigente en virtud de la orden definitiva dada por el juez constitucional. Así mismo, se confirmará lo atinente a que el cargo desempeñado por el actor era el de conductor, quien recibió como contraprestación directa a esos servicios la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

Reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral

Ahora, como la primera pretensión se reduce a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral incluyendo un salario de $3.000.000, es claro que no puede salir avante condena alguna sobre este aspecto, pues, como se dijo, no se halló demostrado que el actor haya percibido una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente, ya que no arrimó medio de persuasión tendiente a probar tal hecho.

Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST y sanción por la no consignación de cesantías

Teniendo en cuenta que no salió a flote la pretensión reliquidación de prestaciones sociales, la petitoria de indemnización y sanción moratoria por la no consignación de cesantías, seguirán su misma suerte, como quiera que aquellas están edificadas sobre la prosperidad y reconocimiento de la primera.

Indemnización por despido sin justa causa

Finalmente, dado a los efectos jurídicos definitivos del reintegro que fue ordenado por el juez constitucional, es claro que no procede la indemnización por despido sin justa peticionada por el promotor de la Litis, ante la no solución de continuidad del nexo laboral ante la ineficacia del despido, de ahí que sobre este aspecto igualmente se siga confirmar la sentencia de primer grado.

Descuentos de salarios

Ahora bien, en virtud a que pretende el demandante se condene a la enjuiciada al reembolso de los descuentos efectuados sin su autorización expresa y escrita, cumple recordar que, según lo dispone el numeral 1° del artículo 149 del C.S.T. el empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial, luego por expresa disposición legal se prohíbe al empleador realizar descuentos sin la autorización del trabajador so pena de ostentar el carácter de ilegal, razón por la cual la empresa debe descontar sólo aquellos valores procedentes, y en caso de no estar contemplados por ley o por orden judicial, debe asegurarse de tener los documentos en los que se prueba indiscutiblemente la voluntad y autorización del trabajador.

En el caso bajo examen, observa la Sala, que no aparece medio alguno del que pueda derivarse que la demandada efectuaba descuentos al actor. En este sentido, ni siquiera se aportaron los comprobantes de pago de salario que permitan colegir las deducciones que se esgrimen realizadas en el libelo demandatorio.

Ahora, el actor pretende establecer este hecho con los recibos de caja visibles en folios 31 a 73, ante lo cual, debe advertir la Corporación, que algunos son comprobantes de pagos realizados a Buses Amarrillos y Rojas S.A., pero de ellos no es posible inferir algún descuento realizado por la empleadora al salario o prestaciones sociales del trabajador. Similar situación ocurre con la documental que tiene por nombre "CONTROL UNICO DIARIO DE DESPACHOS" y que se encuentran de folios a 74 a 77, pues, aunque allí se indican unas sumas de dinero, ello no demuestra que se le haya efectuado un descuento al actor, menos que se le haya impuesto una obligación de pagar esas sumas de su remuneración.

En este orden de ideas, el promotor del proceso no logró demostrar los descuentos aducidos sobre los cuales pretende el reembolso, razones suficientes para confirmar en

su integridad la sentencia proferida en primer grado, misma que absolvió a la demandada respecto a todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra por la parte actora.

Costas

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia se confirman.

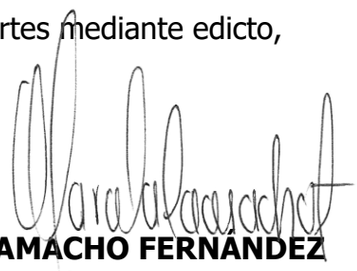
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

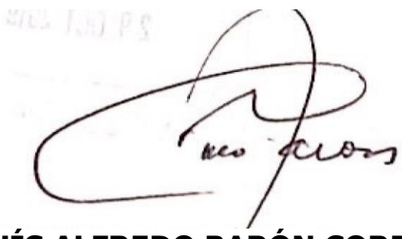
SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	HELENA FERNÁNDEZ BOLÍVAR Y JULIO HERNANDO MÁRQUEZ CHAPARRO
Demandada:	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
Radicación:	27-2019-00301-01
Tema:	APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – MODIFICA Y ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Helena Fernández Bolívar y Julio Hernando Márquez Chaparro, instauraron demanda ordinaria contra Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito de que de que se declare que depende económicamente de la causante Natali Xiomara Márquez Fernández, en su calidad de hija y, por tanto, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En consecuencia, solicitaron que se dispusiera a su favor el pago de la citada prestación económica, junto con el retroactivo pensional, mesadas adicionales, intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que Natali Xiomara Márquez Fernández, en vida estuvo afiliada a la encartada, quien falleció el 25 de febrero de 2018, como consecuencia de un meningosarcoma anaplásico. Refirieron que aquella aportaba mensualmente para el sostenimiento económico del hogar de sus padres demandantes, aportando la suma de $600.000, a pesar de que Helena Fernández Bolívar es pensionada del Ministerio de Defensa Nacional, con una asignación mensual de $1.502.773. Explicaron que Julio Hernando Márquez Chaparro, no tiene pensión, por manera que a raíz de su enfermedad diagnosticada como cáncer en la sangre (leucemia) y debido a que Helena Fernández Bolívar no podía sostener el hogar con la mesada pensional, dependían totalmente del aporte económico que le brindaba su hija fallecida. (Expediente digital, PDF 01 EXP 2019-301, págs. 5 a 12)

2. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que los demandantes no acreditaron el requisito legal de dependencia económica del que trata el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, por ende, tampoco tienen la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes causadas por el fallecimiento de la afiliada Natali Xiomara Márquez Fernández. Indicó que, para la fecha del deceso de la causante, ocurrido el 25 de febrero de 2018, reportaba afiliación a salud en la EPS Compensar, como cotizante independiente, sin beneficiarios a cargo, con fecha de afiliación 3 de diciembre de 2012.

Refirió que para la fecha del óbito la madre de la afiliada fallecida reportaba ingresos, encontrando que los actores sufragaban sus gastos con la mesada pensional, ello a partir de la obligación de socorro y ayuda mutua que existe entre cónyuges, aspecto del cual infería que no existía dependencia de los demandantes respecto de su hija. Agregó que la madre demandante tiene registrada a su nombre una propiedad con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-239383, además, que, del formulario de solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias, los actores no aparecen registrados como beneficiarios en pensiones de la afiliada fallecida, lo cual es indicativo de la no dependencia económica.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de obligación y falta de causa para pedir, cobro de lo no debido e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, buena fe, compensación, prescripción y genérica. (Expediente digital, carpeta 04. CONTESTACION DEMANDA PORVENIR)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de noviembre de 2021, en la que la Juzgadora condenó a la enjuiciada a reconocer y pagar al señor Julio Hernando Márquez Chaparro una pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su hija Natali Xiomara Márquez Fernández, a partir del 25 de febrero de 2018, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y por 13 mesadas al año. Así mismo, condenó a la convocada a juicio al retroactivo pensional causado y los intereses moratorios a partir del 15 de octubre de 2018, más el pago de costas procesales.

Para arribar a tal determinación, tuvo como problema jurídico dilucidar si los actores tenían derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su hija, Natali Xiomara Márquez Fernández. Con tal propósito, luego de citar lo dispuesto en los artículos 46 y 76 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, advirtió que la causante se encontraba afiliada al sistema de Seguridad Social en pensión desde el 22 de mayo del 2012, cotizando un total de 153.57 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, encontrándose entonces cumplido el requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso que exige la citada norma.

Respecto de la calidad de beneficiarios del causante, sostuvo que tal aspecto se encuentra acreditado en tanto que el Registro Civil de Nacimiento de la causante, daba cuenta que los demandantes fueron progenitores de la fallecida. En lo que hace a la dependencia económica, luego de hacer valoración al acervo probatorio allegado por las partes, dijo que no puede estudiarse el derecho de manera conjunta en igualdad de condiciones, como quiera que las circunstancias de cada uno de los progenitores son diferentes y la norma exige para otorgar la pensión de sobreviviente, la dependencia económica de los padres, por lo que debía revisar la situación particular de cada uno de ellos.

Así las cosas, evidenció que la dependencia económica del señor Julio Armando Márquez Chaparro frente a su hija fallecida se encontraba probada, como quiera que aquel no trabajaba para la fecha del fallecimiento de la causante, se encontraba en un tratamiento oncológico y no percibía ningún tipo de ingreso, siendo claro que dependía totalmente, tanto de su esposa, la señora Helena Fernández Bolívar, como de su hija fallecida. Expuso que si bien la dependencia no era absoluta lo cierto es que la subordinación económica frente a su hija si era preponderante y relevante, y sin la cual el señor Márquez Chaparro no podía subsistir con la sola ayuda que le brinda su esposa, toda vez, que la pensión de aquella no era suficiente para cubrir sus gastos y la del señor Julio Hernández, como lo refieren los testigos.

En lo que hace a la señora Helena Fernández Bolívar dijo que, si bien del haz probatorio llegaba a la conclusión de que su esposo dependía económicamente tanto de aquella como de su hija Natali, no era lo mismo frente a su madre, ya que aquella recibía pensión, con la cual, cubría sus gastos y parte de su cónyuge, de ahí que no dependiera de su hija fallecida.

Atinente a los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que operan por el simple retardo del administrador en el reconocimiento de la prestación, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, dadas las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, por cuanto se trata simplemente de un resarcimiento económico encaminado aminorar los efectos adversos que produce el acreedor, la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. (Expediente digital, Audio 10 AUDIENCIA ARTICULO 80 FALLO - 25 DE NOVIEMBRE DE 2021)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **llamada a juicio** interpuso recurso de apelación esgrimiendo que no se puede definir una pensión a favor de uno de los demandantes, de los dos o de ninguno, puesto que la entidad efectuó los análisis correspondientes para determinar si cumplen con los requisitos conforme a la reclamación presentada por ambos, pues no podía resolverlo por cada uno, en tanto, que aquellos son progenitores y tienen derechos y vocación para ser beneficiarios de la prestación económica.

Refirió que, aunque la dependencia económica no debe ser total y absoluta, si es necesario que exista dependencia económica que les impida a los padres asistir en condiciones de vida digna, tal y como se señaló en sentencia C-111 de 2006. Bajo dichas condiciones pudo establecer que para la fecha del óbito ocurrido el 25 de febrero de 2018, en el formulario de afiliación suscrito el 22 de mayo de 2012 por la causante, los demandantes no aparecen como beneficiarios de pensiones, lo cual, deduce es indicativo de la no dependencia económica.

Además, manifestó que la causante reportaba afiliación a EPS Compensar como cotizante independiente sin beneficiarios a cargo, de lo cual concluye que los padres no figuraban como beneficiarios en salud; a lo que sumó que la señora Helena Fernández Bolívar, madre de la fallecida, es reportada como afiliada en salud en la Dirección Nacional de Sanidad Militar como pensionada, registrando como beneficiario a Julio Hernando Márquez Chaparro en calidad de cónyuge, de manera que este último se favorecía con la pensión percibida por su esposa, aunado a que, de conformidad con el artículo 176 del Código Civil, existe obligación de alimentos entre ellos, razón por la cual, a través de la mesada pensional sufragan con suficiencia sus gastos.

Agregó que la A quo no tuvo en cuenta que la demandante registraba una propiedad a su nombre con matrícula inmobiliaria 50C39383 y, por ende, los actores eran autosuficientes económicamente. De otro lado, esgrimió que el demandante narró en su declaración de parte que no ha realizado las gestiones pertinentes para obtener una pensión de invalidez, dado a su condición de salud, lo que daba a concluir que su falta de diligencia y cuidado de sus propios asuntos; que sus enfermedades estaban cubiertas por la póliza de seguro en salud que tiene la madre de la causante como pensionada de las Fuerzas Armadas, además, que es natural que el hecho de convivir la causante en la misma vivienda con sus padres debía compartir los gastos.

Explicó que la causante era independiente y como tal debía atender sus propios gastos personales de manutención, educación, salud y medicamentos, dada su enfermedad, de ahí que debía realizar una mera colaboración con sus padres. Infirió que, si para el momento del óbito la causante llevaba cuatro meses hospitalizada, de donde percibía ingresos, pues a diferencia de lo que sucede con los trabajadores que reciben subsidio de incapacidad, ya sea de la EPS o del fondo de pensiones, la fallecida al ser contratista o trabajadora independiente no recibía los mismos beneficios. De allí que consideró que los demandantes no dependían económicamente de la afiliada, pues la suma que ella entregaba era una mera colaboración o ayuda que no implica subordinación material.

En lo atinente a los intereses moratorios adujo que no puede predicarse mora ya que al momento de definir la prestación económica la rechazó porque no se cumplía con el requisito de dependencia económica de los actores. De tal forma y aun cuando el demandante tenga derecho a acceder a la pensión de sobreviviente, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en que las administradoras de fondos de pensiones definen la prestación económica y producto de una interpretación jurisprudencial hay lugar a variar la decisión, no es posible la condena de los intereses moratorios. (Expediente digital, Audio 10 AUDIENCIA ARTICULO 80 FALLO - 25 DE NOVIEMBRE DE 2021)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la causante de la pensión murió el 25 de febrero de 2018, por tanto la norma llamada a regular el caso objeto de controversia es la Ley 797 de 2003, que exige para el reconocimiento de la pensión solicitada, el afiliado hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, presupuesto que se encuentra acreditado, conforme se evidencia en la historia laboral de porvenir, en la que se acredita que la causante, había cotizado en dicho periodo más de 150 semanas, en los últimos tres años.

En lo que hace a la dependencia económica, expuso que para la época del fallecimiento de la afiliada, esta contribuía significativamente con los gastos del hogar y la manutención de sus padres, los cuales por su avanzada edad y complicaciones médicas no podían emplearse o generar un ingreso adicional para el hogar y para sufragar la totalidad de sus gastos personales y es por esto que la contribución económica que percibían de su hija la señorita Natali Xiomara Márquez Fernández, era y es indispensable para sobrevivir.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones indicó que del análisis de los documentos aportados por los demandantes e información suministrada al momento de efectuar la reclamación pensional, radicados el 14 de agosto de 2018 se pudo

establecer que para la fecha del deceso de la afiliada, ocurrido el 25 de febrero de 2018, reportaba afiliación a salud en la E.P.S. COMPENSAR como cotizante independiente, sin beneficiarios a cargo, con fecha de afiliación 3 de diciembre de 2012, de lo cual se puede concluir que los padres no figuraban como beneficiarios en salud de la afiliada fallecida; por el contrario, la señora Helena Fernández Bolívar reportaba afiliación a salud en la Dirección Nacional de Sanidad Militar, como pensionada, registrando como beneficiario al señor Julio Hernando Márquez Chaparro en calidad de cónyuge, con fecha de afiliación 02 de mayo de 1983.

Refirió que para la fecha del óbito de la causante, la madre de la afiliada fallecida reportaba ingresos, encontrándose que sufragaban sus gastos con la mesada pensional que percibía la señora Helena Fernández Bolívar por parte de las Fuerzas Militares, Ejército Nacional, desde el año 2003 ($1.400.000,00 mensuales) y su estado civil era casados con sociedad conyugal vigente, por lo que existía obligación de alimentos entre ellos; en consecuencia, demostrado como queda que con esos ingresos sufragaban con suficiencia sus gastos y partiendo de la obligación de socorro y ayuda mutua (Art. 176 C.C.) que existe entre cónyuges y/o compañeros permanentes, puede inferirse que no existía dependencia de los demandantes respecto a la afiliada fallecida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente y se estudiará en consulta en favor de Helena Fernández Bolívar, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del mismo estatuto procesal.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- ✓ ¿Se encuentra demostrada la dependencia económica de los señores Helena Fernández Bolívar y Julio Hernando Márquez Chaparro, respecto de su hija Natali Xiomara Márquez Fernández y, por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión de su deceso?

- ✓ ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar que los mismos operan por el simple retardo del administrador en el reconocimiento de la prestación económica?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de la señora Natali Xiomara Márquez Fernández se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial 09476553 (Expediente digital, PDF 01 EXP 2019-301, pág. 17), el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 25 de febrero de 2018, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió

el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 25 de febrero de 2018. (SL 701-2020)

Densidad de semanas

Respecto de las semanas cotizadas en pensiones, se tiene que dentro de los 3 años anteriores cotizó 154.28 semanas (Expediente digital, PDF 5. Aportes CAI 1014230878), amén que ello no fue tema del recurso de apelación.

Parentesco

Tampoco existe controversia en que los señores Julio Hernando Márquez Chaparro y Helena Fernández Bolívar son progenitores del causante, lo cual, también se extrae del registro civil de nacimiento adosado al informativo. (Expediente digital, PDF 01 EXP 2019-301, pág. 18).

Requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

El literal d) del art. 47 de la L. 100/93 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, establece que, **a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho,** serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes **los padres, sí dependían económicamente del causante**.

Respecto de la norma en comento ha de rememorar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia **C-111 de 2006**, declaró **inexequible** la frase de la norma en mención que exigía la demostración por parte de los padres de una **dependencia económica *"total y absoluta",*** al considerar que dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la pensión de sobrevivientes, en tanto que la norma se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtiene por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas.

Por tanto, la Alta Corporación precisó que el juzgador debe comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo, siendo innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

Frente al tema, igualmente la CSJ entre otras en la sentencia **SL 1310-2019** ha señalado que la misma **no tiene que ser total y absoluta**, pues los padres pueden recibir ingresos de su propio trabajo, y precisó en la sentencia **SL 1219-2019** que, no cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente, sino aquella que tiene la connotación de ser **relevante y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, teniendo en cuenta que la finalidad prevista por el legislador para la pensión de sobrevivientes, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

De igual modo, frente a la carga de la prueba tiene dicho la Corte que le corresponde a los padres demandante demostrar la dependencia económica, en tanto que a la parte demandada el deber de "*desvirtuar esa sujeción material"*, mediante medios suasorios que "*acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas*" (SL590-2018, reiterada en la SL4167-2020).

Caso concreto

Conforme a lo anterior, y descendiendo al caso concreto, aduce la censura que el señor Julio Hernando Márquez Chaparro, no tiene derecho a percibir la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hija, pues aquel no depende económicamente de la misma. Para tal efecto, sostiene que, contrario a lo esbozado por la A quo, la dependencia económica de Julio Hernando Márquez Chaparro con su hija se encuentra desvirtuada al contar con asistencia médica en virtud de la calidad de beneficiario de su cónyuge, quien es pensionada del Ministerio Nacional de Defensa Nacional y recibe mesada pensional con la que sufraga su manutención y solvencia económica; además, por cuanto el salario percibido por la fallecida alcanzaba para cubrir exclusivamente sus propios gastos mensuales, de allí que no sea posible que con la misma realizara la manutención de sus progenitores.

Desde esa perspectiva, desde ya considera la Sala que la censura no acierta al señalar que con dichas situaciones se derriba la conclusión a la que arribó la sentenciadora de primer grado, cuando dijo que el padre del reclamante está subordinado económicamente a la hija fallecida. Tampoco atina la A quo cuando aduce que la señora Helena Fernández Bolívar, no dependía económicamente de la causante, por el hecho de que aquella es pensionada del Ministerio de Defensa Nacional. Lo anterior si se tiene en cuenta que los medios de persuasión dan cuentan que el ingreso de la afiliada alcanzaba para cubrir sus gastos propios y los de sus progenitores, quienes efectivamente dependían para satisfacer sus necesidades básicas del auxilio económico que la causante les brindaba.

Se arriba a esta conclusión luego de examinado el recaudo probatorio, fijando la Sala la atención en la declaración que surtieron los actores, que deja en evidencia que si bien la señora Helena Fernández Bolívar recibe una mesada pensional que ascendía para la fecha del fallecimiento en la suma de $1.400.000, su hija fallecida ayudaba al sostenimiento del hogar, pues su aporte correspondía a $600.000 con los cuales cancelaban servicios, alimentación, medicina para ambos padres y deudas, ya que la mesada pensional no les alcanzaba para cubrir sus gastos, de ahí que el aporte que realizaba su hija era determinante para satisfacer sus necesidades básicas.

Ahora, se recaudó el testimonio de la señora María Clemencia Márquez Chaparro, hermana del señor Julio Hernando Márquez Chaparro, quien resaltó que la fallecida vivía con sus padres, trabajaba en una ONG mediante un contrato de prestación de servicios, percibiendo entre $1.000.000 a $2.000.000, según el objeto del contrato. Significó que la ayuda que hacía Natali Xiomara Márquez Fernández era fundamental para la familia, ya que su padre no tenía ingreso alguno y se encontraba sin trabajo dadas a sus condiciones de salud al ser un paciente oncológico. Además, señaló que la mesada pensional que devenga la señora Helena Fernández Bolívar tampoco alcanzaba a suplir las necesidades de la familia, pues, aquella se encontraba padeciendo de enfermedades, razón por la que c junto con su esposo requerían de una dieta balanceada, medicamentos y transporte público de taxi para acudir a su tratamiento, lo cual no podía sufragar con la asignación pensional, de ahí que la ayuda de su hija era esencial y fundamental, pues con ello cancelaba servicios, realizaba mercado, entre

otras cosas. Expuso que su hija mayor "Marcela" no les podía ayudar con sus necesidades, debido a su situación económica, ya que es madre cabeza de familia y, por ende, su salario apenas solventaba los gastos de ella y de sus dos hijos menores.

Por su parte, las señoras Karen Daniela Granda Ahumada, Laura Alejandra Bocanegra Rodríguez y Laura Xiomara Reyes Acevedo, amigas de la causante, ratificaron lo antes dicho por la testigo María Clemencia Márquez Chaparro, pues adujeron que el señor Julio Hernando Márquez Chaparro, no tenía trabajo ni ingreso alguno y la mesada pensional que percibía la señora Helena Fernández Bolívar, no solventaba todos los gastos de la familia, razón por la cual, la ayuda que le brindaba su hija era permanente y fundamental, en tanto que proveía mercado, dinero para los servicios y en general para solventar los gastos de la familia; los cuales, debido a la muerte de su hija, se vieron reducidos significativamente. De ello dio cuenta en tanto eran compañeras de estudio y amigas, además, la acompañaron a realizar compras y pagar servicios, quien realizaba un aporte de aproximadamente de $600.000 mensuales a sus padres.

De acuerdo con lo anterior, del soporte probatorio aludido, no existe conclusión distinta de que el aporte económico que realizaba la ahora fallecida a su progenitores, tuvo la virtud de estructurar la dependencia económica que se requiere para ser merecedores de la pensión de sobrevivientes, ya que el aporte económico que le daba la causante a sus padres fue relevante y esencial para su sostenimiento, al punto que con posterioridad al fallecimiento, la calidad de vida desmejoró, pues así lo dijeron las deponentes en su declaración.

Bajo ese entendimiento, existía un apoyo económico relevante y significativo por parte del *de cujus* hacia sus padres*,* dadas las circunstancias socioeconómicas y de salud de los denunciantes, aspecto que no puede erguirse por el hecho de que la madre perciba pensión del Ministerio de Defensa Nacional, pues, como lo dijeron las declarantes, tal mesada pensional resulta insuficiente para cubrir íntegramente las necesidades de aquellos, de ahí que ni el padre, tampoco la madre tuviesen total autonomía financiera.

Al respecto, se hace necesario recordar que la dependencia económica de los padres, no se requiere que aquella sea total y absoluta, en tanto que los progenitores "*pueden percibir rentas o ingresos adicionales, siempre que éstos no sean suficientes para garantizar su independencia económica. En otras palabras, que esas rentas no alcancen a cubrir los gastos de su propia vida"* (SL2618-2021)*.*

Así, siendo cierto, que la dependencia económica no se desvirtúa por el solo hecho de que los padres generen ingresos, dado que la dependencia frente al causante puede ser parcial, es claro que la mesada pensional que recibe la señora Helena Fernández Bolívar, no desdice la dependencia económica de aquella como la de su cónyuge frente a su fallecida hija, pues del análisis en conjunto de los medios de prueba incorporados al juicio se concluye que el aporte de la misma constituía un ingreso importante y determinante para el sostenimiento de sus padres, es decir, permitía la causante con su colaboración económica subvenir parte de las necesidades básicas de sus progenitores, pues esa ayuda se direccionaba con exclusividad a sobrellevar las cargas o gastos en que incurrían, entre otras cosas por causa de sus enfermedades, y concurría en una proporción significativa a suplir esos gastos del hogar.

Ahora, con relación a si el salario devengado por el causante era suficiente o no para poder aportar a sus padres con sus necesidades materiales, connota la Sala que sobre el asunto la Corte ha delineado que no es necesario demostrar el origen de los recursos (SL38399-2010), así como tampoco hacer inferencias relativas a que los egresos del causante son superiores al salario devengado, y que por ello el aporte económico a sus

padres no es significativo (SL858-2021), pues independiente de aquello, lo que se requiere es acreditar la dependencia económica, en la medida en que "*a la norma jurídica que gobierna el caso litigado, no le interesa si el causante demuestra o no el origen de los recursos que invierte en la manutención de aquellas personas a las que por razones simplemente naturales les debe agradecimiento".*

Igualmente, ha rememorado la máxima autoridad que no es necesario estimar de manera rigurosa o cuantificar exactamente el aporte del causante, ya que ello *"constituye un estimado económico subjetivo de un consumo aproximado cuya cuantificación se calcula a priori"* (SL858-2021), y en ese sentido, estima la Sala que el aporte prohijado por el causante a sus progenitores se traducía en el pago de una suma cercana a $600.000 que servían para sufragar necesidades básicas del hogar. Igualmente es dable indicar que no puede exigirse a los testigos que den cuenta de manera exacta del valor aportado, pero se destaca que los deponentes en sus distintas intervenciones afirmaron que Natali Xiomara Márquez Fernández era quien ayudaba económicamente a sus padres, debido a la falta de ingresos que a estos le sobrevino por causa de su enfermedad, que entre otras cosas está demostrada con el historial clínico acompañado a la demanda.

Así las cosas, aprecia la Sala que Natali Xiomara Márquez Fernández, era quien efectivamente se encargó del apoyo económico a sus padres, además, se encuentra acreditado que la afiliada contribuía en su sostenimiento y el hecho de que se enfermara, no desvirtúa la dependencia económica de aquellos, pues, contrario a lo dicho por la censura, la asistencia económica que brinda los subsistemas de seguridad social en salud y pensión no se ven afectadas por el hecho de que la trabajadora cuente con un contrato de prestación de servicios o sea trabajadora independiente, pues al ser cotizante obligada, recibe del sistema las mismas prestaciones asistenciales y económicas del trabajador dependiente.

Acreditado como está, que el aporte del causante era relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia compuesta en su momento por su padre y madre, se invierte la carga de la prueba y le corresponde a la entidad de seguridad social "*desvirtuar esa sujeción material"*, mediante medios suasorios que acrediten la autosuficiencia económica de los actores para solventar sus necesidades básicas. Situación que no logra materializarse, ya que no arrimo medio de prueba tendiente a probar tal hecho, a más porque la defensa se apuntala a la calidad de cotizante y beneficiario del servicio de salud entre los cónyuges, la mesada pensional que percibe la señora Helena Fernández Bolívar y al hecho de que la pareja cuente con un bien inmueble, con el fin de derruir la dependencia económica, aspectos que como ya se indicó no tienen contundencia requerida para desvirtuar la subordinación económica de los actores frente a su hija fallecida.

A partir de ello, no se encuentra desvirtuada por la enjuiciada la dependencia económica deprecada, pues incluso como se dijo al inicio de esta providencia, no se requiere demostrar dependencia total y absoluta, y, que no excluye ni desvirtúa el que los padres reciban ingresos o tengan patrimonio propio, siempre que no alcancen a cubrir los gastos de su propia vida.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que, con el acervo probatorio recaudado, se probó que tanto Julio Hernando Márquez Chaparro, como Helena Fernández Bolívar acreditan la dependencia económica que le prohijó su hija Natali Xiomara Márquez Fernández, causando así la prestación contenida en el art. 47 de la L. 100/93 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003.

Así las cosas, se modificará el numeral primero de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, declarar que los señores demandantes **HELENA FERNÁNDEZ BOLÍVAR** y **JULIO HERNANDO MÁRQUEZ CHAPARRO**, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora **NATALI XIOMARA MÁRQUEZ FERNÁNDEZ**, a partir del 25 de febrero de 2018.

Monto de la pensión de sobrevivientes

El artículo 48 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, regula el monto de la pensión de sobrevivientes. En su primera parte se refiere al presupuesto del fallecimiento del pensionado, en cuyo evento, dicho valor equivale al 100 % de la mesada que aquél disfrutaba. En el segundo evento, esto es, por muerte del afiliado, señala que su monto equivale al 45 % del ingreso base de liquidación más 2 % de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500, sin exceder del 75 %.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la fallecida cotizó 178.29 semanas, la tasa de reemplazo equivale a 45%, sobre el ingreso base de liquidación.

Ingreso Base de Liquidación IBL

De conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, le IBL de la pensión de sobrevivientes es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales el afiliado ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizado anualmente con el IPC.

Así las cosas, efectuadas las operaciones de rigor, se obtiene como IBL el valor de $796.952,79 que al aplicarle la tasa de reemplazo de 45%, arroja como mesada pensional el valor de $358.628,76, sin embargo, teniendo en cuenta que nadie puede devengar mesada pensional por debajo de un salario mínimo legal mensual vigente, la Sala mantendrá como mesada pensional el citado salario.

Mesada 13

Teniendo en cuenta el Acto legislativo 01 de 2005 y como quiera que la pensión aquí reconocida se causó en el año 2018, a los demandantes le corresponde solamente 13 mesadas pensionales al año.

Porcentaje de cada beneficiario

De conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y el artículo 8, numeral 2 del Decreto 1889 de 1994, corresponderá en su totalidad a los padres con derecho por partes iguales. Conforme a lo anterior, esta Sala declarará que a cada uno de los padres le corresponderá un 50% sobre el valor de la pensión reconocida.

Prescripción

Sobre este aspecto, se tiene que la causante falleció el 25 de febrero de 2018, la solicitud pensional se realizó el 14 de agosto de 2018 (Expediente digital, carpeta 04. CONTESTACION DEMANDA PORVENIR - 02. DOCUMENTALES, PDF 6. Reclamación por sobrevivencia 10142300878) y la demanda se

interpuso el 6 de mayo de 2019 (Expediente digital, PDF 01 EXP 2019-301, pág. 56), por lo que se evidencia que entre una fecha y la otra no transcurrió más del término trienal establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T., por lo que no operó el fenómeno prescriptivo de los derechos reclamados con la demanda.

Retroactivo pensional

Conforme a lo anterior, se modificará el ordinal segundo de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, condenar a la demandada por concepto de retroactivo pensional a favor de la señora **HELENA FERNÁNDEZ BOLÍVAR**, la suma de **$19.998.621,34** y a favor del señor **JULIO HERNANDO MÁRQUEZ CHAPARRO** la suma de **$19.998.621,34.**

Descuento de aportes a salud

Se autoriza a la enjuiciada para que realice los descuentos al subsistema general de salud, ya que dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021).

Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*", y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: "*están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.*"

Así mismo, en sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

> *"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora,* ***aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal".*** (Negrilla fuera del texto)

Frente a su causación, ha establecido la misma Corporación, que: *"se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1° de la ley 717 de 2001"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también "*cuando existan*

razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales" (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de AFP PORVENIR S.A. al establecer la inexistencia de la dependencia económica, cuando esta se desprende del mismo haz probatorio que dilucida la importancia del aporte que realizaba el causante. Por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 14 de agosto de 2018, por lo que la entidad tenía hasta el 14 de octubre del mismo año para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir de esta última fecha y a favor de los señores Helena Fernández Bolívar y Julio Hernando Márquez Chaparro.

Surge de lo dicho, que está Sala habrá de modificar el numeral tercero de la decisión de primer grado.

Costas a favor de Julio Hernando Márquez Chaparro

En esta instancia a cargo de AFP Porvenir S.A. y a favor del actor, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

Costas a favor de Helena Fernández Bolívar

En primera instancia a cargo de la parte demandada. En este grado jurisdiccional de consulta no se condenará a las mismas, por no haberse causado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que los señores **HELENA FERNÁNDEZ BOLÍVAR** y **JULIO HERNANDO MÁRQUEZ CHAPARRO**, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hija **NATALI XIOMARA MÁRQUEZ FERNÁNDEZ**, a partir del 25 de febrero de 2018, en una proporción igual al 50% sobre un salario mínimo legal mensual vigente, por 13 mesadas al año, de conformidad a lo aquí expuesto.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a pagar a favor de **JULIO HERNANDO MÁRQUEZ CHAPARRO**, el retroactivo pensional causado desde el 25

de febrero de 2018 hasta el 31 de octubre del 2021, por la suma de **$19.998.621,34**, conforme a lo motivado.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia consultada y apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a pagar a favor de **HELENA FERNÁNDEZ BOLÍVAR**, el retroactivo pensional causado desde el 25 de febrero de 2018 hasta el 31 de octubre del 2021, por la suma de **$19.998.621,34**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia consultada y apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a pagar a favor de los señores **HELENA FERNÁNDEZ BOLÍVAR** y **JULIO HERNANDO MÁRQUEZ CHAPARRO**, el retroactivo pensional causado a partir del 1 de noviembre de 2021 y hasta la fecha de inclusión en nómina, en una proporción igual al 50% sobre un salario mínimo legal mensual vigente a cada uno de ellos.

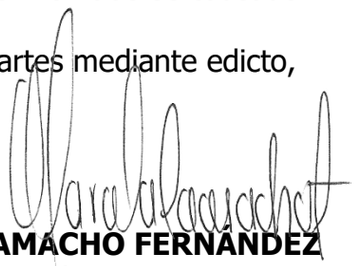
QUINTO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a reconocer y pagar a favor de cada uno de los demandantes **HELENA FERNÁNDEZ BOLÍVAR** y **JULIO HERNANDO MÁRQUEZ CHAPARRO**, los intereses moratorios a partir del 15 de octubre del 2021 y hasta el pago efectivo del retroactivo causado.

SEXTO: AUTORIZAR a la demandada a realizar los descuentos al sistema general de seguridad social en salud, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en la presente instancia en favor de **JULIO HERNANDO MÁRQUEZ** y a cargo de la accionada. Las de primera se confirman.

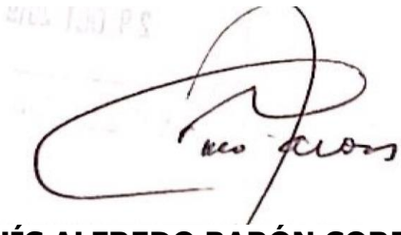
OCTAVO: CONDENAR en costas en primera instancia a cargo de la parte demandada y a favor de **HELENA FERNÁNDEZ BOLÍVAR**. En este grado jurisdiccional de consulta no se condenará a las mismas, por no haberse causado.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho a favor de **JULIO HERNANDO MÁRQUEZ CHAPARRO** y a cargo de AFP PORVENIR S.A., el equivalente a dos (2) SMMLV, esto es, la suma de $2.000.000.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

Promedio Salarial Anual							
Año 2012							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/12/12	**31/12/12**	30	829.000,00	27.633,33	$ 829.000,00		
Total días		30			$ 829.000,00	$ 27.633,33	**$ 829.000,00**
Año 2013							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/13	**31/01/13**	30	589.500,00	19.650,00	$ 589.500,00		
01/04/13	**07/04/13**	7	148.000,00	4.933,33	$ 34.533,33		
01/05/13	**31/05/13**	30	635.000,00	21.166,67	$ 635.000,00		
01/06/13	**01/06/13**	1	21.267,00	708,90	$ 708,90		
01/12/13	**09/12/13**	9	313.750,00	10.458,33	$ 94.125,00		
Total días		77			$ 1.353.867,23	$ 17.582,69	**$ 527.480,74**
Año 2014							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/14	**18/01/14**	18	370.000,00	12.333,33	$ 222.000,00		
01/02/14	**13/02/14**	13	637.000,00	21.233,33	$ 276.033,33		
Total días		31			$ 498.033,33	$ 16.065,59	**$ 481.967,74**
Año 2015							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/03/15	**31/03/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/04/15	**30/04/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/05/15	**31/05/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/06/15	**30/06/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/07/15	**31/07/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/08/15	**31/08/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/09/15	**30/09/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/10/15	**31/10/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/11/15	**30/11/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/12/15	**31/12/15**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
Total días		300			$ 6.443.500,00	$ 21.478,33	**$ 644.350,00**
Año 2016							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/16	**31/01/16**	30	644.350,00	21.478,33	$ 644.350,00		
01/02/16	**29/02/16**	30	689.455,00	22.981,83	$ 689.455,00		
01/03/16	**31/03/16**	30	689.455,00	22.981,83	$ 689.455,00		
01/04/16	**30/04/16**	30	689.455,00	22.981,83	$ 689.455,00		
01/05/16	**31/05/16**	30	689.455,00	22.981,83	$ 689.455,00		
01/06/16	**30/06/16**	30	689.455,00	22.981,83	$ 689.455,00		
01/07/16	**31/07/16**	30	689.455,00	22.981,83	$ 689.455,00		
01/08/16	**31/08/16**	30	689.455,00	22.981,83	$ 689.455,00		
01/09/16	**30/09/16**	30	689.455,00	22.981,83	$ 689.455,00		
01/10/16	**31/10/16**	30	919.999,00	30.666,63	$ 919.999,00		
01/11/16	**30/11/16**	30	920.000,00	30.666,67	$ 920.000,00		
01/12/16	**31/12/16**	30	920.000,00	30.666,67	$ 920.000,00		
Total días		360			$ 8.919.989,00	$ 24.777,75	**$ 743.332,42**
Año 2017							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/17	**31/01/17**	30	920.000,00	30.666,67	$ 920.000,00		
01/02/17	**28/02/17**	30	920.000,00	30.666,67	$ 920.000,00		
01/03/17	**31/03/17**	30	920.000,00	30.666,67	$ 920.000,00		
01/04/17	**30/04/17**	30	920.000,00	30.666,67	$ 920.000,00		
01/05/17	**31/05/17**	30	920.000,00	30.666,67	$ 920.000,00		
01/06/17	**30/06/17**	30	737.717,00	24.590,57	$ 737.717,00		
01/07/17	**31/07/17**	30	737.717,00	24.590,57	$ 737.717,00		
01/08/17	**31/08/17**	30	737.717,00	24.590,57	$ 737.717,00		
01/09/17	**30/09/17**	30	737.717,00	24.590,57	$ 737.717,00		
01/10/17	**31/10/17**	30	737.717,00	24.590,57	$ 737.717,00		
01/11/17	**30/11/17**	30	737.717,00	24.590,57	$ 737.717,00		
01/12/17	**31/12/17**	30	737.717,00	24.590,57	$ 737.717,00		
Total días		360			$ 9.764.019,00	$ 27.122,28	**$ 813.668,25**
Año 2018							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**

Promedio Salarial Anual							
01/01/18	**31/01/18**	30	737.717,00	24.590,57	$ 737.717,00		
01/02/18	**28/02/18**	30	737.717,00	24.590,57	$ 737.717,00		
01/03/18	**31/03/18**	30	781.242,00	26.041,40	$ 781.242,00		
Total días		90			$ 2.256.676,00	$ 25.074,18	**$ 752.225,33**

Cálculo de los últimos diez años							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
2012	30	109,157	138,854	1,272	$ 829.000,00	$ 1.054.531,88	$ 1.054.531,88
2013	77	111,816	138,854	1,242	$ 527.480,74	$ 655.031,15	$ 1.681.246,61
2014	31	113,983	138,854	1,218	$ 481.967,74	$ 587.135,05	$ 606.706,22
2015	300	118,152	138,854	1,175	$ 644.350,00	$ 757.251,90	$ 7.572.518,95
2016	360	126,149	138,854	1,101	$ 743.332,42	$ 818.193,59	$ 9.818.323,14
2017	360	133,400	138,854	1,041	$ 813.668,25	$ 846.936,12	$ 10.163.233,39
2018	90	138,854	138,854	1,000	$ 752.225,33	$ 752.225,33	$ 2.256.676,00
Total días	**1248**	**Total devengado toda la vida laboral actualizado**				**2018**	**$ 33.153.236,18**
Total semanas	**178,29**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 796.952,79**
						Porcentaje aplicado	**45%**
						Primera mesada	**$ 358.628,76**

Retroactivo Pensional					
Desde el 25 de febrero de 2018 al 31 de octubre de 2021			**Desde el 25 de febrero de 2018 al 31 de octubre de 2021**		
HELENA FERNÁNDEZ BOLÍVAR			**JULIO HERNANDO MÁRQUEZ CHAPARRO**		
50%			**50%**		
Año	**Valor mesada**	**Total**	**Año**	**Valor mesada**	**Total**
2018	$ 390.621,00	$ 4.367.517,84	**2018**	$ 390.621,00	$ 4.367.517,84
2019	$ 414.058,00	$ 5.382.754,00	**2019**	$ 414.058,00	$ 5.382.754,00
2020	$ 438.901,50	$ 5.705.719,50	**2020**	$ 438.901,50	$ 5.705.719,50
2021	$ 454.263,00	$ 4.542.630,00	**2021**	$ 454.263,00	$ 4.542.630,00
TOTAL		**$ 19.998.621,34**	**TOTAL**		**$ 19.998.621,34**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	LUIS SANTANILLA BARRERA
Demandadas:	GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN Y OTRAS
Radicado No.:	16-2013-00393-02
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Santanilla Barrera instauró demanda ordinaria contra Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación y solidariamente a La Nación – Ministerio de Minas y Energía, Emgesa S.A. ESP, Impregilo Colombia S.A.S., hoy Grupo ICT 2 S.A.S., OHL Colombia S.A.S. y Triturados y Prefabricados C&P S.A.S., con el propósito de que se declare que con la primera de las accionadas existió un contrato de trabajo verbal desde el 16 de noviembre al 16 de diciembre de 2011 y, en consecuencia, se condene a las demandadas solidariamente al pago de salario insoluto, auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, aportes pensionales, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre el demandante y la empresa Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación, existió un contrato de trabajo verbal desde el 16 de noviembre al 16 de diciembre de 2011, para desempeñar el cargo de conductor de doble troque en el proyecto de hidroeléctrica del Quimbo en el municipio de Gigante-Huila. Informó que la remuneración ascendía a la suma de $840.000, además, que su empleador no le canceló horas extras, recargos nocturnos y dominicales y demás emolumentos esbozados con anterioridad. Señaló que las codemandadas se beneficiaron de la labor prestada por el demandante al servicio de su empleador, para poder cumplir con su objeto social. (fols. 69 a 80).

2. Contestación de demanda.

2.1. Impregilo Colombia S.A.S., hoy Grupo ICT 2 S.A.S. y OHL Colombia S.A.S. En su respuesta se opusieron a las pretensiones de la demanda, aduciendo que las sociedades que integra el consorcio IMPREGILO – OHL no contrataron al demandante, ni ha celebrado nexo contractual con la empresa Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación, razón por la cual no puede ser solidarias de unas obligaciones que no le corresponden, aunado a que los objetos sociales de cada una de las empresas son sustancialmente distintos. Propusieron las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción. (fols. 136 a 150 y 188 a 202).

2.2. La Nación – Ministerio de Minas y Energía. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el actor no fue trabajador ni tuvo relación contractual alguna con el Ministerio, por ende, no puede predicarse solidaridad alguna, más aún cuando nunca suscribió contrato de ninguna naturaleza con Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación. No aceptó ninguno de los hechos y en su defensa propuso la excepción previa de falta de legitimación por pasiva y de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva. (fols. 231 a 249).

2.3. Triturados y Prefabricados C&P S.A.S. Al contestar el libelo introductorio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que jamás fue empleador del demandante. No aceptó ninguno de los hechos y en su defensa expuso que no es beneficiario o dueño de la obra, y las labores, según el objeto de la sociedad, son extrañas a su actividad normal. Formuló la excepción previa de falta de jurisdicción y como de fondo las de inexistencia de la obligación y solidaridad, buena fe, mala fe del demandante, prescripción y pago. (fols. 330 a 343).

2.4. Emgesa S.A. ESP. Dio respuesta con oposición de todas y cada una de las pretensiones, considerando que no ha ostentado la calidad de empleador del actor, además, por cuanto no se dan los presupuestos procesales de la solidaridad. No le constó ningún hecho y en su defensa dijo que con la sociedad Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación no existió vínculo alguno de carácter civil o comercial. Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de título y ausencia de causa jurídica, ausencia de solidaridad, pago y compensación, buena fe y prescripción. (fols. 377 a 385).

2.5. Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación. A través de curador ad litem se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que las pruebas allegadas con el libelo introductorio no son suficientes para demostrar que entre las partes haya existido relación laboral alguna. Frente a los hechos no le constó ninguno y propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva. (fols. 688 a 691).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 98); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de octubre de 2021, en la que el fallador absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra e impuso costas al demandante.

Para arribar a tal decisión, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia del vínculo laboral entre el actor y la sociedad Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación, extremos temporales y salario, para que de esta manera determinar si le asiste derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos señalados en el libelo introductor y si las codemandadas son solidariamente responsables de dichas acreencias. Con tal propósito, citó los artículos 22, 23 y 24 del CST y la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que le corresponde al trabajador probar la prestación del servicio, extremos temporales, salario, jornada, horario y el tiempo suplementario si lo alega, para así activar la presunción contenida en el artículo 24 de la citada disposición.

Bajo ese horizonte, y con respecto al análisis del recaudo probatorio, el fallador de primera instancia indicó que el demandante no probó la prestación del servicio a favor de la demandada Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación, pues sobre tal aspecto no arrimó ningún medio de prueba. En relación a la responsabilidad solidaria pretendida señaló que es esencial que esté demostrado en primer lugar la existencia de la relación laboral, para así poderse adentrar si el dueño de la obra es responsable solidariamente, de tal manera y no habiéndose demostrado en este asunto, debía absolver a las codemandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación. En su escrito de alegaciones indicó que la decisión de primera instancia es acertada en tanto que la parte demandante no logró demostrar que prestó sus servicios de manera personal y la pasiva desvirtuó la mencionada presunción.

5.2. Impregilo Colombia S.A.S., hoy Grupo ICT 2 S.A.S. y OHL Colombia S.A.S. Alegó en su favor que nunca contrató al demandante, así mismo no ha contratado los servicios de la empresa Gerencia de Contratos y Concesiones S.A., razón por la cual no puede ser solidaria de unas obligaciones que no le corresponden, aunado a lo anterior el objeto social de cada una de las empresas es sustancialmente distinto, motivo más que suficiente para despachar desfavorablemente esta declaración.

5.3. La Nación – Ministerio de Minas y Energía. Manifestó que no ha participado de manera directa ni indirecta en los hechos relacionados en la demanda, toda vez que no existe ninguna relación de causalidad entre los hechos y las pretensiones que busca el demandante, con las funciones que debe cumplir el Ministerio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación fungió como empleador del aquí actor?

(ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario, modalidad contractual, además, ¿Le asiste derecho al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en

pensiones y demás pretensiones de orden condenatorio que se solicitaron en la demanda?

(iii) Para finalmente establecer ¿La Nación – Ministerio de Minas y Energía, Emgesa S.A. ESP, Impregilo Colombia S.A.S., OHL Colombia S.A.S. y Triturados y Prefabricados C&P S.A.S., son solidariamente responsables en el pago de las condenas que se le impusieron a la otrora empleadora, en los términos del artículo 34 del CST?

Relación laboral, extremos temporales, salario y modalidad contractual

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

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

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 16 de noviembre al 16 de diciembre de 2011. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, el Curador Ad Litem, quien representa los intereses de la empresa Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación, señaló no constarle ello y por la misma razón se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo.

En ese sentido, aun cuando adujo el demandante la existencia de una relación laboral con dicha sociedad, no arrimó ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, tampoco en momento alguno demostró una prestación efectiva del servicio a favor de la empresa que aduce ser el empleador. Lo anterior, por cuanto únicamente se allegó al informativo como medio de prueba la planilla de aportes realizados al sistema de seguridad social, elemento que por sí solo no es plena prueba del contrato de trabajo, tal y como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples decisiones, entre otras, en sentencias SL156-2021, que reitera las sentencias CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 24313 y SL15929-2017.

Adicionalmente debe resaltarse que, en dicho documental se refleja únicamente la fecha de afiliación (23 de septiembre de 2011) y la fecha de ingreso (2 de noviembre de 2011), la cual corresponde a una data anterior al extremo inicial que señala el señor Luis Santanilla Barrera en el libelo introductorio. Además, si bien se allegó una constancia expedida por el mismo demandante del 14 de mayo de 2012, no obstante, la misma lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

En esa medida, advierte la Sala ningún yerro cometió el Juez de primer grado al señalar que el aquí demandante no demostró la prestación del servicio a favor de la demandada, al punto que tampoco obtuvo una inferencia equivocada al concluir que de los interrogatorios de parte practicados a los representantes legales de las codemandadas Emgesa S.A. ESP, Impregilo Colombia S.A.S., hoy Grupo ICT 2 S.A.S. y OHL Colombia S.A.S. no podía extraer confesión sobre la prestación personal del servicio del demandante a favor de aquellas o afirmación tendiente a exponer que tal prestación se hizo a favor de Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación, toda vez dicha intelección no resulta ajena a la realidad probatoria, ya que aquellas en nada dijeron sobre dicho aspecto.

En hilo de lo expuesto, si lo que pretende el actor es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que al no demostrarse que el actor hubiese prestado los servicios personales para la demandada Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación, tampoco es dable presumir la relación laboral subordinada entre el actor y aquella, en armonía al artículo 24 del CST, por lo que es claro que debe absolverse a la enjuiciada, tal como lo dedujo con acierto el juzgador de primer grado.

Responsabilidad solidaria de La Nación – Ministerio de Minas y Energía, Emgesa S.A. ESP, Impregilo Colombia S.A.S. hoy Grupo ICT 2 S.A.S., OHL Colombia S.A.S. y Triturados y Prefabricados C&P S.A.S.

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia SL 13686 del 2017, acerca a lo estipulado en el artículo 34 del CST, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente. En esa medida, ha señalado la Corporación que dicha disposición, tiene como finalidad garantizar y proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tienen derecho y que resultan de la contratación que efectúe el beneficiario del servicio o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que, la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera exigiendo la citada disposición se demuestre (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña

y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante[1]; (iii) que exista contrato de trabajo entre el contratista y el actor; (iv) que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, en el presente asunto es claro que no se cumple uno de los presupuestos esenciales para declarar la responsabilidad solidaria de las codemandadas, esto es, que el obligado principal, es decir, el contratista o subcontratista sea el empleador del demandante y que aquel en tal condición incumplió con las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Ello en atención a que no se pudo establecer en el diligenciamiento qué Contratos y Concesiones S.A. en Liquidación por Adjudicación fungió como empleador del señor Luis Santanilla Barrera y, por ende, adeudaba acreencias laborales; de ahí que mal podría atribuírsele responsabilidad solidaria a las encartadas, cuando si quiera el obligado principal está llamado a garantizar deudas laborales.

Con todo lo anterior, se impone confirmar en su integridad la sentencia de primer grado, en la medida que no es viable atribuirle la comisión de algún error o desatino, cuando consideró que no podía acceder a la responsabilidad solidaria solicitada.

Costas

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

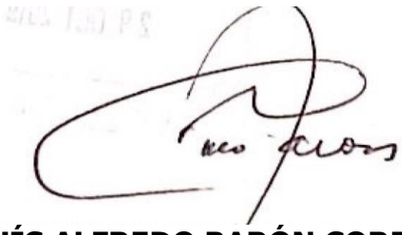
SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

[1]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ANA MERCEDES RINCÓN ROBAYO
Demandados:	SIMÓN LÓPEZ RINCÓN Y OTROS
Radicado No.:	18-2019-00231-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDADOS – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ana Mercedes Rincón Robayo instauró demanda ordinaria contra Clara Inés López Rincón, Simón López Rincón, Carlos Alberto López Rincón y Sandra Patricia López Rincón, como herederos determinados de Ana Lucia Rincón Robayo y en contra de los herederos indeterminados de esta, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Ana Lucia Rincón Robayo y, en consecuencia, se condene a los citados herederos determinados, así como a los indeterminados el auxilio de cesantía y sus intereses doblados a título de sanción, vacaciones, salarios, reajuste salarial, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con la señora Ana Lucia Rincón Robayo celebró en enero de 2011 contrato de trabajo verbal, para desempeñar el oficio de acompañante de la citada y alimentar animales que se encontraban en las instalaciones del Hotel Aclaraban Real, devengando la suma de $300.000, pagaderos mensualmente, los cuales se mantuvo durante los seis años laborados, tiempo durante el cual no le cancelaron aportes al sistema de seguridad social integral. Indicó que para agosto de 2016 fue ordenado su traslado definitivamente a Bogotá, con el fin realizar quehaceres del apartamento donde residía su empleadora. Expuso que la señora Ana Lucia Rincón Robayo falleció el 15 de abril de 2017, sin que a la fecha hayan sido canceladas sus prestaciones sociales y vacaciones. (fols. 12 a 20).

2. Contestación de la demanda.

2.1. Herederos indeterminados de Ana Lucia Rincón Robayo. Al contestar la demanda a través de Curadora Ad Litem, se opusieron a las pretensiones de la actora, argumentando la inexistencia de la relación laboral. En cuanto a los hechos, aceptó el 23° y los restantes manifestó no constarles. Propusieron como excepciones de mérito las de inexistencia del vínculo laboral, pago y cobro de lo no debido, el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, mala fe de la demandante, prescripción, caducidad y la genérica. (fols. 44 a 54).

2.2. Clara Inés López Rincón, Simón López Rincón y Carlos Alberto López Rincón. Al momento de descorrer el término de traslado los llamados a juicio, se opusieron a las pretensiones de la demanda. Frente a los supuestos fácticos indicaron que la accionante nunca celebró contrato laboral con Ana Lucía Rincón Robayo, además, al quedar la demandante viuda y sin ayuda alguna, su hermana le indicó que se quedará con ella y en tal virtud le proporcionó alimentos, comida, vivienda gratuita y vestuario, de conformidad el artículo 411 del Código Civil.

Refirieron que la actora no recibió salario alguno, ni ejecutó labores en el Hotel, aunado a que, por el estado de pobreza de sus hijos, nietos y bisnietos, también fueron para el hotel, con el fin de que la señora Ana Lucía Rincón Robayo les ofreciera su ayuda, razón por la cual, la demandante debía hacerles el aseo, prepararles comida, entre otras cosas. En su defensa propusieron las excepciones que denominaron inexistencia de contrato ni relación laboral, falta de legitimación en la causa por activa, reclamación y cobro de lo no debido, prescripción de derechos, ausencia de mala fe de los demandados y mala fe de la parte accionante. (fols. 59 a 69).

2.3. Sandra Patricia López Rincón. En auto calendado del 4 de noviembre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda. (fol. 77).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de mayo del 2021, en la que el fallador declaró que entre Ana Mercedes Rincón Robayo y Ana Lucia Rincón Robayo existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 28 de diciembre de 2010 al 15 de abril de 2017, devengando como remuneración la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada año. En tal virtud, condenó a los herederos determinados e indeterminados de Ana Lucia Rincón Robayo a pagar a favor de la demandante diferencias salariales, cesantía, intereses a las cesantías, vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria y aportes al subsistema de seguridad social en pensión. Así mismo, gravo en costa.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, en primer término, indicó que debía proponerse verificar si entre la demandante y la señora Ana Lucia Rincón Robayo existió un contrato de trabajo a término indefinido. Con tal propósito, hizo alusión a lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 24 del CST, al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia y a las pruebas obrantes en el expediente, para precisar que la parte demandante logró demostrar la prestación personal del servicio, pues así lo evidencia del interrogatorio de parte de la demandada Sandra Patricia López Rincón, quien confesó que entre las hermanas existió un vínculo laboral desde el año 2010 al 2017, para desempeñar la labor de oficios varios en el hotel de propiedad de Ana Lucia Rincón Robayo, pactando un salario de $300.000, quien no le canceló a la demandante prestaciones sociales al momento de su fallecimiento; aspecto que es corroborado con la prueba testimonial, fundamentalmente del testimonio de la señora Camila Puin Robayo.

Así las cosas, indicó que probada la prestación personal del servicio se presume que lo fue a través de contrato de trabajo, correspondiendo a las demandadas desvirtuar la subordinación de la relación contractual que vinculó a los 2 extremos de la litis. En tal virtud, adujo que no encuentra soporte probatorio que permita desvirtuar la presunción legal que otorgó la prestación personal del servicio, ya que las declaraciones aportadas por la parte demandada no fueron uniformes y no dieron cuenta de las situaciones fácticas que expone la demandada, por manera que debía declarar la existencia de la relación laboral entre las partes, desde el 28 de diciembre de 2010 al 15 de abril de 2017.

En lo que hace al salario, expuso que las pruebas apuntaban a que se había pactado $300.000 como retribución a sus servicios, sin embargo, al ser esa suma inferior al salario mínimo legal vigente, razón por la cual debía tomar este último, para todos los efectos pertinentes. Frente a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST sostuvo que aquella no puede ser aplicada de manera inmediata, sino que deben analizarse los elementos de buena o mala fe. Bajo ese horizonte, indicó que se encuentran insolutas prestaciones sociales y salarios, por lo que a pesar de que se verificó la muerte por parte de la señora Ana Lucia Rincón Robayo, no con ello se podía derivar buena fe, ya que dichas obligaciones pasan a sus herederos como pasivos de la sucesión, debiéndose por tanto imponer su condena. (Cd. a fol. 85)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Clara Inés López Rincón, Simón López Rincón y Carlos Alberto López Rincón. Inconforme con la anterior decisión los herederos determinados de Ana Lucia Rincón Robayo formularon recurso de apelación indicando que se interrumpió la inmediación de la prueba, en tanto que dos jueces las practicaron. Reiteró que desde la contestación de la demanda han sostenido la inexistencia de la relación laboral, pues lo que hubo fue una relación familiar donde se proveían alimentos. Señaló que los testimonios no fueron contestes y evidenciaba de su dicho una venganza ante las denuncias penales presentadas por parte de una de sus hijas.

Alegó que no se encuentra probada la prestación personal del servicio dentro del proceso, pues una persona que llega a una casa donde se le proveen alimentos, tiene que hacer oficios, lo que no significa la existencia de una relación laboral en términos del artículo 23 del CST; tampoco la remuneración, pues no es válido afirmar que hubo pagos a través de una "*cadena de ahorro de un extraño*". De otro lado indicó que el a quo se extralimitó al aplicar el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S., ya que la mala fe debe estar plenamente probada, de manera que la sanción impartida es "*exorbitante*", misma que no puede trasladarse de persona a persona y por ende no tiene efectos en los herederos, máxime que para establecer la relación laboral debe hacerse a través de un debate probatorio exhaustivo. Agregó que el A quo limitó la prueba testimonial a 3 testigos, cuando debió haber practicado todos y cada uno de los testigos solicitados, por tanto, solicitó que se practique el testimonio de la señora María de Jesús Gutiérrez. (Cd. a fol. 85)

4.2. Herederos indeterminados de Ana Lucia Rincón Robayo. En su alzada esgrimió que, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario que se cumplan los tres requisitos señalados en el artículo 23 del CST, aspectos que adujo no se encuentran demostrados en el plenario, en tanto que no se probó la prestación personal del servicio en la labor, si estaba sometida a un horario de trabajo y extremos temporales. En cuanto a la subordinación señaló que tampoco fue acreditada, pues no se evidenció como la señora Ana Lucia Rincón Robayo le impartiera órdenes y que la

promotora de la litis debía obedecer y en caso de desacatar estuviese sometida a una sanción o descuento de salario. Por el contrario, señaló que se probó que entre ellas existía una relación familiar, por el hecho de ser hermanas y que la señora Ana Lucia Rincón Robayo le procuraba ayuda económica, colaborando tanto en el suministro de su vivienda, como de su alimentación.

Frente al salario expuso que se trataba de una ayuda económica derivada de su relación familiar que en ningún momento constituye retribución alguna por labor desarrollada, ya que lo único que se dijo fue que se le entregaba en una cadena como ahorro para la demandante. Consideró que existió una errada valoración de los medios probatorios recaudados, toda vez concluyó que los mismos tienen el alcance demostrativo de la prestación personal del servicio, cuando aquello es contrario a la realidad probatoria, debido a que entre las partes existió una relación familiar y solidaridad entre hermanas. (Cd. a fol. 85)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Herederos indeterminados de Ana Lucia Rincón Robayo. Alegó en su favor que los argumentos esgrimidos por el fallador de instancia no se compadecen con el acervo probatorio obrante al plenario, en razón que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos constitutivos de la misma. Bajo ese entendimiento, sostuvo que no existe prueba alguna de la cual se puedan inferir las labores desarrolladas por la demandante, si estaba sometida a un horario, y mucho menos los extremos laborales de la misma.

Indicó que la subordinación tampoco logró demostrarse como quiera que no se evidencio la manera como la señora Ana Lucia Rincón Robayo le impartía órdenes y que la promotora de la litis tenía que obedecerlas y en caso de desacatarlas estuviese sometida a una sanción o descuento del salario como consecuencia del no acatamiento a las órdenes impartidas. Refirió que por el contario lo que se demostró es que entre ellas existían una relación familiar por el hecho de ser hermanas y que la señora Ana Lucia Rincón Robayo prodigaba ayuda económica para el sostenimiento de esta, colaborándole tanto en su vivienda como en su manutención.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por los demandados se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿La señora Ana Lucia Rincón Robayo fungió como empleadora de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

(ii) De ser positiva la respuesta, se entrará a determinar ¿Se equivocó el juez de primer grado al considerar que se encontraban demostrados los extremos temporales de la relación y salario, puesto que sobre este aspecto no se allegó ningún medio de convicción tendiente a probarlo?

(iii) ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, para condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., cuando es evidente la existencia de buena fe de la pasiva en sus actuaciones frente a la actora?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*"

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efecto de evaluar si la aquí actora acreditó que prestó sus servicios en favor de la señora Ana Lucia Rincón Robayo, lo primero que viene a propósito decir es que contrario a lo esgrimido por el A quo, lo señalado tanto por Sandra Patricia López Rincón como por los demás demandados en su interrogatorio de parte, no pueden ser

tenido como confesión, en tanto que su declaración tiene valor de testimonio respecto de los demás, según las previsiones del artículo 192 del CGP, por ende, frente a lo argüido por aquellos se tomará como testimonio de tercero.

Aclarado lo anterior, encuentra la Sala que se escucharon a las señoras Ingrid Camila Puin Robayo (nieta de la demandante), Mercy Yolanda Robayo (hija de la actora) y Ana Judith Vargas Rincón (nieta de la demandante). La primera de ellas sostuvo que la demandante trabajó para la señora Ana Lucia Rincón Robayo en el mes de diciembre del año 2010, lo cual le constaba debido a que estuvo presente cuando aquella le dijo a su abuela que le colaborará en el hotel que tenían en el municipio de Guayabal. Explicó que fue contratada en principio para alimentar animales domésticos que se hallaban en el hotel y posteriormente para realizar oficios varios, tales como cocina y aseo. Indicó que por tales actividades recibía la suma de $300.000 mensuales, actividad que perduró hasta el fallecimiento de Ana Lucia Rincón Robayo.

La segunda de las deponentes indicó que le constaba de la relación laboral que existía entre su señora madre Ana Mercedes Rincón Robayo y Ana Lucia Rincón Robayo, en tanto que para aquella época se encontraba trabajando al interior del hotel, no obstante, su tía tuvo que contratar a su progenitora para continuar con las actividades en el hotel, pues estas ya no las ejecutaba; labores que iniciaron aproximadamente el 24 o 28 del mes diciembre de 2010, las cuales continuaron hasta el fallecimiento de su empleadora. Expuso que como contraprestación su señora madre recibió la suma de $10.000 diarios, sin que le hayan cancelado prestaciones sociales y vacaciones.

Por su parte, la señora Ana Judith Vargas Rincón manifestó que Ana Mercedes Rincón Robayo, trabajó para Ana Lucia Rincón Robayo en el hotel de propiedad de esta última, desde finales de diciembre de 2010 hasta el fallecimiento de su tía. Indicó que estuvo presente en el momento en que fue contratada su señora madre, oportunidad en que también le indicaron la labor a realizar en el hotel, así como que devengaría la suma de $10.000 diarios. Refirió que frecuentaba a su mamá en el hotel, donde la veía realizar sus labores, debido a que su lugar de trabajo y vivienda se encontraba contiguo al hotel.

Las citadas declaraciones no fueron derruidas por los testimonios de los señores Alexander Antonio Vallejo Tunjo (ex yerno de Ana Lucia Rincón Robayo), Luz Marina Saavedra (vecina y trabajadora del hotel) y Gustavo Alvarado (Trabajador del hotel). De hecho, los citados declarantes no tuvieron el conocimiento directo de las situaciones fácticas alegadas por las partes, al punto que el primero de ellos si bien manifestó que entre Ana Mercedes Rincón Robayo y Ana Lucia Rincón Robayo existió una relación de familia y que tal situación la conocía derivada de la relación sentimental que mantenía con la señora Sandra Patricia López Rincón, también lo es que su permanencia en el hotel fue esporádica, además, que dado al rompimiento de su relación en el año 2013 con mencionada señora, no conoció más allá de dicha fecha, aspectos relacionados con el vínculo que sostuvieron las hermanas. Por su parte, la señora Luz Marina Saavedra no le constó si entre Ana Mercedes Rincón Robayo y Ana Lucia Rincón Robayo se sostuvo un vínculo laboral, además, aunque aseguró que visitaba a la señora Ana Lucia Rincón Robayo, de manera que dijo no haber visto a la demandante realizar labores a favor de aquella, no obstante, arguyó que su permanencia varió en el hotel cuando la fallecida viajaba a Bogotá, por ende, algunas situaciones no las conocía. Mientras que el tercero de los deponentes, si bien manifestó que la actora no laboró para la difunta, también señaló que laboró a favor del hotel entre los años 1995 a 1996 y posteriormente realizó un turno de tres meses, sin indicar la fecha, de allí que no conocía con exactitud el vínculo existente entre las partes.

Así las cosas, de las pruebas anotadas en precedencia, para esta Sala es claro que las declaraciones de Ingrid Camila Puin Robayo, Mercy Yolanda Robayo y Ana Judith Vargas Rincón, ofrecen más claridad sobre la forma en que prestó sus servicios personales la señora Ana Mercedes Rincón Robayo, ya que no solo fueron coherentes en su dicho, sino, además, conducen a esta Corporación tener convencimiento de que las actividades que realizó lo fueron en beneficio de Ana Lucia Rincón Robayo, pues, estas aseguraron que realizaba laborales generales al interior del Hotel Aclaraban Real, establecimiento de propiedad de aquella.

Manifestaciones que claramente son coherentes con lo expuesto por la señora Sandra Patricia López Rincón, dado que aquella señaló sin dubitaciones la existencia de la relación de la señora Ana Mercedes Rincón Robayo y su señora madre Ana Lucia Rincón Robayo, ya que, en el año 2010, cuando quedó viuda la actora, su progenitora le pidió a esta que le colaborará en el Hotel Aclaraban Real y asumiera las funciones que venía ejerciendo Gustavo. De tal manera, que aquella y su nieta se fueron a vivir en el Hotel, realizando actividades en oficios varios, cancelando como contraprestación la suma de $300.000 mensuales. Aspectos que, si bien no pueden derivar en confesión, como ya se explicó, no obstante, considera la Sala que lo indicado por ella ratifica lo expresado por los demás deponentes.

Bajo tal contexto, las conclusiones del juez de primer grado no fueron erradas, ni tampoco distan de la realidad probatoria que alega la censura, ya que los señores Alexander Antonio Vallejo Tunjo, Luz Marina Saavedra y Gustavo Alvarado, no tienen la capacidad de desvirtuar a la intelección que llegó con relación a que la señora Ana Lucia Rincón Robayo no fue la empleadora de la actora, pues no ofrecieron ninguna certeza al respecto, tal como se evidenció precedentemente. Aunado, a que existe solidez en los demás medios probatorios en la medida que sus labores desempeñadas fueron en beneficio de aquélla, por manera que resultan inane los esfuerzos que hace los recurrentes, para desvanecer la prestación de los servicios personales que se reitera, probó la demandante a favor de Ana Lucia Rincón Robayo y que halló probada el A quo.

Así las cosas, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de Ana Lucia Rincón Robayo, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que, como se vio, fue nulo el esfuerzo de los accionados por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó la señora Ana Mercedes Rincón Robayo al ser contratada.

Como se memora, las situaciones fácticas que trae la parte demandada a colación no tienen por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiaria el extremo activo, porque lo que pretende demostrar con las declaraciones, es significar que la relación existente fue familiar, de ayuda y socorro, aspectos que distan de la realidad probatoria, cuando quiera que los medios de convicción dan cuenta que la actividad personal de la trabajadora trascendió esos lazos familiares y se tornó en un vínculo con las características propias de una relación, pues así se predica del haz probatorio anotado; mismo que no puede ser invalidado, como lo pretende el apoderado judicial de los recurrentes, cuando estima que el principio de inmediación se quebrantó porque dos jueces participaron en distintos momentos en la práctica de las pruebas.

En efecto, basta con traer a colación la sentencia SL-2175-2020, en la que se dijo:

> *"Efectivamente, el esfuerzo de la recurrente se concentra en criticar el convencimiento libre que construyó el Tribunal en torno al pleito llevado a su conocimiento, todo lo cual está protegido bajo la órbita del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.*
>
> *A este respecto, importa aclarar por la Sala, en todo caso, que la inmediación que rodeó la práctica de las pruebas en la primera instancia en modo alguno resta mérito al Tribunal para su análisis libre y ponderado dentro de la competencia que le asigna la ley, de manera que por no haber sido el juez quien participó de la práctica de los interrogatorios de parte o los testimonios del juicio se merma su capacidad de raciocinio o queda imposibilitado para hacer la valoración que en derecho corresponde.*
>
> *En la misma vía, tampoco es la inmediación de la prueba la que le otorga necesaria y exclusivamente la plenitud de su capacidad demostrativa como parece proponerlo la censura, pues el juez está en la capacidad y obligación de valorar cada medio de prueba en función de sus características y naturaleza intrínseca (…)"*

Ahora, el ataque que se dirige en contra de la sentencia de primer grado también se encuentra orientado a que esta Sala decrete y practique pruebas en los términos del artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., no obstante, se considera desacertado pretender que esta Corporación remedie una situación probatoria que limitó el cognoscente de primer grado y que no controvirtió la parte demandada, cuando está demás decir que para que pueda salir avante tal solicitud, debe aparecer demostrado por lo menos la petición de la prueba en el libelo primigenio y, que a pesar de haberse decretado en la etapa procesal correspondiente, se hubiere dejado de practicar por el a quo sin justificación y culpa atribuible a la parte que la solicitó; situación que de plano no ocurrió, tal como se dijo en auto del 1 de marzo de 2022.

En efecto, en la citada providencia se indicó que aun cuando en la contestación de demanda se solicitó la práctica de la prueba testimonial, siendo decretada por el A quo en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, no obstante, su negación encuentra justificación en el cúmulo de testimonios pedidos, por lo que se limitó su práctica; determinación que no solo se encuentra amparada en el artículo 53 del mismo estatuto procesal, sino, que se mantuvo incólume ante la no interposición de los recursos en contra de la limitación de escuchar tal testimonio.

Por esta razón se consideró que no era viable acceder al decreto y práctica del medio probatorio solicitado en la apelación, considerando que si bien "*el juez laboral debe ser garante de los derechos fundamentales, adoptando para ello las medidas que considere pertinentes (art. 48 CPTSS), en procura de la prevalencia del derecho sustancial*"[1], no por ello implica a la Sala la facultad para suplir la carga probatoria que compete únicamente a las partes, además que de aceptarse la petición implicaría asumir el rol de parte, lo cual quebranta los principios constitucionales y legales que rigen la administración de justicia.

Con todo lo anterior, se concluye que el Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que le atribuye la apelación de los demandados, pues se itera, la decisión que tomó fue a partir de las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal de la demandante en favor del extremo pasivo de esta Litis, por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24

[1] CSJ SL SL392-2019

ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte de la fallecida, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho en su contra.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que la prueba testimonial enunciada demuestra inequívocamente la prestación del servicio del demandante a favor de Ana Lucia Rincón Robayo, y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se reitera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión del Juez primigenio que sobre este aspecto bien tomó.

Extremos temporales

Acusa la censura que no se encuentran demostrados los extremos temporales de la relación laboral, considerando que sobre este aspecto no se allegó medio de convicción tendiente a su demostración.

Pues bien, demostrada como se encuentra la prestación personal del servicio, misma que se vio fue bajo el poder subordinante y dependiente de la convocada, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre estos, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor. Así, compete a la parte actora, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime al trabajador de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, pues es indispensable en procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

> *"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (…) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:*
>
> *…recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros"*

Tras dicha tesitura, evidencia la Sala, que tal como lo mencionó el A quo, con los testimonios de Ingrid Camila Puin Robayo, Mercy Yolanda Robayo y Ana Judith Vargas Rincón, se prueba el extremo inicial de la relación laboral declarada, mismos que llevan

al pleno convencimiento de que la labor realizada por en beneficio de la señora Ana Lucia Rincón Robayo, fue continua, permanente e ininterrumpida. Lo anterior, por cuanto las deponentes señalaron que aproximadamente para el 28 diciembre de 2010 la señora Ana Mercedes Rincón Robayo inició sus labores a favor de la citada persona, labores que fueron ininterrumpidas y constantes, y que terminaron como consecuencia del fallecimiento de aquella, esto es para el 15 de abril de 2017.

Por lo dicho, atinó el A quo al declarar que los extremos temporales de la relación laboral corresponden a los señalados hitos, debiéndose por tanto confirmar sobre este punto la sentencia objeto de censura.

Salario

Aduce la censura que no se encuentra demostrado el salario devengado, razón por la cual considera que no se acreditó uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Sobre este aspecto es preciso recordar que el A quo halló probado tal elemento de las declaraciones de las señoras Ingrid Camila Puin Robayo, Mercy Yolanda Robayo y Ana Judith Vargas Rincón, quienes señalaron conjuntamente que la señora Ana mercedes Rincón Robayo, recibió la suma de $300.000, como contraprestación a sus servicios personales.

La Sala encuentra que las citadas pruebas testimoniales ciertamente indican que en vigencia del vínculo que unió a Ana mercedes Rincón Robayo y Ana Lucia Rincón Robayo, recibió una asignación mensual de $300.000, aspecto que confirma la señora Sandra Patricia López Rincón, quien refirió en su declaración que tal suma fue devengada por la accionante. De allí que el Juez de primer grado no se equivocó al colegir la demostración del salario, tampoco cuando consideró que, al ser la citada suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente, debía tomar para todos los efectos este último salario; lo anterior, en tanto que así lo dejó sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2676-2020, lo cual es concordante con el artículo 132 del CST.

Así las cosas, mal puede atribuirle un desatino al juzgador de primer grado y, por ende, se sigue igualmente mantener la decisión que tomó al respecto.

Indemnización moratoria

En lo concerniente a la indemnización moratoria, aducen los apelantes que no se le puede atribuir mala fe, en tanto que el no pago de acreencias laborales devino por el fallecimiento de Ana Lucia Rincón Robayo.

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria, sin embargo, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, la misma no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

En el presente asunto, considera la censura que no ha debido de condenarse a la indemnización moratoria dado al fallecimiento de la señora Ana Lucia Rincón Robayo, además, por cuanto no se le puede trasladar la mala fe en su condición de herederos de aquella. De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que la buena fe del empleador ante el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales que puede dar lugar a la moratoria se ha de verificar dadas las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, pues, es a partir de allí que da lugar a la condena, según los presupuestos anotados.

Bajo tal contexto, en primer lugar, advierte la Sala que el fallecimiento de la señora Ana Lucia Rincón Robayo, fue lo que motivó la terminación del vínculo laboral, hecho que no fue controvertido por las partes, de allí que existiera una imposibilidad material de realizar inmediatamente el pago de prestaciones sociales y salarios adeudados. No obstante, considera la Sala que con posterioridad a dicha situación no se perdió toda posibilidad de dar el cumplimiento a las obligaciones que pudiesen estar a cargo de la señora Ana Lucía, pues, de cara a su muerte, los herederos tenían a cargo la administración de bienes de la causante, debiéndose, por tanto, cubrir obligaciones que se encontrasen pendientes de pago. Y es que, si verifica los medios de convicción allegados al cartapacio, los herederos en ningún momento demostraron imposibilidad para cubrir tales obligaciones, o que actuaron "*con el convencimiento de que nada adeudaban a la accionante, tampoco hicieron una manifestación sobre el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la prestación de sus servicios como trabajador, mucho menos, como ya se señaló, la acreditaron*" (SL-400 de 2019).

Ello quiere decir, que con posterioridad al fallecimiento de la empleadora, no fue la de pagar los emolumentos reclamados por la actora, al punto que los demandados pretendieron desconocer la relación laboral que ató a Ana Mercedes Rincón Robayo con Ana Lucia Rincón Robayo, al señala que aquella estuvieron a merced de un vínculo familiar, de apoyó y socorro, aspecto que los medios de convicción derribaron, en tanto que aquellos dieron cuenta sin mayores discusiones que la fallecida vinculó a la actora bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló, pues esta se realizó bajo una estricta subordinación y poderío de esta, por lo que mal haría esta Sala exonerar de la sanción que persigue la parte actora.

Dadas esas razones, y como quiera que en este asunto no se observa ninguna razón válida para exonerar el pago el pago de la indemnización moratoria se sigue confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

Costas

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

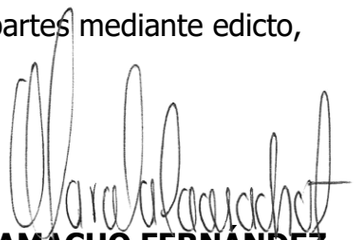
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de mayo del 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

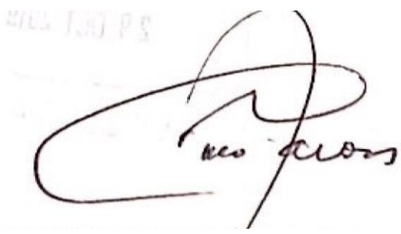
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	CARLOS FRANCISCO TOLEDO FLÓREZ
Demandadas:	TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP
Radicado No.:	25-2017-00183-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO-APELACIÓN PARTE DEMANDADA-CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos Francisco Toledo Flórez instauró demanda ordinaria contra Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual fue terminado unilateralmente por el empleador y sin justa causa y, en consecuencia, se condene a la encartada al valor en dinero de las 10.038 opciones que fueron ejercidas y que restan por pagar; el reconocimiento del 25% sobre el valor de la indemnización final por despido sin justa causa en ocasión al beneficio extendido por la junta directiva en el año 2014; el pago de la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del C.S.T., indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar al servicio de la encartada mediante un contrato de trabajo a término indefinido el 9 de mayo de 2012, para desempeñar el oficio de vicepresidente administrativo y de relaciones externas, siendo un trabajador de dirección, manejo y confianza. Refirió que el vínculo laboral inicialmente pactado se modificó a través de otrosí suscrito el 2 de julio de 2013, además, la denominación del cargo inicial, el cual pasó a ser vicepresidente administrativo y de servicios.

Indicó que el último salario devengado correspondió a la suma de $26.218.043, además, recibía un bono de desempeño anual variable por cumplimiento de objetivos, el cual oscilaba hasta 3 veces el salario mensual, según el nivel de cumplimiento, donde 120% era el máximo nivel. Agregó que recibía como directivo un incentivo basado en derecho de suscripción de acciones ordinarias. Sostuvo que la empleadora dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa al trabajador el 21 de diciembre de 2015, sin embargo, en la indemnización del artículo 64 del CST no canceló conceptos propios de la relación laboral. (fols. 183 a 203).

2. Contestación de la demanda. La convocada a juicio se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que, si bien entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, la terminación del mismo obedeció a la facultad del empleador contenida en el artículo 64 del C.S.T. y por ende no fue ilegal. Expuso que no desconoce las opciones pretendidas por el actor, pero aclaró que resulta procedente efectuar el pago de las opciones devengadas y ejercidas en los términos del reglamento del programa de incentivos basado en derechos de suscripción de acciones ordinarias para el personal directivo, así como el correspondiente acuerdo de participación; acuerdo que el promotor del litigio se ha negado a suscribir argumentando que a su favor debe reconocerse indexación monetaria e intereses corrientes y de mora, desconociendo con tal proceder el valor de las opciones, que corresponde al cálculo que resulte bajo el mecanismo de la diferencia financiera.

De otro lado, dijo que el demandante jamás fue beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita por la empresa y la organización sindical Sindicato de Trabajadores de la Energía de Colombia Sintraelecol. Precisó que, en reunión extraordinario de Asamblea General de Accionista del 5 de noviembre de 2014, se discutió y aprobó la extensión de beneficios económicos del incremento salarial, póliza de salud y auxilio de educación a los trabajadores que se encontraban excluidos de la aplicación de la norma convencional, por tal razón son los únicos beneficios que fueron extendidos al actor.

Finalmente, sostuvo que durante la vigencia de la relación laboral que existió entre las partes y a la finalización de la misma, le reconoció y pagó la totalidad de los salarios causados a favor del actor, siempre actuando de buena fe. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y cobró de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, pago, compensación, mala fe, prescripción buena fe y genérica. (fols. 248 a 274).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de octubre de 2021, en la que el fallador condenó a la enjuiciada "*al pago de 10.308 opciones, debiendo efectuar el pago al demandante CARLOS FRANCISCO TOLEDO conforme a la diferencia entre el precio resultante de la última valoración de las acciones de la empresa (o el precio de cotización de las acciones en bolsa) y el precio de ejercicio de las opciones o el mecanismo de diferencia financiera hasta el día en que se produzca su pago*"; así mismo, a costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, en primer término, indicó que debía proponerse si había lugar al valor en dinero de 10.308 opciones. Con tal propósito, destacó que no existe controversia a dirimir frente a la existencia de la relación laboral, extremos temporales y el cargo que desempeñó el actor, además, que la demandada aceptó desde la contestación de la demanda y en misiva del 4 de octubre de 2016 que adeudaba la totalidad de 10.308 opciones que fueron ejercidas mediante comunicados 29 de julio y 25 de agosto de 2015.

De cara a lo anterior, citó el artículo 128 del CST y precisó que el beneficio se encuentra en cabeza del demandante en la suma de 10.308 opciones maduradas, conforme lo admitió la demandada al ser un pago que se otorgó a los directivos de dicha compañía y se garantiza inclusive si la relación laboral se termina sin mediar justa causa, por lo que obedece a la autonomía de la voluntad del empleador y debe ser pagado conforme a lo establecido en el manual de reglamento del programa de incentivos basados en derechos de suscripción de acciones ordinarias, para el personal directivo de la

enjuiciada, de ahí que sea factible su condena, pero sin que sea plausible acceder a la indexación de aquellas sumas. (Cd. a fol. 665).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior la **demandada** formuló recurso de apelación aludiendo a que en efecto las opciones maduradas a las que accedió el A quo no tienen ningún fundamento para su reconocimiento a favor del actor, como quiera que existe una condición sin la cual no puede reconocerse, cual es, el acuerdo de participación que no ha sido suscrito a la fecha por el demandante.

Refirió que quedó acreditado con la testimonial que el promotor del litigio hizo la respectiva reclamación a la empresa respecto de las opciones relacionadas a los meses de julio y agosto de 2015, a las cuales no le dio la respectiva respuesta en tanto que en su momento el actor, como vicepresidente administrativo, debió ser la persona encargada de dar contestación a dichos requerimientos, sin embargo, al momento en que se le termina el contrato de trabajo sin justa causa, estas solicitudes se encontraron traspapeladas dentro de la documental que dejó aquel.

Expuso que dentro del expediente obra el reglamento del programa donde se especifica concretamente como condición para entregar las opciones maduradas la suscripción del acuerdo, el cual no ha firmado a la fecha, razón por la cual considera que no existe ningún sustento probatorio que dé cuenta del cumplimiento de ese requisito, de manera que no puede reconocer ese emolumento al que se condena en el presente proceso. Indicó que el artículo 128 del C.S.T., no es el sustento jurídico que lleve a concluir que el demandante tiene derecho a estas opciones maduradas, dado a que el fundamento jurídico de este beneficio se encuentra en el programa y reglamento que obra en el expediente.

Agregó que las opciones son discrecionales de la empresa y, por tanto, no se encuentra obligada a reconocer dicho emolumento, además, porque no se cumplió con la condición, esto es, haber suscrito el acuerdo y no haberse terminado el vínculo laboral sin justa causa. (Cd. a fol. 665).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Demandante. Alegó en su favor que desde la contestación de la demanda fue aceptado el reconocimiento de las opciones ejercidas por parte de la demandada, al indicar "la representada NO desconoce las opciones ejercidas". Refirió que el derecho de opciones que se dio por disposición empresarial a través de su reglamento debidamente estipulado y vigente para la fecha, se ejerció dicho derecho por parte del demandante en cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin.

5.2. Demandada. Expuso que el Juez de primera instancia no tuvo en cuenta el hecho de que el actor no cumplió con el requisito previo que es la suscripción del acuerdo de participación, condición fundamental para el reconocimiento de las cuotas de opciones de las acciones, pues quedó expresado en el numeral 4.2 del "Programa de Incentivos Basado en Derechos de Suscripción de Acciones Ordinarias para el Personal Directivo de TGI S.A. E.S.P".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de 10.308 opciones maduradas que fueron ejercidas mediante comunicación por el actor, tal y como lo halló probado el A quo?

Relación laboral, sus extremos temporales y modalidad contractual

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 9 de mayo de 2012 al 21 de diciembre de 2015, tampoco que la labor desempeñada por el trabajador fue de vicepresidente administrativo y de servicios y que tuvo como último salario la suma de $26.218.043. No se discute igualmente que la finalización del nexo contractual fue producto de una decisión unilateral del empleador y sin justa causa. Inferencias que sin duda no fueron recurridas por las partes.

Opciones maduras

Sobre este aspecto, la recurrente cuestiona al cognoscente de primer grado haber aplicado una norma que no está llamada a gobernar el asunto, además, las inferencias que lo llevaron a la conclusión respecto de la procedencia y pago de las opciones que el promotor del proceso devengó y ejerció, pues considera la censura que en términos del reglamento del programa de incentivos basado en derecho de suscripción de acciones ordinarias para el personal directivo de TGI S.A. ESP y el Acuerdo de Participación Programa de Opciones, existe un requisito de causación y exigibilidad del derecho a la opciones maduras, que no es otro que la finalización del nexo laboral no haya sido sin justa causa y la suscripción del acuerdo de participación, respectivamente.

Como se anotó en los antecedentes de esta providencia, en esencia el A quo citó el artículo 128 del CST, pero sostuvo que la procedencia y pago de las opciones maduras tienen lugar debido a que la misma demandada lo aceptó así desde la contestación de la demanda, debiéndose por tanto imponer su condena.

De cara a los discernimientos precedentes, la Sala observa que si bien el juzgador de primer grado no acertó cuando aludió al artículo 128 del CST para fundamentar su decisión, en consideración a que lo pretendido por el demandante no es otra cosa que sean reconocidos las 10.038 opciones que fueron ejercidas y que restan por pagar por parte de la enjuiciada, sin que se busque por su incidencia salarial o factor prestacional, no obstante, atinó al colegir como parte de la construcción de su argumento que la enjuiciada aceptó el hecho de que adeudaba las opciones pretendidas por el actor, de ahí que procediera su condena.

Lo anterior significa que a pesar de no encuentre asidero la disposición invocada de cara al planteamiento esbozado por el actor en su demanda, la Sala encuentra que acertó al discurrir la procedencia del pago de las opciones maduras, ello si en cuenta se tiene que la demandada aceptó el hecho de la deuda, no solo en la contestación de la demanda, sino en misiva adiada 4 de octubre de 2016, cuando dijo lo siguiente:

> *"TGI SA ESP se permite informarle que es procedente efectuar el pago de aquellas opciones que hayan sido debidamente devengadas y ejercidas (…) que según informe de la Vicepresidencia Financiera, del total de opciones devengadas y ejercidas, restan por pagar 10.308 opciones (…). Ahora en relación con la fecha en que se hará efectivo el pago, es preciso anotar que como las opciones serán pagadas bajo el mecanismo*

de diferencia financiera, la Vicepresidencia Financiera de TGI SA ESP procederá a identificar la valoración y cálculos a los que haya lugar, a fin de determinar la suma de dinero que corresponda, asó como efectuar los pagos en su favor (…)"

Lo anterior, además, sirve para enervar el reproche dirigido a que dichas sumas no pueden ser canceladas al actor como quiera el dador de laborío finalizó sin justa causa el contrato de trabajo, en tanto que el citado argumento es nuevo en este litigio, pues de cara a lo expuesto, la accionada no discutió la causación del derecho, por lo cual, efectuar un pronunciamiento en tal sentido conlleva a violentar el derecho al debido proceso del accionante, lo cual no puede permitir esta Sala de ninguna forma.

Ahora, sostiene la recurrente que no tiene cabida el pago de las opciones maduras ya que están supeditadas a que el actor suscriba el acuerdo de participación a que hace referencia el artículo 4.2 del reglamento del programa de incentivos basados en derechos de suscripción de acciones ordinarias. Frente a ello, la Sala evidencia del citado reglamento que en efecto se puso como condición previa para devengar y ejercer las opciones que:

"4.2. FIRMA DEL ACUERDO DE PARTICIPACIÓN

Como condición previa para devengar y ejercer LAS OPCIONES que les han sido otorgadas, los BENEFICIARIOS deberán suscribir con LA EMPRESA el ACUERDO DE PARTICIPACIÓN, cuya minuta modelo se anexa a este reglamento y forma parte integrante del mismo." (fol. 355)

Respecto a dicha cláusula, el testigo Rafael Acosta Chacón señaló que dicho requisito es imperativo de todos los ejecutivos beneficiarios del programa de incentivos, acuerdo que en esencia recoge el reglamento, pero introduce una estipulación en virtud de la cual se deja establecido que el programa no tiene el carácter salarial ni prestacional.

Los anteriores medios de persuasión acreditan, así como lo dice la censura, que para devengar y ejercer las opciones por parte del actor se requiere la suscripción del acuerdo de participación. No obstante, tal aspecto es insuficiente para negar las opciones devengadas y ejercidas que restan por pagar, púes de cara a la misma misiva a la que se hizo alusión precedentemente, se causó el derecho a favor del trabajador y por ende el pago no quedó a la suerte de la suscripción del acuerdo de participación, sino únicamente a identificar la valoración y cálculos a fin de determinar la suma de dinero que le correspondía por este concepto, a más porque su suscripción es una formalidad que no puede afectar en sí mismo el derecho que tiene causado.

Por lo anterior y sin que sea necesario realizar consideraciones adicionales, se impone confirmar la sentencia de primer grado, en tanto que los reparos realizados a la misma no tienen vocación de prosperidad.

Costas

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ANA MUÑOZ ÁLVAREZ
Demandada:	FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ
Radicado No.:	06-2016-00504-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO-APELACIÓN PARTES-CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En cuanto a la solicitud de prueba elevada por la parte demandada, se rechaza de plano en tanto que no cumple con los presupuestos del artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., para ser decretada.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ana Muñoz Álvarez instauró demanda ordinaria contra Fraternidad Misionera de la Cruz, como propietaria del establecimiento de comercio Instituto Educación y Vida, con el propósito de que se declare la existencia de relación laboral y, en consecuencia, se condene a la demandada en forma solidaria a pagar a su favor el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, aportes a pensión, indemnización moratoria, horas extras, salarios insolutos, perjuicios morales, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar al servicio del Instituto Educación y Vida mediante un contrato de trabajo verbal el 1 de febrero de 1984, para desempeñar el cargo de secretaria general, recibiendo como salario al momento de su retiro la suma de $6.000.000. Indicó que estuvo bajo el régimen de cesantías anterior a la Ley 50 de 1990, además, que laboró hasta el 5 de junio de 2015, fecha en la que fue despedida sin justa causa.

Refirió que fue acosada laboralmente y que, al momento de pagar el salario del mes de abril de 2015, de manera arbitraria el empleador le exigió que recibiera la suma de $4.000.000, cuando su asignación corresponde a $6.000.000. Sostuvo que su empleador adeuda salarios de los meses del 1° de abril al 5 de junio de 2015, horas extras y aportes pensionales. (fols. 4 a 17).

2. Contestación de la demanda. La convocada a juicio se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que durante la vigencia de la relación laboral canceló las acreencias laborales solicitadas en la demanda, además, que terminó el contrato de trabajo a la actora por justa causa atribuible a ésta como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones como trabajadora. Frente a los supuestos fácticos aceptó que la demandante ingresó a laborar a la fraternidad a partir del 1 de febrero de 1984, en el cargo de secretaria general. En lo demás señaló no ser cierto o no constarle. En su defensa propuso la excepción previa de falta de capacidad legal y como de fondo las que denominó inexistencia e inexigibilidad de las obligaciones demandadas, inexistencia de la obligación de indemnizar por despido sin justa causa, pago y buena fe, prescripción y genérica. (fols. 54 a 67).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de junio de 2021, en la que la falladora condenó a la Fraternidad Misionera de la Cruz, como propietaria del establecimiento de comercio Instituto Educación y Vida a reconocer y pagar a favor de la demandante la indemnización por despido sin justa causa, salarios insolutos, indemnización moratoria, vacaciones e intereses a las cesantías dobladas a título de sanción. Así mismo, gravó en costas a la encartada.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar si la demandante tiene derecho a los créditos laborales reclamados en la demanda, derivados del contrato de trabajo que alegó. Con tal propósito, advirtió que con la documental allegada al plenario se encontraba demostrado que la demandante se vinculó con el instituto accionado a partir del día 1 de febrero de 1984 y hasta el día 5 de junio del 2015 como secretaría, devengando un salario final de $6.000.000.

Así las cosas y luego de referirse al caudal probatorio arrimado al plenario dijo en lo que hace a la indemnización por despido sin justa causa que se hallaba probado que el contrato de trabajo terminó por parte del empleador sin mediar justa causa, pues si bien este invocó en la carta de finalización justeza en el despido, lo cierto es que en el "*momento de la terminación del vínculo jurídico no se determinó la causal mediante la especificación del motivo o de los hechos que originaron la decisión"*, lo que imponía que el nexo laboral terminó sin justa causa.

En lo atinente a la reclamación del auxilio de cesantía bajo el régimen tradicional precisó que, aunque en el juicio no se demostró que se hubiere traslado al régimen de la Ley 50 de 1990 mediante comunicación escrita al empleador, lo cierto es que dicha exigencia no constituye un requisito para la validez del cambio de régimen. De esa manera advirtió que la demandante se afilió al fondo de cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A., con el empleador accionado desde el mes de febrero del año 1999, registrando movimientos hasta el año 2015, con retiró afiliado el día 3 de septiembre de igual año, de ahí que el traslado de régimen de cesantía produjo plenos efectos ya que permaneció por espacio de 16 años sin objeción del interesado, aspectos que no permitía condena alguna por dicho concepto.

Respecto de los salarios no cancelados esgrimió que, con las diligencias del pago por consignación, se probó que la institución accionada efectuó el pago por consignación por valor de $4.615.000 correspondiente al salario del mes de abril del año 2015. Advirtió, que por auto de fecha 26 de marzo de 2019, el Juzgado 25 Laboral del Circuito ordenó la entrega a la demandante del título judicial, ya que hasta el 22 de marzo de ese mismo año recibió la copia de la cédula de ciudadanía que se requirió por auto de fecha 23 de junio del año 2015. Por otro lado, indicó que, con la nómina de abril del año 2015, se

probó que la demandante firmó el documento en constancia de su recibo, sin embargo, no se encuentra acreditado el pago del salario de los 5 días de junio de 2015 laborados por la accionante, debiéndose por tanto imponer su condena.

Frente a la indemnización moratoria, esbozó que el empleador no acreditó circunstancia que justifique el no pago del salario del mes de junio de 2015 a la terminación del contrato de trabajo, de manera que fulminó condena en su contra. En lo que hace al trabajo suplementario indicó que no debía imponer su pago en tanto que en el proceso no se probó el número exacto de horas extras laboradas con indicación de la fecha de labor. En relación con las vacaciones sostuvo que la accionada no acreditó su pago respecto de los periodos correspondientes a los años 2012 a 2015, pues el trámite de las diligencias por pago por consignación no se concluyó por la falta de aportación del título judicial, como lo certificó el Despacho anteriormente citado. Finalmente, dijo que la encartada tampoco probó el pago de los intereses a las cesantías correspondientes a los tres últimos años anteriores a la terminación del contrato de trabajo. (Cd. a fol. 828).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Parte demandante. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación señalando que la actora no se trasladó al nuevo régimen de cesantías, en tanto que no se cumplió con el requisito *sine qua non*, esto es, la manifestación y el pronunciamiento expreso de querer trasladarse al régimen especial de la Ley 50 de 1990. De otro lado dijo que la demandante, en su calidad de secretaria, tenía que trabajar amplias jornadas, por manera que, aunque la carga probatoria la tenía ella, su simple manifestación de que tenía un cargo de secretaría y que era trabajadora de manejo y confianza, no lleva a que sea exonerada del trabajo suplementario, en tanto que sus actividades eran extenuantes y se sentía obligada a tener que continuar y cumplir con esos horarios impuestos. Indicó que no se tuvo en cuenta los perjuicios y daños causados a la demandante como consecuencia de la terminación sin justa causa de su contrato de trabajo de una trabajadora que prestó sus servicios durante un considerable tiempo. (Cd. a fol. 828).

4.2. Parte demandada. En su alzada esgrimió que la finalización del contrato de trabajo fue con justa causa, en tanto que la actora abuso de su posición de confianza, razón por la cual y teniendo en cuenta su cargo de secretaría general, en compañía de su hermana señora Miriam Muñoz, rectora de la institución, aumentaron el salario de $5.126.000 a la suma de $6.000.0000, sin demostrar que tenía la calidad de representante legal, pues tal calidad la ostentaba la señora Lourdes Zambrano, la cual, junto con la Secretaría General de la Fraternidad como máximo órgano de dirección, eran los únicos que tenían la facultad de realizar aumentos de salario.

Refirió que la demandante y su hermana se aprovecharon del grado de confianza que tenían por sus cargos de dirección, confianza y manejo, así como la disposición de los dineros de la cuenta del Banco Caja Social, y sin autorización de la secretaría general de la Fraternidad o su representante legal, se aumentó unilateralmente el sueldo. Por otro lado, indicó que se encuentran demostrados los pagos realizados a la demandante, además, que hubo buena fe por parte de la empleadora en tanto que canceló los dineros debidos a la gestora del proceso, a través de un pago por consignación, teniendo en cuenta que esta no quiso recibir los emolumentos. (Cd. a fol. 828).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Demandada. Alegó en su favor que la A quo omitió analizar las pruebas en conjunto, no solamente la carta de terminación del contrato de trabajo, sino también los testimonios vertidos dentro de este proceso, los cuales fueron enfáticos en manifestar que la demandante, en su calidad de secretaria general del Colegio Fraternidad y Vida, de propiedad de la demandada, tenía el manejo junto con su hermana Myriam Muñoz, directora del Colegio, para la época de la terminación del contrato, sobre la cuenta de ahorros de propiedad de la demandada. Refirió que fueron contundentes los testigos en afirmar que la demandante y su hermana sin autorización del órgano encargado de la Fraternidad Misionera de la Cruz, o la directora nacional, se aumentaron de manera unilateral los salarios para el caso de la actora a una suma de $6.000.000.oo, sin que fuera obligatorio para la demandada hacerlo, por cuanto estaba ganando más de un salario mínimo legal vigente para esa época.

De otra parte, indicó que la juzgadora de primer grado tenía la plena facultad oficiosa de remitir al Banco Agrario oficio para pedir información sobre la existencia de dicho título o su consignación a órdenes del juzgado de reparto y en beneficio de la señora Ana Muñoz Álvarez, en aras de verificar dicha situación y llegar a la verdad real frente al pago por consignación, en principio de la buena fe. Expuso que en aras de verificar la existencia de título de pago de estos salarios, y poder despejar las dudas frente al mismo, solicitó se oficie al Banco Agrario -Sección deposito judiciales, con ese mismo fin.

Agregó que actuó de buena fe, pues canceló a la demandante sus salarios finales y prestaciones sociales a la actora, con fundamento en lo que esta consideraba se le debían cancelar, es decir, con un salario de $5.016.000.oo que legalmente debía percibir la actora para el momento de la terminación del contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿La actora es acreedora al reconocimiento económico del trabajo suplementario?

(ii) ¿La juez de primer grado incurrió en error cuando señaló que a la actora le aplicaba el régimen anual de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990 y no el Régimen tradicional contemplado en los artículos 249 y 253 del CST?

(iii) ¿Se equivocó la A quo al tener por no probado el pago de las acreencias laborales condenadas, pese a la existencia de documentales que evidencian que no le quedó adeudando suma alguna a la actora?

(iv) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

(v) ¿Se equivocó la juez de primer grado al condenar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en tanto que la accionada considera que no actuó de mala fe frente a la trabajadora?

(vi) ¿Es procedente impartir condena a la aquí demandada por concepto de perjuicios extrapatrimoniales como consecuencia de la terminación del contrato laboral a la actora?

Relación laboral, sus extremos temporales y modalidad contractual

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral entre la señora Ana Muñoz Álvarez y la encartada, sus extremos temporales, modalidad o duración y la labor que desarrolló la misma, pues además de ser admitidos desde la contestación de demanda, se corroboran entre otros, con la certificación expedida por el empleador (fol. 27; carta de despido (fol. 25); y liquidación final de acreencias laborales (cuad.3, fol. 122).

Trabajo suplementario

Sentado lo anterior, recuerda esta Sala que la señora Ana Muñoz Álvarez pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario que aduce ejecutó. Petición a la que se opone enfáticamente la accionada, significando que la actora siempre trabajó jornada ordinaria y, la empleadora no autorizó el trabajo adicional o de horas extras.

Perfilado así el debate que llama la atención de la Sala, es del caso precisar que en tratándose de trabajo suplementario, sea cual sea la denominación que se le atribuya, impone a la demandante probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que efectivamente lo ha trabajado.[1] *(Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53)*

Ahora, en tratándose de trabajadores que ejecuten actividades calificadas como de dirección, manejo o confianza, el artículo 162 del CST establece que quedarán excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo, sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha advertido q*ue "el hecho de que un cargo sea calificado como de dirección, manejo o confianza no acarrea su exclusión del régimen*

[1] "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas>"

interno de la empresa en cuanto a la observancia del horario de trabajo, ni genera una disponibilidad absoluta y atemporal, pues lo previsto por el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo tiene un carácter excepcional, ante circunstancias concretas y sólo para efectos de no generar recargos por trabajo suplementario, cuando haya lugar a este." (SL4883 de 2020)

Conforme a lo anterior y dada la controversia que suscita la atención de la Sala, lo primero que debe anotarse es que las partes no controvierten que la actora laboró para la corporación en el cargo de "secretaria general", cuyo cargo era de dirección, manejo o confianza, de ahí que, al ostentar tal calidad, la señora Ana Muñoz Álvarez no tiene derecho al reconocimiento de trabajo suplementario.

Ahora, si la Sala entendiese con el dicho de la actora, que pese a tener la citada calidad, la empleadora se aprovechó de la condición pues le generaba "*una disponibilidad absoluta y atemporal"* transgrediendo las normas previamente citadas y, por tanto, es procedente el pago del trabajo suplementario implorado, lo cierto es que tampoco habría lugar a impartir condena en atención a que las pruebas adosadas al plenario a efectos de acreditar el trabajo en horas extras adolecen de la precisión requerida, en tanto que no permiten esclarecer que días efectiva y realmente laboró la accionante al servicio de la accionada, cual es el tiempo suplementario o complementario que reclama ni los horarios en que lo prestó.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que no fue allegado ningún medio de convicción tendiente a demostrar la jornada laboral de Ana Muñoz Álvarez y si ejecutó su actividad de secretaría más allá de su horario, además, aunque la parte demandante pretendió demostrar tal circunstancia con la testimonial de María Mercedes Díaz Martínez y Gloria Leonor Paredes Rosales, pasa por alto que indagadas sobre el aspecto controvertido en el juicio, nada informaron, menos con la certeza requerida, sobre el número de horas exactas y sobre las se aplicaría el pretendido recargo, cuestión determinante para establecer cuántas horas diurnas y nocturnas prestaba el servicio para efectos de liquidar no sólo los pertinentes recargos sino para conocer el total de extras servidas en cada jornada laboral.

Así las cosas, surge evidente la improcedencia del reconocimiento de trabajo suplementario peticionado por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud. Además, la Sala no comparte los argumentos de la censura, cuando sostiene que no existe duda sobre las horas extra laboradas, dado a que tal aspecto se deriva de la propia accionante cuando aquella surtió el interrogatorio de parte, ya que es evidente que la citada declaración no puede ser suficiente para probar tal circunstancia, pues cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella. Máxime cuando tampoco puede la Sala extraer de dicha declaración una confesión pura y simple en tanto que no se observa que le produzca consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria; de hecho, es notorio que la citada aserción única y exclusivamente le favorece a ella, por manera que mal haría esta Sala acoger los argumentos de la apelante.

De aceptarse lo contrario, bastaría el propio dicho de la parte actora, afirmando la causación de trabajo extra para que el Juez decida a favor, siendo que, para impartir condena debe contarse con la prueba que respalde tal afirmación y que zanje cualquier duda sobre su causación, además debe recordarse el elemental principio de derecho probatorio que enseña que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas.

De suerte al carecer esta Sala de los elementos de prueba idóneos para establecer el valor del trabajo suplementario que quedó insoluto, esto es, qué número de horas extras pudo

haber servido la demandante y en qué jornada, conlleva indefectiblemente a determinar que no se probó salario superior.

Lo considerado es suficiente para que la Sala confirme la sentencia confutada, en lo que hace al trabajo suplementario que negó la A quo.

Auxilio de cesantía

Frente a este tópico, la juez de primer grado estimó que pese a que no se encontraba comunicación escrita de la trabajadora tendiente a acogerse al régimen especial señalado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no obstante, colegía de la afiliación que realizó a la Administradora de cesantías Horizonte hoy Porvenir, que la intención de la promotora del litigio fue la de acogerse al citado régimen, a más porque durante el tiempo que duró su vinculación laboral la actora realizó movimientos en su cuenta de ahorro de cesantías.

Sobre ello, la parte actora plantea que la a quo erró al no considerar que tenía derecho al reconocimiento y pago de cesantías retroactivas, al régimen tradicional establecido en el artículo 249 del CST, toda vez que no se encuentra dentro del expediente que hubiera manifestado su voluntad expresa de acogerse a régimen especial contemplado en el artículo 98 de la Ley 50 de 1990.

Para definir el asunto planteado, es necesario recordar que el estatuto laboral reglamenta tres formas o regímenes de liquidación de la cesantía, excluyente entre sí, a saber:

- El régimen tradicional del Código Sustantivo del trabajo, comprendido en los artículos 249 y 253 del CST, el cual continúa rigiendo a todos los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 50 de 1990, es decir, antes del 1 de enero de 1991, el cual contempla que todo empleador está obligado a pagar sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.

- El régimen especial creado por la Ley 50 de 1990, el cual se aplica obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir del 1 de enero de 1991 y a los trabajadores antiguos del régimen anterior que deseen acogerse al régimen especial, el cual contempla la liquidación definitiva anual de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, con manejo e inversión a través de los Fondos de Cesantías.

- El régimen de salario integral, el cual está contemplado en el artículo 132 del CST.

En virtud de lo anterior y aterrizado lo anterior al presente asunto, para la Sala no existe error alguno de la falladora de primer grado, al concluir que la liquidación de cesantía generada en virtud del contrato de trabajo, debía efectuarse conforme al régimen contemplado en la Ley 50 de 1990, y no con el anterior o tradicional como lo reclama la parte recurrente, púes, aunque es un hecho cierto que fue vinculada laboralmente desde el 1 de febrero de 1984, además, que no obra dentro del plenario comunicación escrita dirigida al empleador, no obstante, es evidente que encontró demostración que la actora manifestó su voluntad de acogerse a régimen especial contemplado en el artículo 98 de la Ley 50 de 1990, pues así se deduce de la suscripción del formulario de afiliación que realizó el 15 de febrero de 1999 y de los que movimientos que efectuó en vigencia y con posterioridad a la terminación de la relación laboral.

Es del caso precisar, que esta Corporación no acoge la tesis expuesta por la censura en cuanto que el traslado de régimen de cesantía se debe acreditar mediante una comunicación escrita y expresa de la trabajadora, pues, tal cual lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencias SL097-2018, que reiteró la sentencia SL10217-2016, "*el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, no contiene la exigencia de una prueba ad substantiam actus para acreditar la voluntad de trasladado de régimen de cesantías, pues (…) existe libertad probatoria para demostrar que el trabajador decidió acogerse al nuevo régimen (…)*".

Así las cosas, y de cara a dicho referente jurisprudencial, la conclusión a la que se arribó atrás en nada difiere de la realidad, pues en virtud de los medios de convicción esbozados, estos dejan en evidencia que en verdad la demandante se hizo partícipe del sistema de liquidación anual de cesantía regulado por la Ley 50 de 1990, dada la suscripción del formulario de afiliación que realizó al Fondo de Cesantías Horizonte y los movimientos que realizó a su cuenta, como se dijo anteriormente.

Por lo tanto, se impone por parte de la Sala mantener la sentencia de primer grado en lo que hace a este reproche.

Pago de acreencias laborales

La cesura cuestiona en rigor la falta de valoración probatoria de la sentenciadora de primer grado a las documentales que allegó y con las cuales pretendía demostrar el pago del salario causado en el mes de junio de 2015, intereses a las cesantías y vacaciones, pues considera que de haberse apreciado en debida forma las documentales arrimadas, la A quo habría podido colegir que la enjuiciada no le quedó adeudando suma alguna por dichos conceptos.

Frente a este punto, debe recordarse que la juzgadora de primer grado dedujo que se hallaba pendiente el pago de algunas obligaciones causadas en vigencia de la relación laboral, pues si bien evidenciaba que la empleadora tramitó un pago por consignación, el mismo estaba dirigido a hacer la cancelación del salario del mes de abril de 2015, que la accionante se abstuvo de recibir en vigencia de la relación laboral. Además, dijo que no evidenciaba la constitución del título judicial que se aduce en el formato pago por consignación de prestaciones laborales, tampoco aparecía probado el pago del salario devengado en el mes de junio de 2015, ya que los comprobantes de nómina no indicaban la solución del salario.

Siendo así, en el expediente obran los siguientes documentos:

- Carta determinación del vínculo laboral adiada 4 de junio de 2015, mediante la cual la empleadora pone de presente que el salario correspondiente al mes de abril del año 2015 se encuentra consignado a órdenes del Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá. (Fols. 25)

- Comprobantes de nómina de los meses de febrero a mayo de 2015, los cuales, pese a que aparecen suscritos por la demandante, no evidencian el pago del salario de los primeros cinco días del mes de junio de 2015. (Fols. 69 a 71)

- Acta individual de reparo del Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá y solicitud de pago por consignación en los que se aduce que constituyen un título judicial por valor de $4.490.484, correspondiente a la liquidación definitiva del contrato de trabajo (salario, cesantías, intereses cesantías, prima y vacaciones).

> No obstante, tal y como lo dedujo la cognoscente de primer grado, allí no aparece que tal suma se haya consignado mediante título judicial, y aunque es cierto que obra acta individual de reparto donde se menciona la constitución del depósito judicial No. 400100004992194 por valor de $4.615.000, empero, este hace alusión al salario del mes de abril de 2015, el cual fue autorizado por la mencionada autoridad judicial y no el pago por concepto de prestaciones sociales, vacaciones y salarios insolutos. (Fols. 72 a 74 y 820 a 825)

En ese sentido, en criterio de esta Sala, aun cuando manifestó la demandada la existencia de prueba sobre el pago de salarios, intereses a las cesantías y vacaciones, es evidente que no arrimó medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, pues no existe prueba alguna con la que se demuestre que la actora recibió el monto en que se aduce en la liquidación, de ahí que no sean de recibo por parte de este colegiado los argumentos de la censura, cuando estima que los documentos acreditan su pago, ya que los mismos únicamente evidencian el valor adeudado por concepto de las citadas acreencias laborales.

Siguiendo ese hilo conductor y habiendo señalado la demandante que no recibió el pago de las citadas acreencias laborales, le significaba entonces a su empleador probar lo contrario, es decir, presentar medio de convicción que permitiera colegir que realmente realizó su desembolso. Además, porque dicha exigencia solamente le compete a la sociedad enjuiciada, pudiendo fácilmente cumplir con la carga que le corresponde, en procura de enervar las obligaciones que se le atribuyen.

Así las cosas, como las citadas probanzas no tienen el alcance probatorio argüido por la censura, consistente en la solución de salarios, intereses a las cesantías y compensación de vacaciones, es claro que la demandada deberá correr con las consecuencias de su inactividad probatoria, esto es, la ratificación sobre la decisión que tomó la A quo.

Indemnización moratoria

Atinente a la indemnización moratoria, aduce el recurrente que como empleador actuó de buena fe al abstenerse de cancelar las prestaciones sociales y salarios a la finalización del vínculo laboral, pues así se puede evidenciar del pago por consignación que realizó.

En lo atinente a este reproche cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la mismas no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe al no cancelar las prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral, por ende, le asiste razón a la sentenciadora de primer grado al considerar que hay lugar a su condena, toda vez que el deudor moroso no demostró que su obrar estuvo ceñido a la buena fe, pues, sobre este tópico ningún medio de prueba arrimó. Lo anterior, porque contrario a lo esgrimido por la censura, si bien se indicó que para el momento en que feneció el vínculo laboral con la actora canceló salarios y prestaciones sociales, también lo es que tal afirmación no encuentra su demostración, pues sobre esto ningún medio de prueba adosó, como se evidenció en pasajes anteriores.

De tal suerte, considera esta Sala que le asiste razón a la sentenciadora primigenia, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de que la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido entrega de forma inmediata las citadas acreencias laborales, toda vez que las razones dadas por la enjuiciada sólo quedaron en simples afirmaciones, las cuales, como bien es sabido, lejos está de tenerse en cuenta.

De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó, lo que lleva a esta Sala sin mayores disquisiciones a confirmar la decisoria de la cognoscente de primer grado, en lo que hace a este punto de reproche.

Despido sin justa causa

La parte demandada centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que se demostró durante el devenir procesal la justa causa en el despido de la trabajadora, en tanto que aquella se aprovechó del grado de confianza que se le deposito por sus cargos de dirección, confianza y manejo, al aumentar unilateralmente el salario, sin autorización del máximo órgano de la Fraternidad o de su representante legal, de allí que sea inviable la indemnización por despido sin justa causa condenada.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, a folio 25 del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en el artículo 62 y 58 del CST. No

obstante, al realizar la valoración de dicha prueba, con total certeza se razona de ella que no se hizo una exposición clara y concreta de las razones sobre las cuales basa su decisión de finiquitar el vínculo laboral, de allí que al no motivar el despido o las razones por los que se da la ruptura y la demandante al no tener conocimiento de las razones que justificaron su retiro, es claro que el despido deviene en injusto, debiéndose por tanto confirmar la sentencia en lo que hace a este punto de reproche.

Perjuicios morales

Es del caso recordar que la parte actora solicita que se condene a título de indemnización los perjuicios extrapatrimoniales o morales como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral sin justa causa de una persona que prestó sus servicios durante varios años a favor de la encartada.

Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad general, esto es, el padecimiento de un daño por parte de quien reclama la indemnización, una actuación culposa o dolosa de la demandada probada en el proceso y el nexo de causalidad que debe existir entre la culpa y el daño. Cada uno de estos elementos son considerados como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que debe acreditarse en cualquier reclamación de esta naturaleza.

Descendiendo al caso en concreto, la parte imputa a la demandada el suceso de la terminación de la relación laboral, aduciendo que aquello le trajo consigo un perjuicio extrapatrimonial, por lo que solicita su pago. Sin embargo, para la Sala es claro que al revisar los medios de convicción que fueron allegados al plenario, no demuestra cosa diferente a la inexistencia de los perjuicios pretendidos, en tanto que no existe elemento de prueba que acredite la causación del daño sufrido.

En ese sentido, y contrario a lo aducido por la actora, el daño no puede ser presumido a partir de la conducta que el empleador tomó al terminar la relación laboral, por el contrario, debe tenerse plena certeza de que se generó, situación que no se cumplió, pues, como se dijo en precedencia, no se allegó medio de convicción tendiente a su demostración, de allí que al no estructurarse uno de los presupuestos, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende.

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos y fácticos para que proceda esta condena, se sigue manteniendo incólume la sentencia de primer grado.

Costas

Sin costas en esta instancia, ante la no prosperidad de los recursos de apelación propuestos por las partes. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

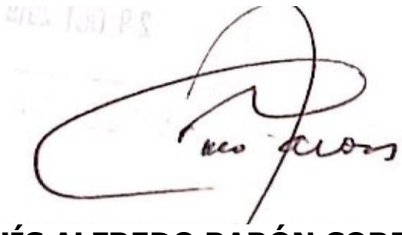
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2021, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JOHN ROBERTO URQUIJO MARTÍNEZ
Demandado:	INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
Radicado No.:	25-2014-00132-02
Tema:	APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. John Roberto Urquijo Martínez, instauró demanda ordinaria contra Industria Nacional de Gaseosas S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que comenzó el 16 de julio de 2000 y terminó el 27 de abril del 2012, por decisión unilateral de su empleador mediante un despido injusto, en tanto que no agotó el procedimiento de que trata la Convención Colectiva de Trabajo 2010-2012 que establece obligatoriamente oír al trabajador y dos representantes del sindicato.

En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de la indemnización por despido sin justa causa de conformidad con el artículo 64 del C.S.T.; el 100% adicional de la indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con el artículo 14, inciso 3, literal "d" de la convención colectiva de trabajo 2010-2012; indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del C.S.T.; bonificación del que trata el inciso 3 del artículo 56 del "*pacto colectivo de trabajo 2010-2012*"; primas legales y extralegales; cesantías y sus intereses, primas legales y extralegales *"mientras esté despedido y mientras dure el proceso*"; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Pidió en subsidio de lo anterior que se condene a la demandada a reintegrar al trabajador al cargo que desempeñaba como jefe de ventas, junto con el pago de beneficios convencionales, salarios y prestaciones dejadas de percibir, a partir del 27 de abril de 2012, fecha del despido y hasta cuando opere el reintegro.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó con la encartada el 16 de junio de 2000 mediante un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar primeramente el cargo de supervisor de ventas y posteriormente el de jefe de ventas. Refirió que el contrato de trabajo se terminó sin justa causa el 21 de abril del 2012, sin embargo, no le fue cancelado el 100% adicional de la indemnización del que trata el artículo 14, inciso 3, literal "d", de la convención colectiva de trabajo 2010-2012.

Indicó que devengaba para el momento de la terminación un salario promedio mensual de $4.841.105, además, que se encontraba afiliado a la organización sindical Sintraindega y Sinatrapacol. (Cuad.1, fols. 124 a 145).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a excepción de la relacionada con la existencia de la relación laboral y la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo que realizó. Explicó que al trabajador le canceló la indemnización por despido sin justa, de ahí que no debía oír al trabajador ni escucharlo en descargos porque no se trataba de una sanción disciplinaria ni de una terminación con justa causa. Indicó que al actor no se le aplica el artículo 16 de la Convención Colectiva denominada "EMBOSAN", toda vez que durante la vigencia de su contrato de trabajo prestó sus servicios en la ciudad de Bogotá.

Precisó que el único artículo convencional aplicable al actor en materia de terminaciones del contrato de trabajo es el 15 general, sin embargo, hace referencia exclusivamente a terminaciones del contrato de trabajo con justa causa, aspecto que no ocurrió. Manifestó que de conformidad con el artículo 18 de la Convención Colectiva general, pagó en la liquidación final del contrato de trabajo la indemnización convencional adicional a la legal, sin embargo, pese a que correspondía a $39.858.431,17, finalmente canceló la suma de $55.554.896.

Adujo que el despido lo pudo haber efectuado un representante de la empleadora, el superior jerárquico, un representante de recursos humanos o cualquier persona al interior de la empresa designada para el efecto. Refirió que no es aplicable al actor el pacto colectivo vigente al interior de la empresa, si se tiene en cuenta que el mismo aplica al personal que no es beneficiario de la convención colectiva de trabajo, como lo es el actor.

Señaló que en ninguna circunstancia constitucional, legal o jurisprudencial procede el reintegro del actor, en tanto que los reintegros están expresamente incluidos en la ley para temas taxativamente enunciados y ninguno de ellos se cumple; la simple afiliación al sindicato no le otorga un fuero sindical ante la inexistencia de las circunstancias que deriva el mismo. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, prescripción, pago y compensación. (Cuad.2, fols. 1 a 26).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de noviembre del 2019, reconstruida el 17 de septiembre de 2021, en la que el fallador absolvió a la demandada de cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el actor.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto centró su estudio a determinar, entre otras cosas, si debe aplicarse al actor el procedimiento de que trata la convención colectiva de trabajo 2010-2012, en su artículo 16 de la página 117 y si la empresa no dio cumplimiento al inciso 3, literal "d" del artículo 14 de la misma disposición. Así, luego del análisis del haz probatorio allegado al cartapacio, el fallador de primera instancia refirió que le correspondía a la parte demandada probar que el despido sin justa causa se hizo conforme a lo estipulado en la convención colectiva de trabajo, de tal manera que, al revisar el capítulo 3 denominado "Régimen contractual", se hace mención en el artículo 15 a un procedimiento obligatorio previo a la imposición de una sanción disciplinaria, efectuar un llamado de atención o dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

No obstante, consideró, conforme al capítulo denominado "EMBOSAN" y el artículo 14 denominado "indemnización por despido sin justa causa", que no le es aplicable los lineamientos fijados para las plantas de Bucaramanga, Cúcuta, Barrancabermeja,

Aguachica y San Gil o en los territorios que antes comprendía la embotelladora de Santander S.A., pues esta confesado desde los mismos hechos de la demanda que el demandante inició prestando servicios como supervisor de ventas y finalizó como jefe de ventas, en la sucursal de Bogotá norte.

Adujo que para los trabajadores de Bogotá no se utilizan los lineamientos fijados en el capítulo especial denominado "EMBOSAN", razón por la cual, al trabajador no le es aplicable el artículo 14 ni 16 del citado capítulo, lo que conlleva a absolver a la demandada de todas y cada uno de los pedimentos relacionados con la aplicación de una forma diferente de liquidar la indemnización por despido sin justa causa y cambios en la liquidación final del contrato de trabajo.

En lo atinente a la declaratoria del conflicto laboral colectivo con la organización sindical Sintraindega y la empresa demandada, sostuvo que no se allegó medio de prueba tendiente a demostrar el citado conflicto, pues a pesar de que se allegó una certificación expedida por el señor Martín Emilio Muñoz, no se acreditó la calidad de presidente, ni el conflicto que allí se dice se surtió en un Tribunal Administrativo, de allí que debía despachar desfavorablemente esta pretensión.

De otro lado, aludió a que, conforme a la documental aportada por la demandada, no evidenciaba pagos insolutos a la finalización del contrato de trabajo, además, si bien se pidió el pago de acreencias laborales que quedaron debiendo como derechos ciertos e indiscutibles, no obstante, el actor no indicó a qué derechos hacía mención, pero en gracia de discusión evidenciaba de la liquidación final del contrato de trabajo que no se adeudaba acreencias laborales por la accionada. Respecto del reintegro solicitado dijo que no todo despido es causal para alegar un reintegro laboral, pues para que proceda debe declararse ineficaz la terminación del vínculo laboral, dada la condición de sujeto de especial protección, aspecto que no se demostró. (Cuad.1, Cd a fl. 355)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **el actor** formuló recurso de apelación manifestando que se debe modificar la liquidación de prestaciones sociales que se realizó, además, refirió que con relación a los valores pagados en la demanda se estableció que mientras que la empresa le reconoció $56.000.000, el trabajador propende porque se le reconociera $112.000.000 derivados precisamente de los análisis y de la interpretación de la convención colectiva de trabajo.

Refirió que no se tuvo en cuenta por parte del A quo que la empresa se encontraba en conflicto colectivo, máxime cuando dentro del proceso se acreditó con las certificaciones de los señores Carlos Arturo Soto Mayor y Martín Emilio Muñoz, presidentes de los sindicatos, manifestaron que la encartada estaba en conflicto para el momento del despido. Indicó que el A quo no reconoció la pretensión subsidiaria relacionada con el reintegro pese a que en la sentencia en parte se aceptó la convención colectiva en la aplicación en otros aspectos, pero no con relación precisamente al reintegro. (Cuad.1, Cd. a fols. 338 y 355)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Demandada. Alegó en su favor que el contrato de trabajo terminó sin justa causa, además, que al demandante no le aplica el capítulo de Convención Colectiva de Embonsan, pues durante toda la vigencia de la relación laboral el actor prestó sus servicios en la ciudad de Bogotá, razón por la cual no aplica el capítulo que convenientemente y sin ninguna explicación cita en su demanda. Indicó que canceló la indemnización por despido conforme a la Convención Colectiva que le era aplicable al momento de la terminación del contrato de trabajo, aunado a que no hay prueba de la existencia de un

conflicto colectivo con Sintraindega y este hecho fue confirmado con las resoluciones expedidas por el Ministerio de Trabajo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿El demandante es beneficiario del capítulo "EMBOSAN", artículo 16 de la convención colectiva de trabajo 2010 -2012 y, por tanto, debe condenarse a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa liquidada conforme al artículo 14 del citado capítulo, así como a los beneficios derivada del texto extralegal o en forma subsidiaria el reintegro solicitado?

- ✓ Para tal efecto, se deberá determinar ¿la convención colectiva de trabajo 2010 - 2012 capítulo "EMBOSAN" se encuentra debidamente incorporada al proceso, esto es, con las formalidades necesarias para ser valorada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 del C.S.T.?

- ✓ ¿Hay lugar a declarar que, a la terminación del vínculo laboral, Sintraindega y el empleador se encontraban en conflicto laboral colectivo?

- ✓ ¿Al demandante se le debe corregir la liquidación de prestaciones, "*para que se ajuste legalmente, se reconozcan y paguen las acreencias laborales que quedaron debiendo como derechos* ***ciertos e indiscutibles"***?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral entre el señor John Roberto Urquijo Martínez y la encartada, sus extremos temporales, salario, duración y la labor que desarrolló el mismo, pues además de ser admitidos desde la contestación de demanda y no ser reprochado por las partes, se corroboran entre otros, con la certificación expedida por el empleador (Cuad.1, fol. 39); carta de despido (Cuad.1, fol. 38); y liquidación final de acreencias laborales (cuad.1, fol. 40).

Convención Colectiva de Trabajo 2010-2012

Para desatar los problemas enunciados en líneas atrás, debe la Sala antes de entrar a definir si el promotor del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización convencional por despido sin justa causa, beneficios extralegales y de manera subsidiaria el reintegro solicitado, definir si la Convención Colectiva de Trabajo 2010-2012 se encuentra debidamente incorporada al proceso, esto es, con las formalidades a que alude el artículo 469 del C.S.T., pues solo así es posible examinar si hay lugar o no los pedimientos deprecados en el libelo genitor, ya que todo el andamiaje argumentativo radica principalmente en el cumplimiento de los requisitos dispuestos en

el capítulo "EMBOSAN", artículos 14 y 16 del texto extralegal, con vigencia entre el 1 de marzo de 2010 al 29 de enero de 2012.

En este orden de ideas, al examinar los medios de convicción allegados oportunamente al proceso, se evidencia que únicamente fue arrimada copia del texto colectivo, la cual obra en los cuadernos 1 y 2, folios 42 a 78 y 42 a 208 respectivamente, sin que se evidencie por parte de la Sala la nota de depósito en dicho documento o en algún anexo, aspecto que de entrada no le permite a la Sala verificar si hay lugar a los pedimentos convencionales de la demanda, pues "a*nte la carencia de la nota de depósito del acuerdo convencional como lo establece el artículo 469 del CST, esta Corte tiene enseñado que no le está dado al Juez laboral considerar la convención colectiva como fuente de los derechos reclamados*". (SL-5197-2021).

Así las cosas, como el anterior requisito brilla por su ausencia, el cual, es indispensable para que la convención pueda surtir efecto entre las partes, es evidente el error que cometió el A quo cuando resolvió las pretensiones sin verificar la fuente de los derechos reclamados, pues de cara a lo atrás esbozado, se advierte con claridad que la norma convencional que se allegó por las partes, no puede ser tenida en cuenta para resolver los problemas jurídicos planteados, ya que la convención colectiva que se pretende y, por ende, sirve de base a las pretensiones de la demanda, carece de la constancia del depósito exigido por el artículo 469 del CST.

De tal suerte que al no haberse allegado con las formalidades del caso, para que de esta forma proporcionará certeza sobre la fuente de derechos que se persigue, mal haría la Sala estudiar los pedimentos que se derivan de esta, pues se reitera, la base de los derechos deprecados radica en dicho medio convencional, por lo que al no existir en el plenario con las constancia del caso, la Corporación se encuentra impedida para reconocer su existencia y los derechos convencionales que se derivan de la misma.

En este punto, resulta oportuno señalar que aunque la demandada al contestar la demandada aceptó que despidió al trabajador y como consecuencia de ello canceló la indemnización por despido sin justa causa con base en la convención colectiva de trabajo 2010-2012 en su parte general, ello no significa que la demandada aceptara expresamente la existencia de dicho texto normativo, sino que no refutó ni rebatió el hecho del despido y el pago de la citada indemnización a partir de dicha disposición, de ahí la necesidad de que en el plenario apareciera el acuerdo convencional con el respectivo depósito como lo establece el artículo 469 del CST, máxime cuando la demandada basó su defensa respecto al pago de la indemnización por despido sin justa causa en la convención colectiva de trabajo 2010-2012 en su parte general y no en el capítulo Embosan, que es donde provienen los derechos que se persiguen por el promotor de la litis.

Sobre este aspecto puntual, es pertinente traer a colación lo señalado la sentencia SL2584-2019, en la que la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, explicó:

> *"Ciertamente, es doctrina de esta Sala que cuando se reclama un beneficio convencional cuya existencia, cuantía, modalidad, duración o extensión, sean objeto de controversia, la única prueba que es de recibo para acreditar el derecho y su configuración, es la Convención Colectiva debidamente suscrita y con constancia de haber sido depositada ante el Ministerio de Trabajo. Si falta esa prueba solemne, no pueden darse por acreditados los hechos para los cuales se exige; de esa forma quedaron sin piso probatorio las aspiraciones de la demanda (CSJ SL, 25901, 23 jun. 2005).*

Recuérdese que dicho instrumento no es una prueba documental cualquiera, es una a la que el legislador, atendidas sus profundas implicaciones en la seguridad jurídica de la ejecución de los contratos de trabajo, le otorgó un rango especial, tal como lo consagra el artículo 469 del Código Sustantivo de Trabajo."

En todo caso, si la omisión que se destaca por la Sala, la dio por subsanada la demandada, al no controvertir la existencia de la convención colectiva de trabajo, tal aspecto no tiene la virtualidad suficiente para derruir la conclusión a la que arribó el cognoscente de primer grado cuando dijo que no podía acceder a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, si se tiene en cuenta que, tal y como lo coligió aquel, el Capítulo Embosan solo aplica a los afiliados que laboran en las ciudades de Bucaramanga, Cúcuta, Barrancabermeja, Aguachica y San Gil o en los territorios que antes comprendía Embotelladoras de Santander S.A. y no a los trabajadores que prestan sus servicios en la ciudad de Bogotá, como acontece con el actor.

Y si lo dicho no fuese suficiente para destacar la inaplicabilidad de la norma convencional al demandante, debe tenerse en cuenta que de conformidad con la parte introductoria del capítulo EMBOSAN, tal texto solo se destina a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales Sintraimagra y Sinaltrainal, a los que el actor no demostró su afiliación, pues sobre esta circunstancia tampoco allegó medio de persuasión. Este último argumento también sirve para derruir el reproche que se dirigió a establecer que el A quo cometió un error al no tener en cuenta que para la fecha del despido del trabajador la sociedad convocada a juicio se encontraba en conflicto laboral colectivo con la agremiación Sintraindega, pues, al revisar el acervo probatorio de la demanda no se arrimó prueba inclinada a acreditar que el actor en efecto estuvo afiliado, no solo a dicha agremiación sindical, sino, a Sinatrapacol, para decir que como se encontraba en conflicto laboral colectivo, hubo vulneración a sus derechos fundamentales de asociación y negociación colectiva cuando finalizó sin justa causa el laborío.

Por lo expuesto, se confirmará se confirma la decisión absolutoria del A quo.

Corrección de la liquidación de pretensiones

Ahora bien, en lo atinente a la argumentación que presenta el recurrente en contra de la sentencia de primera instancia basada en que debió acceder a la corrección de la liquidación de pretensiones, de entrada evidencia la Sala que tal pedimento no está llamado a prosperar, en tanto que la parte actora ni siquiera se ocupó de especificar ni discriminar los conceptos que echa de menos en la liquidación final de prestaciones sociales que realizó y pago la otrora empleadora al momento de finalización el contrato de trabajo.

De hecho, no encuentra la Sala a partir de las pruebas documentales que allegó la accionada se ha haya incurrido en error en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, dado que con dichas pruebas se demuestra el pago generado, entre otros, por concepto de prestaciones sociales legales y extralegales y vacaciones, en el que se tuvo en cuenta el salario promedio devengado, así como los extremos temporales de la relación laboral, al punto que se evidencia que la demandada pagó de más sumas de dinero por concepto de indemnización por despido sin justa causa convencional y si bien el demandante pretendía una suma superior a la cancelada, tal aspiración quedó descartada ante la falencia probatoria que se verificó con anterioridad.

En ese hilo conductor, si lo que pretende el actor es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones

jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo es claro que la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Por lo dicho y como quiera que no se cumplió con la obligación de allegar los medios de producción sustento de las pretensiones, es claro que debe absolverse a la enjuiciada, tal como lo dedujo con acierto el juzgador de primer grado. En tal contexto y sin más consideraciones, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

Costas

En esta instancia a cargo del demandante y a favor de la enjuiciada ante la no prosperidad del recurso de apelación propuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

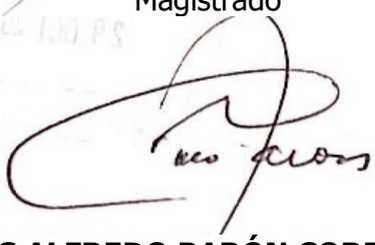
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de Industria Nacional de Gaseosas S.A. y a cargo del demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

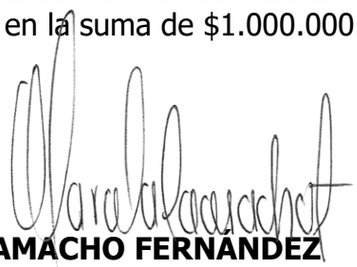


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandada y a cargo de John Roberto Urquijo Martínez en la suma de $1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada