



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación No. 2022-01002-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ANDRES ZOTA CASTRO
DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS
ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada SALUD TOTAL EPS, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 1º de marzo de 2021.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El señor ANDRES ZOTA CASSTRO, obrando a nombre propio, presento ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en desarrollo de su función jurisdiccional, en contra de **SALUD TOTAL EPS**, para que se disponga todo lo necesario para autorizar de manera inmediata y sin mas dilaciones el cambio de prestador o de IPS que sea idónea para realizar el procedimiento "Cirugía de exploración y descompresión del canal raquídeo y raíces espinales hasta dos segmentos por hemilaminectomía vía abierta" prescrito por el médico especialista tratante Dr. Acosta, y ordenado por el Juez Segundo Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Cali, en sentencia de tutela, acatando todo lo

ordenado en el fallo de tutela, esto es, la prestación del servicio de salud integral para el accionante.

Así mismo, solicita se sancione a la EPS SALUD TOTAL por negarse a ordenar el cambio de IPS o PRESTADOR, inclusive solicitado también por galenos de la IPS CLINICA NUESTRA en junta médica.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que en el mes de abril de 2020 radicó acción de tutela, en contra de la EPS SALUD TOTAL, en razón que se negaban a practicarle la CIRUGÍA DE EXPLORACIÓN Y DESCOMPRESIÓN DEL CANAL RAQUIDEO Y RAICES ESPINALES HASTA DOS SEGMENTOS POR HEMILAMINECTOMIA VIA ABIERTA, la cual fue de conocimiento del JUZGADO 2 MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE CALI, el cual profirió sentencia el 13 de abril de 2020, en la cual le tutelaron los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la salud y seguridad social, ordenando la realización de la cirugía en la IOS con la que tenga convenio y que además sea la competente para practicar la misma.

Que si bien la sentencia fue impugnada, el superior, Juzgado 7 Civil del Circuito de Oralidad de Calidad confirmó la decisión de primera instancia, lo cierto es que adicionó a la decisión la orden tanto a la EPS SALUD TOTAL, como a la CLINICA NUESTRA, informar al A Quo, cada 5 días a partir de la notificación de la providencia, sobre las gestiones adelantadas para dar cumplimiento a la sentencia confirmada.

Que la EPS SALUD TOTAL señaló como fecha para llevar a cabo el procedimiento el 16 de mayo de 2020, sin haber asignado cita previa con anesthesiólogo, día en que dio inicio al procedimiento, en la IPS CLINICA NUESTRA, pero la salud del actor quedó aun mas afectada, a causa de la presunta negligencia médica por parte del ANESTESIOLOGO, que no leyó su historia clínica y por ende, no se percató que es paciente de vía oral difícil, y por esa razón fue difícil de intubar, por lo que tuvo que suspender la cirugía.

Señala que a causa de la anestesia y medicamentos que le fueron aplicados en dicho procedimiento, no pudo volver a orinar, a pesar que el médico dijo que tal situación obedecía a causa de los medicamentos, y pese a eso, le dieron salida, y

al pasar 2 días sin poder orinar, acudió al sistema de urgencias, donde le pusieron sonda vesical, y que una vez pasaran los efectos de la anestesia, le quitarían la sonda, sin embargo, dicha sonda la tuvo que soportar por 5 meses, quedando su salud deteriorada.

Ahora, a raíz de la sentencia de tutela SALUD TOTAL EPS lo cambió de IPS y lo remitió a la CLINICA DE OCCIDENTE; en donde fue atendido por un urólogo adscrito a dicha IPS, quien se sorprendió de la conducta de sus colegas de la CLÍNICA NUESTRA, y le programó de inmediato la cirugía de RESECCIÓN TRANSURETRAL y RESECCIÓN DE CUELLO VESICAL, cirugía que fue un éxito y lo que comprueba la negligencia y falta de profesionalismo de los urólogos de la IPS CLINICA NUESTRA.

Indica además, que posterior a la cirugía realizada el 16 de mayo de 2020 realizado en CLINICA NUESTRA, en esa sala de cirugía adquirió una bacteria, con la cual debe vivir el resto de su vida, y si bien fue tratado por un nuevo médico de la CLINICA NUESTRA, le envió un tratamiento equivocado, el cual deterioró mas su salud.

Que el 28 de agosto , en cita médica con su medico tratante, el Dr. Acosta, fue notificado de manera verbal que sería operado en la CLINICA NUESTRA, por lo que le explicó que ya tenía previamente programada la cirugía de Urología en la CLINICA DE OCCIDENTE, puesto que había sido cambiado a esa IPS, por lo que le sorprendía que la EPS TOTAL SALUD insistiera en operarme nuevamente en la IPS CLINICA NUESTRA.

Posteriormente, señala que recibió una llamada del Departamento de cirugía de CLINICA NUESTRA, donde le informan que sería operado allí el 5 de septiembre, a lo cual replicó que no podía en esa fecha, en razón a que sería operado por urología en la CLINICA OCCIDENTE el 8 de septiembre, en tanto que dicha cirugía Había sido programada con anterioridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, señala que las fechas de ambas cirugías se cruzaban, señalando que la cirugía de urología: RESECCIÓN TRANSURRETRAL Y RESECCIÓN DE CUELLO VESICAL, en la IPS CLINICA OCCIDENTE, por el cual quedó con un incapacidad que ya terminó.

Ahora, manifiesta que, la EPS SALUD TOTAL continúa negándose a realizar el cambio de IPS, y a fijar fecha y hora para la cirugía de exploración y descompresión del canal raquídeo y raíces espinales hasta dos segmentos por hemilaminectomía vía abierta, objeto de la acción de tutela anteriormente mencionada.

De acuerdo a lo anterior, inició incidente de desacato, el cual se abrió el 23 de octubre de 2020, sin embargo el 10 de noviembre fue notificado del archivo del incidente de desacato, bajo el argumento que la tutela interpuesta fue únicamente para fijar fecha para la cirugía y que esa orden fue cumplida por SALUD TOTAL EPS, la cual le resulta sorprendente y contraria a derecho, así como violatoria al debido proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 1º de marzo de 2021, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, **ACCEDIÓ** a las pretensión incoada por el señor ANDRES ZOTA CASTRO, en contra de SALUD TOTAL EPS.

ORDENÓ a SALUD TOTAL EPS garantizar al señor ANDRES ZOTA CASTRO, el derecho a la libre escogencia de IPS, autorizando el procedimiento quirúrgico exploración y descompresión canal raquídeo y raíces espinales hasta dos segmentos por hemilaminectomía vía abierta, en una IPS diferente a la CLINICA NUESTRA, dentro de la red de prestadores de SALUD TOTAL EP en la ciudad de Cali.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, la apoderada de la demandada SALUD TOTAL EPS impugnó la decisión de primera instancia, con el objetivo que sea revocada, teniendo en cuenta que a su consideración, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD no valoró la totalidad de las pruebas aportadas por la accionada, lo anterior, como quiera que si bien, el actor pretende el cambio de IPS para que inicie el tratamiento médico correspondiente con otro prestador de servicios de salud, lo cierto es que es necesario que el usuario acuda a una cita con el especialista que lo atendía para que ordenara el tratamiento respectivo y la cirugía en mención.

Lo anterior, por cuanto el nuevo médico tratante deberá valorar el estado de salud del paciente nuevo, y valorar si la condición de salud, en su criterio profesional, debe continuar o no con el tratamiento que venía tomando el usuario.

En ese sentido, indica el impugnante que, la EPS otorgó la autorización para que el usuario tuviera una consulta con el especialista de la Clínica Versalles, autorización que se generó el 30 de diciembre de 2020, y que la EPS accionada envió un oficio informando a la SuperSalud que, el usuario había incumplido con la cita médica programada con el especialista de neurocirugía.

Teniendo en cuenta lo anterior, aduce que la autorización al procedimiento no podía generarse hasta tanto el profesional que lo iba a atender ordenara el procedimiento quirúrgico, conforme su criterio médico, situación que no fue considerado por la SuperSalud, aun cuando se puso de presente las consecuencias del cambio de IPS, la generación de la nueva autorización con el neurocirujano y el incumplimiento del usuario frente a la asistencia de la consulta médica programada para el pasado 12 de enero de 2021, y que fue incumplida.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es dable ordenar la generación de la misma autorización a una IPS diferente, en tanto que cada IPS tiene unos protocolos establecidos para la práctica de intervenciones quirúrgicas y es necesario que los médicos de la IPS receptora, validen el tratamiento, y si lo consideran necesario, realicen modificaciones al mismo o avalen el tratamiento que al usuario venía manejando, concluyendo que no hubo omisión, incumplimiento o vulneración al derecho a la salud del usuario por cuanto la EPS ha garantizado todas las atenciones en salud que le han ordenado sus médicos tratantes.

En ese sentido, indica que existe carencia actual de objeto por hecho superado, y en consecuencia, deberá revocar el fallo proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud.

II. COMPETENCIA

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para conocer y fallar en derecho, en primera y única instancia, con carácter definitivo con

las facultades propias de un juez. Así mismo, establece que el recurso de apelación ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

En consecuencia, corresponde a la Sala Laboral de esta corporación el pronunciarse sobre la azada, de acuerdo con las siguientes:

III. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

Observa la Sala, que el accionante ANDRES ZOTA CASTRO, acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se AUTORICE de manera inmediata y sin mas dilaciones el cambio de prestador o de IPS que sea idónea para realizar el procedimiento "*Cirugía de exploración y descompresión del canal raquídeo y raíces espinales hasta dos segmentos por hemilaminectomía vía abierta*" prescrito por el médico especialista tratante Dr. Acosta, y ordenado por el Juez Segundo Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Cali, en sentencia de tutela, acatando todo lo ordenado en el fallo de tutela, esto es, la prestación del servicio de salud integral para el accionante.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión entre las partes y se determina con el material probatorio allegado al proceso, la condición de afiliado del señor ANDRES ZOTA CASTRO, al Sistema General de Seguridad Social en Salud a SALUD TOTAL EPS, así como su diagnóstico, en tanto que el 10 de marzo de 2020, la especialidad de neurocirugía ordenó el procedimiento quirúrgico: exploración y descompresión de canal raquídeo y raíces espinales, el cual fue autorizado por SALUD TOTAL EPS para la Clínica Nuestra MD Hospitalario.

En aras de definir la controversia, cabe indicar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Constitucional, ha señalado el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud, que se encuentra en conexidad con otros derechos fundamentales y radica en cabeza de todas las personas en general debiendo ser protegido y garantizado por el estado.

El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, establece a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, el cumplir con las funciones del aseguramiento en salud, entre los que se encuentra la garantía y acceso efectivo y con calidad a los servicios en salud, debiendo asumir el riesgo transferido por usuario.

ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. *Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.*

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

Igualmente, deben cumplir con los principios establecidos en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, garantizando entre otros la accesibilidad al servicio de salud, su prestación oportuna y sin retrasos que pongan en riesgo la vida o la salud de los usuarios y a la continuidad en el tratamiento que reciben. (Artículo 3 Decreto 1011 de 2003)

Frente a la vulneración del derecho a la salud, por el no acceso oportuno a los servicios, el máximo Tribunal constitucional, en sentencia T 012 del 14 de enero de 2011, señaló:

"(...)

4.2. *Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido justificada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003, [14] en la cual se dijo:*

"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están

autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso. **[15]**

Ahora, respecto de la libre escogencia de EPS, así como de IPS, el numeral 4 del artículo 153 de la ley 100 de 1993 establece:

“ARTICULO 153. Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.”

De esta forma la Ley otorgó a los usuarios la libertad de elegir la Empresa Promotora de Salud cuyas características satisfagan de la mejor manera sus expectativas, al igual que el derecho a escoger la IPS y los profesionales de su preferencia entre las opciones ofrecidas por la aseguradora. Adicionalmente la ley estableció la prohibición para las Empresa Administradoras de Planes de Beneficios de obligar al usuario a seleccionar un determinado prestador.

De conformidad con la sentencia T-481 de 2016, tal faceta del derecho a la salud se fundamenta en la libertad y autonomía del individuo para auto-determinarse y, de esa manera, escoger las entidades en las que confiará el cuidado de su salud.

La H. Corte Constitucional ha señalado que los usuarios del Sistema General de Seguridad Social tienen derecho a escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud, siempre y cuando pertenezcan a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado. Esta regla sólo tiene las siguientes excepciones: (i) que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, (ii) cuando la EPS expresamente lo autorice o (iii) cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios.

Así pues, la accionada SALUD TOTAL EPS solicita se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar se declare carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que no es dable ordenar la generación de la autorización por parte de una IPS diferente, en tanto que cada IPS tiene unos protocolos establecidos para la práctica de intervenciones quirúrgicas y es necesario que los médicos de la IPS receptora, validen el tratamiento, y si lo consideran necesario, realicen modificaciones al mismo o avalen el tratamiento que al usuario venía manejando, concluyendo que no hubo omisión, incumplimiento o vulneración al derecho a la salud del usuario por cuanto la EPS ha garantizado todas las atenciones en salud que le han ordenado sus médicos tratantes.

Por otro lado, aduce la EPS accionada que la autorización al procedimiento no podía generarse hasta tanto el profesional que lo iba a atender ordenara el procedimiento quirúrgico, conforme su criterio médico, situación que no fue considerado por la SuperSalud, aun cuando se puso de presente las consecuencias del cambio de IPS, la generación de la nueva autorización con el neurocirujano y el incumplimiento del usuario frente a la asistencia de la consulta médica programada para el pasado 12 de enero de 2021, y que fue incumplida.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien la impugnante aporta pantallazo en el que se observa que se había programado una consulta médica el 12 de enero de 2021, no se tiene certeza si dicha consulta programada fue debidamente notificada al actor, y si efectivamente el mismo confirmó la asistencia a la misma, en tanto que en dicho pantallazo se relaciona el nombre de "ANDRES SOZA", sin que corresponda al presente asunto, en tanto que el aquí accionante se llama ANDRÉS ZOTA CASTRO.

Ahora bien, en lo que respecta a la confirmación del diagnóstico y procedimiento a tratar con el actor del médico de la red que se escogió, debe traerse a colación el artículo 1º de la Resolución 1995 de 1995 que dispone:

"ARTÍCULO 1.- DEFINICIONES. *La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.*
(...)"

De igual manera, en la Sentencia T-158 A de 2008, la misma Corporación afirmó: *“El carácter reservado de la historia clínica, entonces, se funda en la necesidad de proteger el derecho a la intimidad del individuo sobre una información que, en principio, únicamente le concierne a él y que, por tanto, debe ser excluida del ámbito de conocimiento público. (...)”*

De conformidad con lo anterior, aunque en principio el paciente y su médico son los únicos que pueden conocer el contenido de la historia clínica, la ley ha previsto que excepcionalmente pueden tener acceso a la misma las personas a quienes el paciente autorice, y aquellas a las que la propia ley ha autorizado, como es el caso del equipo de salud y las autoridades judiciales, tal como en el caso bajo estudio, que serían los que conforman el equipo de salud de su nueva red tratante.

Ahora, si bien la prohibición de que personas distintas de las mencionadas puedan conocer la información contenida en la historia clínica, obedece a la necesidad de proteger el derecho a la intimidad de su titular, pues contiene información de carácter confidencial, lo cierto es que en el presente asunto, al autorizar el cambio de IPS, el nuevo equipo de salud estaría autorizado para revisar los documentos que conforman la historia clínica para continuar con el trámite que pretende el actor.

Lo anterior, debe resaltarse por cuanto dentro de la historia clínica del accionante ya contaba con exámenes médicos y demás documentales que permitirían realizar un estudio por parte de su nuevo médico tratante, en la red de prestadores al que se cambiaría el actor, y respecto de los cuales ya fueron inicialmente autorizados por la EPS accionada, sin que por tanto deba limitarse la orden impartida por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD a una nueva consulta médica, para poder casi iniciar nuevamente el trámite de autorización, como lo pretende la impugnante, máxime si se tiene en cuenta que mediante Autorización No. 01384-2041532549, SALUD TOTAL EPS autorizó al señor ANDRES ZOTA CASTRO valoración con la especialidad de neurocirugía en la Clínica Versailles; todo ello con el fin que el usuario **inicie el proceso de orden y práctica del procedimiento quirúrgico:** “exploración y descompresión canal raquídeo y raíces espinales hasta dos segmentos por hemilaminectomía vía abierta” con el *nuevo prestador*, recordando y destacando que lo pretendido por el accionante, y lo accedido por parte de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD se encamina a la AUTORIZACIÓN DE CAMBIO DE IPS, diferente a la Clínica Nuestra, dentro de la red de prestadores

de SALUD TOTAL EPS en la ciudad de Cali, precisando en todo caso que SALUD TOTAL EPS deberá avalar el acceso al Plan de Beneficios en Salud al accionante, con el fin de garantizar sus condiciones de salud.

En ese sentido, con la documental allegada junto con el recurso de impugnación no se logra acreditar efectivamente el cumplimiento de la sentencia, pues tan solo se aporta una asignación de una consulta médica externa, la cual, además, cuenta con fecha de expiración del 28 de junio de 2021, razón por la cual no resulta procedente revocar la sentencia proferida en primera instancia a efectos de declarar carencia actual de objeto por hecho superado, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

COSTAS. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** de la decisión proferida en primera instancia el 1º de marzo de 2021 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, conforme las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: **NO CONDENAR** en costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 15-2018-00620-01

Bogotá D.C., julio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: NOE MORALES (QEPD)

SUCESORES PROCESALES DEMANDANTE:

ROSELIA MORALES DIAZ

MARTHA JANETH MORALES MORALES

LUIS NOE MORALES MORALES

DEMANDADO: EDIFICIO ANA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL

**ASUNTO : RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto a la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandante, así como de la demandada presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 24 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **NOE MORALES (QEPD)** instauro demanda ordinaria laboral contra de **EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 4 y 5):

- 1) Se declare que entre el ciudadano NOE MORALES y el EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL existió una relación laboral con contrato indefinido durante 30 años.
- 2) Que, como consecuencia de lo anterior, condenar al EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, ya que el supuesto documento de renuncia que le hicieron firmar, según lo informado por el señor NOE MORALES, bajo presión psicológica y aprovechándose de la necesidad y la falta de conocimiento de su empleado, la cual asciende a la suma de \$16.145.668.
- 3) Que se condene al EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar al señor NOE MORALES, horas extras diurnas y nocturnas, recargos dominicales y festivos de los 3 últimos años, ya que los anteriores ya prescribieron, los cuales ascienden a la suma de \$35.473.044.
- 4) Que se condene al EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL, a pagar el señor NOE MORALES, las cesantías, primas, vacaciones e intereses sobre las cesantías en debida forma como la Ley laboral lo ordena, tomando como base de liquidación el salario mínimo de cada año mas lo correspondiente a las horas extras dominicales, nocturnas, diurnas, recargos festivos y dominicales, de los 3 últimos años, ya que los anteriores ya prescribieron, los cuales ascienden a la suma de \$13.510.180.
- 5) Condenar al EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar al señor NOE MORALES, 14 mesadas anuales vitalicias por la suma de \$1.500.000 mensuales cada una, con incrementos anuales según el IPC de cada año, ya que durante los 30 años, no lo afiliaron, ni le pagaron seguridad social, no aportaron lo legal establecido por la Ley, para que el señor NOE MORALES en este momento estuviera gozando de su pensión, violándole su derecho constitucional a tener una pensión que le ofrezca una vida digna conexo con el derecho a la vida y a la salud.
- 6) Condenar al EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL a la devolución de todo el dinero que pagó el señor NOE MORALES, por seguridad integral como afiliado independiente, durante los años laborados en el EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL.

- 7) Condenar al EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL a mantener afiliado a al señor NOE MORALES, en forma vitalicia, a una EPS, o al Sistema de Salud que establezca el Gobierno.
- 8) Condenar al EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL a las sanciones de Ley, por el incumplimiento total a la Ley laboral Colombiana.
- 9) Condenar al EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL a la indexación de los valores a pagar hasta el día que se realice el pago total.
- 10) Costas procesales.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN QUINTA:

De no darse la pretensión quinta, subsidiariamente condenar al EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar la suma de \$168.000.000 al señor NOE MORALES, como indemnización pensional, teniendo en cuenta la probabilidad de vida de los hombres en Colombia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL (fls. 43 a 139 y 146 a 160), contestó la demanda de acuerdo al auto que data del 4 de julio de 2019 visible a folio 161. Se opuso a las pretensiones del demandante, propuso excepciones de mérito.

SUCESIÓN PROCESAL

Que mediante auto del 15 de julio de 2020, se dispuso tener como sucesores procesales del señor NOE MORALES (QEPD), a la señora ROSELINA MORALES DÍAZ, en calidad de cónyuge del causante, y los señores MARTHA JANETH MORALES MORALES y LUIS NOE MORALES MORALES como hijos del causante (fls. 205 y 206).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 6 de abril de 2021. **DECLARÓ** que entre el demandante NOE MORALES (QEPD) y el EDIFICIO ANA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL existió un contrato verbal a término indefinido, entre el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1988,

y que tuvo su vigencia hasta el 27 de junio de 2018, devengando un (1) SMLMV para cada anualidad.

CONDENÓ a la parte demandada EDIFICIO ANA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL, a pagar a los sucesores procesales, que hicieron parte en el presente asunto ROSELIA MORALES DIAZ, MARTHA JANETH MORALES MORALES, LUIS NOE MORALES MORALES, las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

- A. Por concepto de cesantías del año 2015, la suma de \$644.350.
- B. Por concepto de cesantías del año 2016, la suma de \$689.455.
- C. Por concepto de cesantías del año 2017, la suma de \$737.717.
- D. Por concepto de intereses a las cesantías de los años 2015, 2016 y 2017 la suma de \$248.583.
- E. Por concepto de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2015, la suma de \$322.175.

Estos conceptos se pagaran debidamente indexados desde el 27 de junio de 2018 hasta el momento efectivo del pago.

ABSOLVIÓ a la parte demandada de las demás pretensiones invocadas en la presente acción, declaró frente a las mismas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Condenó en **COSTAS** a la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV para el año 2021.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:** Señala que, si bien el Juzgado de instancia declaró la existencia de una relación laboral, indicó que no era procedente ordenar la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que se acredita la renuncia presentada por el señor NOE MORALES, así como la respectiva aceptación, por lo que a consideraciones

del Juzgado, no procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

No obstante, señala que desde el escrito de demanda se ha manifestado que dicha renuncia no fue un hecho voluntario, y no por la capacidad del señor NOE MORALES, sino por presión que ejercía el demandado para que renunciara, consistente en la necesidad del señor NOE MORALES en retirar cesantías, hecho que efectivamente se probó, incluso en el el acta de asamblea que se analizó por parte del Juzgado indicó "*Reconozcámosle la pensión al señor Noe y sigámosle pagando mientras él decide renunciar*", por lo que era una situación que ya preveía el demandado, pues de no ser así, estaban en la necesidad de pagar la indemnización.

2. TRABAJO SUPLEMENTARIO, HORAS EXTRAS Y TRABAJO

NOCTURNO: Señala que todos los testimonios indicaron que el señor NOE MORALES trabajaba todo el tiempo en el Edificio demandada, incluso en los pagos que le realizaban se observa en los soportes de pago que allegó Diana Bello, se indica "*Pago del Señor Noe Morales por tiempo completo*", entonces porque se indicaba que se pagaba tiempo completo, si supuestamente el señor MORALES cumplía un horario de trabajo, el cual a todas luces no se cumplía, por lo que solicita se haga un nuevo estudio al respecto.

En ese sentido, si bien se indicó que era carga de la prueba del demandante acreditar el trabajo suplementaria, lo cierto es que existe una prueba documental que acredita que el señor NOE MORALES trabajó tiempo completo, máxime si se tiene en cuenta que el señor NOE MORALES no se tomaba ni siquiera descansos, y los fines de semana se quedaba en el Edificio, tal y como lo indicó la testigo Diana Bello, de lo cual se puede inferir razonablemente que el señor NOE MORALES sí laboraba horas extras, así como tiempo suplementario.

3. SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN DE ACRENCIAS LABORALES:

Indica que el salario reconocido al señor NOE MORALES si bien una parte consistía en un salario mínimo legal mensual vigente, lo cierto es que también se le reconocía un salario en especie que se le daba por vivir en la copropiedad, pues los mismos demandados aceptaron que le permitieron al señor MORALES vivir e la copropiedad y que no le cobraban nada, lo cual constituye un salario en especie, con lo que se debe entender que es una retribución que recibe el trabajador precisamente para realizar sus funciones,

por eso no es aceptable que el salario se limite a un SMLMV, porque la vivienda que se le otorga tiene un valor, que tiene que ser reconocida.

- 4. PENSIÓN SANCIÓN:** Señala que de conformidad con el Art. 260 del CST, es una pensión que se le reconoció por parte de la copropiedad al señor NOE MORALES en el año 2008, sin embargo, no ha sido reconocida en el presente asunto, por lo que solicita que le sea reconocida para que la cónyuge, en calidad de sucesora procesal solicite la sustitución si tiene derecho.

No obstante lo anterior, señala que al reconocer formalmente la pensión sanción a favor de NOE MORALES, lógicamente la señora ROSELIA MORALES DIAZ tendría derecho a la pensión de sobrevivientes, por ser la compañera permanente del causante, trayendo a colación la sentencia T 245 de 2017, en la que establece que el compañero permanente supérstite tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, aun cuando no hayan cohabitados bajo el mismo techo con el causante, siempre exista una causa justificada, sin que éste requisito pueda ser analizado de manera abstracta, sino que debe analizarse cada particularidad concreto, resaltando que el causante no convivía con la señora ROSELIA MORALES DIAZ, por cuanto el señor NOE MORALES vivía en el edificio demandado, lo que da lugar a ejercer la facultad *ultra y extra petita*.

La **parte demandada**, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. AUXILIO DE CESANTÍAS AÑO 2016 Y 2017:** Solicita se revoque ésta condena teniendo en cuenta que, de conformidad con la planilla de relación de pagos efectuada a la entidad PROTECCION, PENSIONES Y CESANTÍAS, se realizó el pago de las cesantías del año 2016. Igualmente, a folio 85 también aparece dicha planilla de relación de afiliados al fondo de cesantías, en la cual el señor NOE MORALES se le consignó el periodo de cesantías del año 2017, con lo que se demuestra estos pagos, incluso en el recurso de apelación presentado por la apoderado del demandante señala que la supuesta presión que se le hizo al señor NOE MORALES, fue con el fin de que retirara las cesantías que fueron consignadas en su fondo.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le

mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí es procedente condenar a la demandada por concepto de Auxilio de Cesantías de los años 2016 y 2017. **2.** Determinar el salario base de liquidación de las acreencias laborales. **3.** Sí hay lugar o no al reconocimiento de trabajo suplementario, horas extras y trabajo nocturno. **4.** Si procede el reconocimiento de la pensión sanción a favor del causante, el señor NOE MORALES y como consecuencia de ello, si hay lugar o no al reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la señora ROSELIA MORALES DIAZ, en calidad de compañera permanente del causante. **5.** Indemnización por despido sin justa causa Art. 64 del CST.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL Y EXTREMOS DEL CONTRATO:

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que el señor **NOE MORALES (QEPD)** laboró al servicio del **EDIFICIO LA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL**, en ejecución de un contrato de trabajo verbal a término indefinido, entre el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1988, y que tuvo su vigencia hasta el 27 de junio de 2018.

SALARIO:

El Juzgador de primera instancia declaró que según lo que obra en el desprendible de pago y lo que manifestado por los testigos, el señor NOE MORALES devengó en la vigencia de la relación laboral lo correspondiente al salario mínimo de cada año.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante señala que si bien una parte del salario devengado por el señor NOE MORALES consistía en un SMLMV, lo cierto es que, al causante se le reconocía un salario en especie por vivir en la copropiedad, en tanto que la misma parte demandada aceptó que le

permitieron al señor NOE MORALES vivir en la copropiedad y que no le cobraban nada, lo cual constituye un salario en especie, con lo que se debe entenderse que es una retribución que recibe el trabajador precisamente para realizar sus funciones, por eso no es aceptable que el salario se limite a un SMLMV, porque la vivienda que se le otorga tiene un valor, que tiene que ser reconocida.

Frente al tema, debe señalarse que el artículo 128 del CST (Modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990), establece que no tienen carácter salarial aquello que el trabajador 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 (...)”*.

Por su parte, el Artículo 129 del CST dispone:

“ARTICULO 129. SALARIO EN ESPECIE. <Artículo modificado por el artículo 16 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. *Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el {empleador} suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 <128> de esta ley.*

2. *El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario.*

3. *No obstante, cuando un trabajador devengue el salario mínimo legal, el valor por el concepto de salario en especie no podrá exceder del treinta por ciento (30%).”*

Pese lo anterior, a partir de la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 al artículo 128 del C. S. del T., declarado exequible por la H. Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador y que, de acuerdo con el artículo 127 del estatuto sustantivo, podrían inicialmente ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, en virtud del acuerdo establecido por las partes, al tema puede verificarse los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de casación con radicaciones Nos. 5481 del 12 de febrero de 1993, 27851 del 24 de abril de 2007 y 35154 del 20 de octubre de 2009 destacando del ultimo radicado el siguiente aparte:

*"El Tribunal, luego de transcribir el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, asentó que **"...lo anterior significa, que no basta con la habitualidad y continuidad para que la vivienda, alimentación y el arreglo del vestuario sean salario en especie, sino que se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario"**".*

Resulta difícil de entender qué fue lo que en realidad quiso decir el Tribunal cuando afirmó que "se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario", pues no es posible entender que la inexistencia de un pacto pueda ser expresa. Pero cualquiera fuera su intención, lo cierto es que, al discurrir de esa manera, se equivocó, pues, en principio, para que un pago en especie pueda ser constitutivo de salario se requiere que se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como ha sido desarrollado por el 129 de ese estatuto, de tal suerte que un pago en especie que se efectuó de manera habitual y continua y además retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales.

Sin embargo, debe igualmente tomarse en consideración, y ello no lo hace el censor, que se basó en la jurisprudencia vigente antes de la Ley 50 de 1990, que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario.

Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que "Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales". (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)

Por esa razón, aunque el razonamiento del Tribunal fue equivocado, pues la regla general es que el suministro de alimentación, vestuario y habitación, en principio constituye salario en especie y la excepción es que, si las partes lo pactan expresamente, su pago no producirá los efectos legales correspondientes a la retribución salarial, lo cierto es que, con todo, el fallador en últimas utilizó debidamente esa regla, pues tomó en consideración lo pactado por las partes en la cláusula adicional de su contrato de trabajo y, con apoyo en ella, explicó que "la decisión del a-quo es correcta, pues las partes acordaron que el suministro en especie de la vivienda, alimentación y vestuario no constituyen salario, lo cual es legal debiéndose confirmar la decisión." (Folio 16, cuaderno del Tribunal), con lo que aplicó debidamente la excepción contenida en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo a la que en precedencia se hizo alusión.

De manera que el juzgador de segundo grado no se equivocó al concluir que en este caso no procedía la condena por salario en especie impetrada y, por ende, tampoco la reliquidación de las prestaciones sociales e indemnizaciones”

En armonía con tal normativa, podría de manera desprevenida pensarse que, en esta situación el hecho de habitar en la propiedad horizontal, tendría que reconocerse su carácter salarial, sin embargo, dentro del plenario no hay plena certeza que días el señor NOE MORALES decidía pernoctar en el edificio demandado, y si bien algunos testigos indicaron que tenían conocimiento que el causante pernoctó en el edificio, lo cierto es que no se tiene certeza si eran todos los días o si era de manera habitual, máxime si se tiene en cuenta que los mismos testigos fueron coincidentes en indicar que los días que el señor MORALES decidía quedarse, era bajo el argumento que no tenía familiar alguna ni a donde ir, no que se tratara de una forma de remuneración de su trabajo.

En ese orden de ideas, no puede llegarse a la conclusión que los eventuales días que el señor NOE MORALES pernoctaba en el edificio demandado fuera por contraprestación directa del servicio, en atención que las razones por las cuales éste se quedaba allí, obedecían a que no tenía a donde ir, ni tenía familiares que lo recibieran, razón por la cual, prefería quedarse pero no en razón al servicio prestado, aunado al hecho que no se tiene certeza, que días pernoctaba en la copropiedad.

Así las cosas, se despachan desfavorablemente las súplicas de la apoderada de la parte demandante, para en su lugar CONFIRMAR la declaratoria del valor del salario devengado por el señor NOE MORALES ascendía a la suma equivalente a un (1) SMLMV para cada anualidad, conforme se indicó en el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

TRABAJO SUPLEMENTARIO, HORAS EXTRAS Y TRABAJO NOCTURNO:

Señala la apoderada de la demandante, que todos los testigos indicaron que el señor NOE MORALES trabajaba todo el tiempo en el Edificio demandada, incluso señala que en los pagos que le realizaban se observa en los soportes de pago que allegó Diana Bello "*Pago del Señor Noe Morales por tiempo completo*", entonces porque se indicaba que se pagaba tiempo completo, si supuestamente el señor MORALES cumplía un horario de trabajo, el cual a todas luces no se cumplía, por lo que solicita se haga un nuevo estudio al respecto.

En ese sentido, afirma que si bien era carga de la prueba del demandante acreditar el trabajo suplementario, lo cierto es que existe una prueba documental que acredita que el señor NOE MORALES trabajó tiempo completo, máxime si se tiene en cuenta que el causante no se tomaba ni siquiera descansos, y los fines de semana se quedaba en el Edificio, tal y como lo indicó la testigo Diana Bello, de lo cual se puede inferir razonablemente que el señor NOE MORALES sí laboraba horas extras, así como tiempo suplementario.

Para resolver lo planteado, debe indicarse que frente a la remuneración del trabajo suplementario reclamado, jurisprudencialmente se ha establecido, que para que proceda su declaración judicial, deben concurrir por lo menos los siguientes elementos: i) encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada laboral pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con *exactitud* en la *fecha* de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas, iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador, y en ese sentido; iv) las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no a cualquier otro tipo de actividades.

En el caso bajo examen, de acuerdo al material probatorio recaudado, es posible determinar que el señor NOE MORALES laboraba ejecutando las funciones o labores de conserje, no obstante, no se acredita la jornada que afirma laboró durante la vigencia de la relación laboral de conformidad con lo previsto en el artículo 161 del CST.

En ese sentido, advierte la Sala que es el demandante quien tiene la obligación de demostrar de manera específica y detallada las eventuales horas extras laboradas y no pagadas a efectos de que sean reconocidas y pagadas.

En el *sublite*, no obstante operar la presunción de certeza acerca de haber laborado para el demandado, se echa de menos el medio de prueba que acredite cuáles fueron los días precisos en que el causante prestó sus servicios al edificio demandado y es que precisamente en sentencia con radicación No 41715 del 11 de mayo de 2016 se indicó «*Acerca de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que **cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el***

requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena.»

Tiene establecido la jurisprudencia que para que se produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, además de estar probado el trabajo, más allá de la jornada ordinaria, el caudal probatorio tiene que ser de una definitiva claridad y precisión de manera que no quede duda al juzgador acerca de su ocurrencia y no se requiera de cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las horas trabajadas (Sentencia del 9 de agosto de 2006, Rad. 27.064), pues no podrá deprecar condena sobre meras suposiciones.

De esta manera, para que se produzca la declaración judicial de trabajo realizado en tiempo suplementario y ordenar su remuneración, no basta con alegar su existencia, como en este caso ocurre, pues de vieja data y de manera reiterada ha indicado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que *«cuando se pretende el reconocimiento del descanso o el valor compensatorio por trabajo en días domingos y festivos, como también el recargo por labor suplementaria, es esencial acreditar de manera clara y precisa el número de días y horas extras trabajadas»* (Sentencia de 10 de octubre de 2005, Radicación Nro. 23928).

De la prueba documental y testimonial que obra en el plenario, contrario a lo afirmado por la apoderada de la parte demandante, no se logra establecer con exactitud y de manera precisa, y que permita realizar un cálculo exacto sobre el número de horas extras o de días festivos laborados por la demandante al servicio de la demandada. Requisito indispensable, para proferir condena en concreto por este concepto.

En este orden de ideas, la Sala le asiste razón al juez de instancia al absolver a la convocada a juicio de la pretensión de pago de trabajo suplementario, horas extras, y nocturno, por lo tanto se **CONFIRMA** el numeral tercero de la decisión de primera instancia.

AUXILIO CESANTIAS 2016 Y 2017:

El Juzgado de instancia CONDENÓ a la parte demandada EDIFICIO ANA CAROLINA PROPIEDAD HORIZONTAL, a pagar a los sucesores procesales, que hicieron parte en el presente asunto ROSELIA MORALES DIAZ, MARTHA JANETH MORALES MORALES, LUIS NOE MORALES MORALES, la suma de \$644.350, por concepto de cesantías del año 2015; la suma de \$689.455 por concepto de auxilio de cesantías del año 2016 y la suma de \$737.717 por concepto de cesantías del año 2017.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandada presentó recurso de apelación, solicitando se revoque ésta condena teniendo en cuenta que, de conformidad con la planilla de relación de pagos efectuada a la entidad PROTECCION, PENSIONES Y CESANTÍAS, se realizó el pago de las cesantías del año 2016. Igualmente, a folio 85 aparece dicha planilla de relación de afiliados al fondo de cesantías, en la cual el señor NOE MORALES se le consignó el periodo de cesantías del año 2017, con lo que se demuestra estos pagos, incluso en el recurso de apelación presentado por la apoderado del demandante señala que la supuesta presión que se le hizo al señor NOE MORALES, fue con el fin de que retirara las cesantías que fueron consignadas en su fondo.

Así pues, a folio 85 efectivamente reposa planilla de relación de afiliados a PORVENIR, PENSIONES Y CESANTÍAS de la demandada EDIFICIO ANA CAROLINA PH, en el que se indica la afiliación al fondo de cesantías al señor NOE MORALES relacionando el año 2018 como año de cotización, sin que por tanto éste año haya sido condenado por parte del Juzgador de primera instancia.

Por otro lado, si bien a folio 90, reposa certificación expedida por el FONDO DE CESANTÍAS PROTECCIÓN en la que se indica que el señor NOE MORALES se encuentra afiliado a dicho fondo desde el 11 de febrero de 2013, lo cierto es que no se tiene certeza si efectivamente o no le fueron consignadas las cesantías correspondientes a los años 2015, 2016 y 2017, años que efectivamente fueron condenados en primera instancia, razón por la cual, al no existir otra documental que acredite que los años mencionados fueron consignadas las cesantías a favor del señor NOE MORALES, no queda otro camino que despachar desfavorablemente la súplica de la parte demandada y en su lugar, **CONFIRMAR** la condena impuesta en primera instancia por éste concepto.

PENSIÓN SANCIÓN:

El Juez de primer grado absolvió al Edificio Ana Carolina PH de la pretensión encaminada al reconocimiento de la pensión sanción, por no haber afiliado al causante al Sistema General de Seguridad Social en Pensión.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación, por cuanto el EDIFICIO ANA CAROLINA PH le reconoció una pensión al señor NOE MORALES en el año 2008, sin que hubiese sido reconocida en el presente asunto, en consecuencia, y teniendo en cuenta que el señor NOE MORALES falleció, solicita le sea reconocida la sustitución pensional a la señora ROSELUNA MORALES DÍAZ, calidad de compañera permanente supérstite del causante, trayendo a colación la sentencia T 245 de 2017, en la que establece que el compañero permanente supérstite tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, aun cuando no hayan cohabitados bajo el mismo techo con el causante, siempre que exista una causa justificada, sin que éste requisito pueda ser analizado de manera abstracta, sino que debe analizarse cada particularidad en concreto, resaltando que el causante no convivía con la señora ROSELIA MORALES DIAZ, por cuanto el señor NOE MORALES vivía en el edificio demandado, lo que da lugar a ejercer la facultad *ultra y extra petita*.

Así las cosas, es un hecho acreditado y aceptado por la misma demandada que al señor NOE MORALES le fue reconocida una pensión sanción, la cual le venían cancelando mensualmente.

Al respecto, el artículo 267 del CST dispone:

"ARTICULO 267. PENSION-SANCION. <Artículo modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:>

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con presentación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los

últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

PARAGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

PARAGRAFO 2o. Las pensiones de que trata el siguiente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.

PARAGRAFO 3o. A partir del 1. de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios."

Teniendo en cuenta lo anterior, no se logra acreditar que se trate de una pensión sanción, en la medida que el artículo en mención establece que se reconocerá la pensión sanción una vez sea despedido unilateralmente, y como sanción al empleador por no afiliar al trabajador a Sistema de Seguridad social en Pensiones.

Ahora bien, los testigos, copropietarios de la propiedad horizontal, si fueron coincidentes en afirmar que desde el año 2008 le fue reconocida una pensión a cargo del EDIFICIO ANA CAROLINA PH, conforme lo dispuesto en el artículo 260 del CST que establece:

"ARTICULO 260. DERECHO A LA PENSION. <Artículo derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993. El texto derogado continua vigente para los trabajadores sometidos al régimen de transición creado por el artículo 36 de la Ley 100. El texto original es el es el siguiente:>

1. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

2. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.

Ahora, si bien no reposa ninguna documental mediante la cual se acredite que se reconoció una pensión a favor del señor NOE MORALES, a folio 63 del plenario reposa documental que data del 27 de junio de 2018, mediante la cual, la

Representante Legal del EDIFICIO ANA CAROLINA PH le reitera al señor MORALES el compromiso adquirido por la demandada de pagar mensualmente la pensión y salud, de acuerdo con lo pactado, a mas tardar el día 5 de cada mes, pago que deberá ser cancelado en la cuenta de ahorro No. 24526039001 del Banco Caja Social.

Así mismo, obra a folios 65 a 89 del plenario comprobante de egreso a favor del señor NOE MORALES, mediante el cual se le cancela la suma de \$689.000 por concepto de mesada pensional de enero a diciembre de 2016, la suma de \$737.717 por concepto de mesada pensional correspondiente de enero a marzo de 2017, julio, agosto, octubre, noviembre, diciembre de 2017, la suma de \$781.250 por concepto de mesada pensional para el año 2018.

La anterior situación se colige del interrogatorio de parte del representante legal del edificio demandado, quien indicó que al señor NOE MORALES le fue reconocida una pensión, desconociendo desde que fecha, sin embargo, afirma que conforme los documentos que pudo revisar, se le viene cancelando desde el año 2016.

Así mismo, fueron coincidentes en afirmar los testigos NANCY ARCINIEGAS, DAVID BERNAL y DIANA BELLO que recuerdan que al señor NOE MORALES se le reconoció una pensión desde el año 2010, y que se le cancelaba tanto salario como mesada pensional, que la razón de tal situación obedeció a que cuando intentaron afiliar al causante a pensión, no lo aceptaron debido a su edad.

Ahora, reposa acta de asamblea del 18 de febrero de 2016, visible a folios 95 a 118, mediante la cual se evidencia que a partir del año 2016 se le venía reconociendo una mesada pensional al señor NOE MORALES, pese a seguir prestando sus servicios, con lo cual, se le ha venido cancelando su respectivo salario.

En ese orden de ideas, la Sala comparte la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que no hay lugar a ninguna declaración, como quiera que fue un hecho aceptado entre las partes la pensión reconocida al señor NOE MORALES, y que fue cancelada hasta el 21 de octubre de 2019, fecha de su fallecimiento.

No obstante lo anterior, respecto de la petición relacionada con la pensión de sobrevivientes a favor de la señora ROSALINA MORALES DIAZ, en calidad de compañera permanente supérstite del señor NOE MORALES, en aplicación de las facultades *ultra y extra petita*.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia SL2266 de 2022, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

"(...) Tampoco erró el juez plural al señalar que no podía adoptar decisiones extra y ultra petita, pues dicha facultad estaba reservada a los jueces de primera y única instancia; además, de no proceder frente a supuestos de hecho no soportados en el escrito inicial y presentados solamente durante la etapa de alegatos de conclusión en la audiencia de juzgamiento."

Así mismo, en sentencia SL795 de 2022, en que se adoctrinó:

"Las facultades ultra y extra petita son exclusivas de los jueces de única y primera instancia, los jueces de segunda instancia no pueden hacer uso de ellas al no estar contempladas dentro de sus funciones legales, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados."

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, la súplica de la apoderada de la parte demandante no tiene vocación de prosperidad, como quiera que, la pretensión encaminada al reconocimiento de la pensión de sobreviviente o sustitución pensional no fue solicitada en el libelo introductorio, así como tampoco fue parte del debate probatorio, por lo que proceder con su estudio sería violatorio al debido proceso, al derecho de defensa y contradicción de la demandada.

Conforme lo anterior, se **CONFIRMARÁ** el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de absolver al EDIFICIO ANA CAROLINA PH de la pretensión incoada por la parte actora, tendiente al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a favor de la señora ROSELINA MORALES DIAZ.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Finalmente, la apoderada de la parte demandante solicita se condene a la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que, si bien existe una renuncia presentada por el señor NOE MORALES, así como la respectiva aceptación, lo cierto es que la renuncia presentada por el causante no obedeció a un hecho voluntario, sino por la presión que ejercía el demandado para que renunciara, con la finalidad que el señor NOE MORALES pudiera retirar la cesantías, incluso en el el acta de asamblea que se analizó por parte del Juzgado se indicó *"Reconozcámosle la pensión al señor Noe y sigámosle pagando mientras*

él decide renunciar", por lo que era una situación que ya preveía el demandado, pues de no ser así, estaban en la necesidad de pagar la indemnización.

Así las cosas, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Descendiendo al caso bajo examen, para acreditar la terminación del vínculo laboral que ató a las partes por causas imputables al empleador, reposa a folio 56 del expediente, carta de renuncia presentada el 20 de mayo de 2018, por el señor NOE MORALES en la que indicó:

"Por medio de la presente tal y como hablamos personalmente, debido a razones personales he tomado la decisión de presentar mi renuncia al cargo de Conserje del Edificio Ana Carolina PH, a partir del 30 de junio de 2018."

Que mediante comunicación del 28 de mayo de 2018, el señor ANDRÉS JARAMILLO SALAZAR, en calidad de Presidente Consejo de Administración, acepta la renuncia presentada por el señor NOE MORALES al cargo que venía desempeñando como conserje del Edificio, la cual se haría efectiva a partir del 30 de junio de 2018 (fl. 57).

En ese orden, se recibió el **interrogatorio de parte** del señor representante legal de la demandada, quien manifestó que, el señor NOE MORALES se vinculó como conserje del Edificio hace más de 30 años, prestando sus servicios en un turno de 8 horas diarias, en un horario de 9:00 AM a 6:00 PM o de 8:00 AM a 5:00 PM de lunes a viernes y de 9:00 AM a 1:00 PM los días sábados, que estaba pendiente de la portería, llegada de los visitantes. Que los domingos y festivos lo reemplazaba otra persona. Que, se le pagaba no solo el salario, sino pensión y salud. En lo que tiene que ver con la forma de desvinculación, señaló que para mayo de 2018, el causante se retiró voluntariamente, incluso se le hizo una fiesta de despedida, pero que lo único que tiene conocimiento de su renuncia fue porque había indicado que se iba para Pasca.

Se recibió el **testimonio** de la señora NANCY ARCINIEGAS, quien residió en el edificio demandado desde el año 1991, pero que en la actualidad vive en Chinchiná Caldas por cuestiones laborales, pero que cada fin de semana viaja a Bogotá y se queda en el apartamento que tiene ubicado en la copropiedad demandada. Que, conoció al señor NOE MORALES por ser el conserje y ayudante del edificio, sin embargo afirma que antes de ingresar a laborar a dicho edificio, el señor MORALES se quedaba en muchas ocasiones a dormir en el edificio, porque indicó que estaba solo y no tenía a donde ir, a pesar que muchos años después informó que tenía una hija, pero nunca la conocieron. Que en el año 2018 presentó su carta de renuncia, que según lo que supo, sus familiares lo estaban presionando para que renunciara, por lo que empezó a tener cambios de actitud, por lo que tenía intención de irse a descansar a Pasca, en una parcela que le habían regalado.

Se recibió el **testimonio** del señor DAVID BERNAL, quien indicó que su esposa siempre ha sido parte del consejo y administradora del edificio, y conoció al señor NOE MORALES por el ser el conserje del edificio, no indicó nada respecto de los motivos que lo llevaron a renunciar.

Finalmente, se recibió el **testimonio** de la señora DIANA MARCELA BELLO SÁNCHEZ, quien indicó que conoció al señor NOE MORALES, conserje del edificio, quien presentó carta de renuncia, que incluso le hicieron un evento de despedida. Que el señor NOE MORALES había manifestado de tiempo atrás que se sentía cansado y quería retirarse, lo que era entendible por su edad, y por los años que llevaba laborando, mencionó en alguna oportunidad una vereda donde quería irse a descansar y que ahí tenía unos familiares, pero nunca mencionó nombres, ni quiso proporcionar números, ni direcciones. Que una vez el señor NOE MORALES tomó la decisión de irse, se contrató a una empresa de vigilancia.

Así las cosas, debe precisarse en primer lugar que no se logró desvirtuar que la decisión por la que decidió renunciar obedeciera a razones personales, pues por el contrario, conforme los testimonios recibidos en el plenario, fueron coincidentes en indicar que, el señor NOE MORALES afirmaba que estaba cansado y quería irse a vivir a las afueras de la ciudad para descansar.

Por otro lado, no se logró acreditar dentro del plenario la presión que aduce la apoderada de la parte demandante que le hicieron al señor NOE MORALES para presentar la renuncia el 20 de mayo de 2018, lo cierto es que en la carta de renuncia no se relaciona ninguna causal adicional que se pueda imputar al empleador, sino

que por el contrario, y conforme se indicó anteriormente, se logró acreditar que las razones por las cuales el señor NOE MORALES presentó su carta de renuncia obedeció a razones personales, tal y como se expuso en la mentada documental.

En ese sentido, vale la pena traer a colación la sentencia 1628 con Rad. 44057 del 16 de mayo de 2018, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrino:

*Para efecto de imponer esta condena, a más de las consideraciones expresadas en sede de casación, resulta pertinente recordar lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación en el sentido de que **cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, tiene la carga de demostrar, además de la decisión de la renuncia motivada comunicada al empleador al momento de su retiro, los hechos en los cuales edificó su decisión.** Ahora, si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde probarlos. Situación diferente acontece cuando el empleador es quien pone fin al vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador únicamente tiene el deber de probar el hecho del despido y al empleador las razones o motivos allí señalados (CSJ SL 22, abr, 1993 rad. 5272).*

Teniendo en cuenta lo anterior, de la prueba que reposa dentro del plenario no se logra sustraer con claridad que las razones que motivaron su decisión de dar por terminada la relación laboral obedezcan a presiones ejercidas por la demandada, sobre todo para retirar las cesantías, como lo indica la apoderada de la parte demandante, pues por el contrario, los testimonios indicaron que esa fue la razón por la cual uno de sus familiares le había insistido para que presentara la renuncia.

Así pues, conforme el acervo probatorio que reposa en el plenario, no son de recibo los argumentos expuestos por la apoderado de la parte actora, pues si bien alega una serie de presiones ejercidas por la demandada, lo cierto es que de la carta de renuncia, así como de la aceptación de la misma, no permite inferir, que el vínculo feneció por causas imputables al empleador, sin que por tanto acreditara las justas causas que aduce que son imputables al empleador, resultando por ende improcedente la indemnización reclamada, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** éste punto de decisión absoluta proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de abril de 2021 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501520180062001)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501520180062001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501520180062001)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación 03-2018-00372-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **JOSE ENRIQUE VARGAS**
DEMANDADO : **AGUAS DE BOGOTA SA ESP**
ASUNTO : **FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE REINTEGRO – APELACIÓN**
PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 117 del CPT y SS.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 12 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El señor **JOSE ENRIQUE VARGAS**, obrando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda en contra de **AGUAS DE BOGOTA SA ESP**, para que previos los trámites de un proceso de fuero sindical, se ordene:

- 1. REINTEGRAR** al señor JOSE ENRIQUE VARGAS al cargo que venía desempeñando para la empresa AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP al momento del despido el 11 de febrero de 2018, siendo miembro activo de la Junta Directiva del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOR DEL

SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP "SINTRAGUAS", por lo que estaba amparado por fuero sindical.

2. Ordenar a la empresa demandada pagar al actor los salarios causados desde el día de su despido, hasta la fecha en que se efectúe el reintegro al cargo que venía desempeñando o uno de superior jerarquía, así como las demás acreencias laborales ocasionadas en ese mismo lapso, como vacaciones, primas, derechos convencionales, así como aportes a la Seguridad Social (Pensión, Salud y Riesgos Laborales).
3. Ordenarle a la empresa que en lo sucesivo, y mientras el demandante ostente la calidad de directivo sindical, aforado, para cualquier cambio de sus condiciones de trabajo o despido, debe acudir ante el Juez Laboral para obtener autorización.
4. Costas procesales.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: que el demandante prestó sus servicios desde el 14 de diciembre de 2012, mediante un contrato de trabajo a término fijo, el cual fue prorrogado en varias oportunidades, posteriormente la empresa cambió de manera unilateral a la modalidad de labor o de obra. Que el cargo desempeñado era el de "Conductor"; devengando un salario de \$1.495.000.

Que el actor participó en la fundación del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP "SINTRAGUAS", en el que fue elegido para integrar la Junta Directiva de SINTRAGUAS, con el cargo de Fiscal, adquiriendo la garantía de fuero sindical. Que la creación de la organización sindical fue notificada al Ministerio de Trabajo y a la empresa empleadora.

Que el 11 de febrero de 2018, la empresa entregó al demandante la carta de terminación de su contrato, aduciendo la terminación del convenio interadministrativo sobre la recolección y tratamiento de basuras en Bogotá DC, sin que solicitara permiso al Juez Laboral para despedir al actor, tampoco lo envió a examen médico de egreso. Que el demandante no incurrió en ninguna causal de despido con justa causa en desarrollo del contrato de trabajo.

Pese a lo anterior, la empresa demandada sigue desarrollando el mismo objeto social de recolección de residuos sólidos y escombros, como la del convenio inicial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 27 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, y surtido su traslado, la accionada AGUAS DE BOGOTA SA ESP, contestó la demanda en la respectiva AUDIENCIA ESPECIAL adelantada el 30 de junio de 2021 en la que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron en su defensa como excepciones de mérito.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, la **JUEZ TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia 4 de abril de 2022, en la que resolvió DECLARÓ que entre el demandante JOSE ENRIQUE VARGAS y la demandada AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP existieron dos (2) contratos de trabajo, un primer contrato a término fijo inferior a un año, que se ejecutó a partir del 16 de diciembre de 2012 y que se prorrogó en el tiempo hasta el 15 de junio de 2013. Un segundo contrato, por duración de la obra o labor determinada, que inició el 16 de julio de 2013 y que se encontraba supeditado al contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, y que finalizó el 11 de febrero de 2018 por terminación de la obra o labor contratada.

DECLARÓ PROBADAS las excepciones denominadas IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO LABORAL e INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO propuestas por la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ.

ABSOLVIÓ a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante JOSE ENRIQUE VARGAS.

CONDENÓ en **COSTAS** a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho al suma de \$800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia, para en su lugar, se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

1. **NATURALEZA CONTRATO DE TRABAJO:** Centra su inconformidad en la situación en que la empresa AGUAS DE BOGOTÁ debía concurrir ante el

Juez Laboral, con el fin de levantar el fuero sindical que ostentaba el demandante, teniendo en cuenta que existió un contrato de trabajo a término fijo que se prorrogó en varias oportunidades hasta junio de 2013, cuando la empresa usando su poder, cambio los contratos de los trabajadores, sin que se esté alegando la nulidad del contrato, sino que por el contrario, se tuvo conocimiento que el contrato suscrito con el demandante se dio con la suscripción del convenio interadministrativo entre la empresa demandada y el ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, contrato que fue modificado, conforme la confesión del representante legal de la demandada. En ese orden, el empleador al transformar el contrato de trabajo inicialmente suscrito con el demandante, con efectos jurídicos de un tercero, desnaturalizan el contrato suscrito, teniendo en cuenta que se prorrogaron en 21 oportunidades, razón por la cual debe tener en cuenta el artículo 47 del CST, esto es, como un contrato a término indefinido, en tanto que el cambio de contrato obedeció a una decisión unilateral del empleador y no en conjunto con el trabajador.

2. **REINTEGRO:** Teniendo en cuenta lo anterior, el empleador tenía la obligación de acudir ante un Juez Laboral para poder dar por terminado el contrato de trabajo, pues dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión a la terminación del contrato interadministrativo se estaría valiéndose de artilugios jurídicos para desconocer derechos de los trabajadores, en la medida que el trabajador entendía una cosa cuando suscribía el contrato, y pero después la empresa cambió con el paso de tiempo las condiciones del contrato de trabajo, pues no puede desnaturalizarse las condiciones del contrato de trabajo, en esas condiciones, solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y se condene a AGUAS DE BOGOTÁ al reintegro del actor, y al pago de todas las acreencias laborales desde el 11 de febrero de 2018 hasta que sea reintegrado.
3. **COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA:** Señala que, el acceso a la administración de justicia debe ser gratis, esto es, gratis para los débiles, no gratis para los poderosos, y en el evento en que se confirme la decisión de primera instancia, solicita se reconsidere las costas impuestas al demandante en primera instancia.

Recurso que procede a resolver la Sala, de acuerdo a lo normado en el artículo 66 A del CPT y la SS, y las siguientes:

II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

A efectos de resolver, cabe señalar que el artículo 405 del C. S. del T. define el fuero sindical, como *“la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”*.

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del CST.

Ha reiterado la H. Corte constitucional en muchas oportunidades que la relevancia de la figura del fuero sindical está en relación de conexidad necesaria con la protección especial que la Constitución prevé para las asociaciones sindicales. Por cuanto las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, el sistema jurídico ha diseñado las herramientas necesarias para que el ejercicio de la actividad sindical no devenga ilusoria debido a la posición dominante de los empleadores frente a los empleados. La Corte ha señalado al respecto:

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos¹:

“Para definir el contenido y alcance de la protección constitucional que se deriva del artículo 39 de la Carta procede recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, estipulan i) que toda persona tiene derecho a asociarse libremente y a constituir sindicatos en defensa de sus intereses, ii) que, para el efecto, los trabajadores deben gozar de total libertad de elección, iii) que los requisitos para fundar e ingresar a un sindicato solo pueden ser establecidos por la propia organización, iv) que la ley puede establecer restricciones al derecho de asociación sindical en interés de la seguridad nacional y en defensa del orden público, y iv) que los Estados Partes, que a su vez son miembros del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben la libertad sindical y el derecho a la sindicalización (La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos Sociales y Culturales fueron abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200A (XXI) de 16

¹ ST-330/05. H. Sierra

de diciembre de 1966, la Convención Americana de los Derechos Humanos fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos reunida en San José el 22 de noviembre de 1969, -Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 respectivamente.)

La ampliación de la figura del fuero sindical, no tuvo repercusiones tan sólo en punto de la estabilidad laboral de los beneficiados con el mismo, sino también de la categoría de trabajadores que tienen la posibilidad de asociarse en sindicatos. Al incluir el artículo 39 Superior el cuantificador universal "todos" para determinar la categoría de trabajadores pasibles de sindicalización, con las excepciones ya mencionadas, impuso también la carga a todos los empleadores de someter a calificación judicial la decisión de desmejorar las condiciones laborales o despedir a los miembros aforados del sindicato." (Negrillas y subrayas de la Sala)

En igual sentido al del artículo 39 constitucional, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

"Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación".

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

"Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

"Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como

fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto en reciente sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, SL2543-2020, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 220 del 12 de marzo de 2012, reiteró:

“5. El proceso de levantamiento del fuero sindical y la acción especial de reintegro por fuero sindical

5.1. Tal y como se señaló anteriormente, el fuero sindical es un derecho que cubre a las directivas sindicales para evitar despidos injustificados, o modificaciones arbitrarias de las condiciones laborales, de modo que se garantice la gestión de los intereses de los asociados.

5.2. Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo. En dichas disposiciones, se señala que se presume la existencia del fuero sindical con la sola certificación de la inscripción en el registro sindical o con la comunicación del empleador de la inscripción, por consiguiente, en esos casos, éste deberá interponer una demanda para obtener el permiso del juez, invocando una justa causa. En este sentido, la sentencia T-029 de 2004, reiterando jurisprudencia en la materia, precisó lo siguiente,

“A propósito de las acciones en comento, conviene anotar que la demanda del empleador, tendiente a levantar el fuero sindical, deberá presentarse “inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador”², habida cuenta que “el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que

² Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad fueron declarados exequibles algunos apartes de los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la misma decisión. Esta Corte resolvió: “Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se “ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia” y “se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto”, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio. Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso. Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961.

Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2°, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I.T., para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo”.

autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración³.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad⁴. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

5.3. En este contexto, se entiende que el respeto al derecho de asociación sindical incluye la garantía del debido proceso cuando son despedidos trabajadores cobijados por el fuero sindical. Si el trabajador ha sido despedido o desmejorado sin autorización judicial previa, cuenta con dos meses, contados a partir de la actuación del empleador, para interponer una acción especial de reintegro por fuero sindical tal y como lo consigna el artículo 118A del Código de Procedimiento del Trabajo. En relación con la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001⁵, razón por la cual es a la jurisdicción ordinaria laboral a quien compete conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral⁶.

En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho, ya que en virtud del derecho al debido proceso nadie puede ser juzgado sino por el juez competente, con las formas propias de cada juicio.

Si surtido el proceso se comprueba, que el trabajador fue despedido desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios dejados de percibir⁷.»

De lo anterior se advierte, que por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa o modificar las condiciones laborales de un trabajador aforado desmejorándolo o trasladándolo sin previa autorización judicial, requiriendo por ende acudir a un proceso de levantamiento de fuero sindical cuyo objeto recae en: 1. En verificar la ocurrencia de la justa causa alegada por el empleador, y 2. En analizar su legalidad e ilegalidad.

³ *Idem.*

⁴ T-029 de 2004, T-731 de 2001

⁵ T-253 de 2005

⁶ C-1232 de 2005

⁷ C-1232 de 2005, T-1189 de 2001. Al respecto, la sentencia T-029 de 2004 establece lo siguiente: "En principio, quebrantan el ordenamiento constitucional los jueces laborales que no ordenan el reintegro y la indemnización consecuente de quien, estando protegido por fuero sindical fue despedido sin permiso judicial".

Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

En el caso de despido, desmejora o traslado de un trabajador cobijado por el fuero sindical sin autorización judicial previa, se podrá acudir a la acción de reintegro o reinstalación que tiene como finalidad el analizar: 1. Si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y en caso tal, 2. Verificar si cumplió con dicho requisito, sin que el juez pueda entrar pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho. En caso de encontrarse acreditado que el trabajador fue despedido, desmejorado o trasladado sin la autorización requerida, proceder ordenar su reintegro o reinstalación al cargo y condenar a título de indemnización los salarios dejados de percibir.

A la luz de estas preceptivas, procede la Sala con el análisis tendiente a determinar si el señor **JOSE ENRIQUE VARGAS**, al momento de la terminación del contrato de trabajo el 11 de febrero de 2018 gozaba de la protección de fuero sindical, y si en consecuencia, se dio por terminado con justa causa. En ese sentido, si el empleador AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP solicitó el respectivo permiso ante el Juez laboral, y si es procedente el reintegro, junto con el pago de los correspondientes salarios, prestaciones sociales.

1. DEL VÍNCULO LABORAL:

De conformidad con las pruebas arrimadas al plenario, se tiene que el señor JOSE ENRIQUE VARGAS suscribió los siguientes contratos de trabajo:

1. Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, por la duración de 4 meses, desde el 16 de diciembre de 2012 al 15 de abril de 2013 (fls. 39 a 40).
2. Prórroga No. 1 del contrato de trabajo antes descrito por la duración de 1 mes, desde el 16 de abril de 2013 al 15 de mayo de 2013.
3. Prórroga No. 2 del contrato de trabajo inicial, por la duración de 1 mes, desde el 16 de mayo de 2013 al 15 de junio de 2013.
4. Contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, con fecha de inicio el 16 de junio de 2013, en el que se especifica que la duración de la obra esta condicionada a la ejecución de la obra o labor contratada, en relación del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012, celebrado entre la empresa demandada con la EMPRESA DE ACUDUCTO Y ALCANTARILLADO SA ESO.

Los anteriores contratos suscritos, para desempeñar el cargo de "Conductor", debidamente suscritos entre las partes, lo cual se colige de las certificaciones

laborales que obran a folio 151 del archivo "contestación de demanda" del expediente digital.

No obstante lo anterior, señala el apoderado del demandante que, el contrato formal suscrito por el actor trasciende la realidad, como quiera que, el término "duración de la obra" es absolutamente ineficaz frente a la realidad del trabajo que desempeñaba el demandante, como operario de "conductor", y por esta razón, considera que el trabajo es una obra catalogado con un término de finalización, resulta contrario a los postulados constitucionales que protegen a los derechos al trabajo en condiciones dignas y justas de la Organización Sindical.

Indica que labor ejecutada por el demandante, actualmente no ha finalizado, ni terminará mientras existan las necesidades de limpieza y recolección de basuras en la ciudad de Bogotá, conforme con los múltiples contratos que ha suscrito la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá con 5 diferentes empresas para darle continuidad a éste trabajo, por lo que es imposible determinar la duración de ésta labor, precisamente por la necesidad de permanencia de la actividad que le dio origen a la misma.

Por el contrario, afirma que lo que quedó demostrado es, que la actividad desempeñada por el demandante continúa siendo desempeñada en la actualidad, por operarios contratados por terceras personas vinculadas en una relación comercial con la EAAB, sin que se cumpla lo establecido en el artículo 411 del CST que dispone: *"La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial de la causa en ningún caso."*

Ahora bien, vale la pena resaltar que, la convocada al juicio aportó el contrato interadministrativo número 1 –07-10-200-0809-2012 suscrito entre la empresa de acueducto y alcantarillado y aseo de Bogotá y aguas de Bogotá, fechado el 4 de diciembre del año 2012; en este contrato interadministrativo se estipula el objeto del mismo en la cláusula primera de la siguiente manera:

"El objeto del contrato es realizar actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá Distrito capital, bajo la dirección y supervisión de la empresa de acueducto y alcantarillado y aseo de Bogotá"

Lo anterior cobra especial importancia, por cuanto la demandada Aguas de Bogotá aportó una certificación de fecha 21 de febrero del año 2020, expedida por el representante legal de la demandada Aguas de Bogotá en la cual manifestó textualmente:

“(...) el contrato interadministrativo número 1 –07-10-200-0809-2012 suscrito con la empresa de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Bogotá tuvo una vigencia desde el 4 de diciembre del año 2012 hasta el 11 de febrero del año 2018, actualmente se encuentra en proceso de liquidación”

Finalmente, a folio 23 del expediente se encuentra carta del 9 de febrero de 2018, suscrita por la gerente de gestión humana de la demanda aguas de Bogotá SA., en la cual le manifestó el demandante lo siguiente:

“En razón a la terminación del convenio interadministrativo número 1 –07-10-200-0809-2012, perteneciente al proyecto aseo, hecho público y notorio, se hace imposible a continuar su relación laboral al estar dentro de la prohibición legal del artículo 411 del CST no se requerirá de calificación previa judicial para la terminación del mismo, a pesar de su garantía foral en los términos del artículo 61 del CST, literal D, (...) le informó que a partir de la finalización de la jornada laboral del día domingo 11 de febrero del año 2018 se dará por terminado de forma legal el contrato por duración de la obra o por la naturaleza de la labor contratada que tenemos suscrito con usted”

Lo anterior, contrario a lo afirmado por el apelante, se logra acreditar que el demandante suscribió dos contratos de trabajo con la demandada, un primer contrato de trabajo a término fijo, inferior a un año, que fue prorrogado y un segundo, de duración de la obra o labor, la cual se encuentra debidamente determinada en las respectivas cláusulas del contrato, y anexos del mismo.

Aunado a lo anterior, se acredita que el contrato del demandante finalizó de forma concomitante con la terminación del convenio interadministrativo suscrito entre la aquí demandada Aguas de Bogotá SA.ESP empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de Bogotá.

Así las cosas, debe despacharse desfavorablemente las súplicas de la parte actora, tendiente a declarar la existencia de un contrato realidad, dada la situación actual que contrae la relación laboral con la demandada, en atención que se encuentra debidamente acreditados los 2 contratos suscritos por el actor con AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP, esto es, un primer contrato a termino fijo inferir a un año, y un segundo contrato de trabajo por duración de la obra o labor, conforme lo indicó el

Juzgador de primer grado, no quedando otro camino que confirmar el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

2. DEL FUERO SINDICAL:

Por otro lado, no se discute la calidad de aforado del demandante, como quiera que ésta es aceptada por las partes, aunado al hecho que quedó plenamente demostrado mediante la documental obrante a folio 38 del documento "001. Demanda" del expediente digital, en la que consta que el señor JOSE ENRIQUE VARGAS ostentaba la calidad de "Fiscal" en el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DEL SERVICIO PUBLICO DE ASEO DE LA EMPRESA AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP "SINTRAGUAS", conforme certificación expedida por el Ministerio del Trabajo de fecha 6 de marzo de 2018, emitida por la coordinadora del grupo de archivos sindical, se puede concluir que el demandante José Enrique Vargas fue elegido como fiscal de SINTRAAGUAS, con lo que se acredita que el actor goza de la garantía del fuero sindical consagrada en la ley.

3. DEL REINTEGRO EN LAS CONDICIONES LABORALES DEL TRABAJADOR AFORADO.

La juez de instancia considero que la naturaleza del trabajo a termino fijo inferior a un año y el de obra o labor contratada es permitido por la ley, dicha situación lleva a establecer que el actuar de la entidad demandada Aguas de Bogotá fue acertada y ajustada a derecho en su actuar. Además, porque nunca desconoció el fuero sindical del que gozaba el demandante durante la vigencia del contrato de trabajo y sus prorrogas a través de una u otra modalidad, lo cierto es que en virtud de lo establecido por el legislador en el artículo 411 del código sustantivo y en cuanto a lo establecido por nuestro máximo órgano jurisdiccional, la empresa Aguas de Bogotá S.A ESP, dio por terminado el contrato de trabajo del demandante de forma legal, ya que su fuero solo se mantenía hasta la vigencia del mencionado contrato pactado entre las partes, siendo esta última la de un contrato de trabajo por obra o labor contratada, que se encontraba estrechamente ligado a un convenio interadministrativo, el cual fue acabado tal y como se acreditó dentro del proceso a folio 151 del archivo "contestación de demanda" del expediente digital.

Por su parte, la inconformidad del recurrente se centra en señalar que, para proceder con el retiro del trabajador, el empleador debía proceder con la autorización del Juez, en tanto que el demandante gozaba con garantía del fuero sindical, razón por la cual

a su consideración, las demandadas debían tramitar una demanda especial que les permitiera tener el permiso respectivo para su despido, al no hacerse así, hay una clara violación al debido proceso constitucional que debe ser corregida a través de demanda especial.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia 34142 de fecha marzo 25 de 2009, en la que el máximo órgano de cierre adoctrinó:

*«En tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues **si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes.** En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical, deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por periodo fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical. En las condiciones que anteceden, el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas.»*

Reiterando entonces que el demandante se vinculó a la empresa demandada mediante un contrato de trabajo a termino fijo con 2 prórrogas y otro por duración de la obra o labor, es necesario memorar que el amparo de fuero sindical para los trabajadores vinculados por medio de esta modalidad de contrato, **no deriva en la prolongación del plazo pactado pues el amparo solo cobija al trabajador durante la vigencia o el lapso acordado desde la suscripción del contrato**, lo cual resulta lógico, bajo el entendido que son las mismas partes (trabajador y empleador) quienes de forma concertada y/o consentida establecen la duración del vínculo laboral desde el inicio, al respecto puede consultarse la sala de Casación Laboral que en Sentencia del 25 de marzo de 2015, SL 3535 – 2015 radicado 3823, en la que se señaló:

“(...) En efecto, esta Sala de la Corte ha definido que, a diferencia de los contratos de trabajo a término indefinido, en los pactados a término fijo la condición extintiva se concibe desde el mismo instante en el que los contratantes han celebrado el acuerdo de voluntades, pues convienen las condiciones de su vinculación y fijan de

forma clara e inequívoca el término de duración de la relación, de manera que esa manifestación de voluntad surte efectos a partir de la suscripción del contrato. Es por ello que la expiración del plazo pactado no constituye una terminación unilateral del contrato, con o sin justa causa, sino un modo, modalidad o forma de ponerle fin a un vínculo contractual, previsto en el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990."

Resulta importante invocar lo establecido en la cláusula segunda del contrato de trabajo por duración de la obra o labor suscrito por el demandante y Aguas de Bogotá S.A ESP que a la letra indica: *"El termino de duración del contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada, está condicionado a la existencia del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012 celebrado entre la empresa de Aguas de Bogotá y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A ESP, conforme lo previenen las causales de terminación del citado contrato."*

Así mismo, las prórrogas del plazo de ejecución del contrato interadministrativo al que se ha hecho referencia, suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y Aguas de Bogotá S.A ESP, los tienen que ver con la prórroga del 15 de enero del 2018, el cual tiene como objeto *"prorrogar el plazo de ejecución del contrato citado, 28 días calendario, esto es, hasta el 12 de febrero del 2018"*.

Todo lo anterior, fue ratificado por el representante legal de aguas de Bogotá S.A ESP al absolver interrogatorio de parte y al indicar que el contrato interadministrativo suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y Aguas de Bogotá S.A ESP, denominado "Proyecto de Aseo" se dio por el periodo comprendido dentro del 04 de diciembre del 2012 hasta el 18 de febrero del 2018, tiempo durante el cual se encargaba de la recolección, limpieza, barrido de la basura de la ciudad de Bogotá y su disposición final en el relleno sanitario de Doña Juana. Que, inicialmente cubría algunas zonas de la ciudad y a la finalización del contrato operaba en el 52% de la ciudad, que la duración inicial del contrato fue por 4 meses y posteriormente se dieron 21 prórrogas, además dijo que AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP cumplió con el pago de los salarios y prestaciones sociales del demandante, respetando todos sus derechos laborales y sindicales, siendo beneficiario del Acuerdo de Formalización Laboral entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y Aguas de Bogotá S.A ESP y la Dirección territorial de Bogotá del Ministerio del Trabajo, Acuerdo además aportado al proceso, el cual plantea una garantía de estabilidad laboral que no encuentra la Sala que fuese vulnerada mientras perduraban las causas que dieron origen a dicho derecho, además que no fue desconocido por el demandante al absolver interrogatorio de parte, pues indicó

que durante el tiempo que laboró para la entidad, le pagaron salarios y prestaciones sociales sin vulnerar sus derechos.

Por su parte, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, a través de informe juramentado manifestó que la terminación del contrato interadministrativo, se dio en razón a que el Acuerdo No. 12 del 05 de septiembre del 2012 fue declarado nulo parcialmente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A, en sentencia del 24 de agosto del 2017 en relación con la ampliación del objeto social de la empresa a la prestación del servicio de aseo, decisión que tuvo como consecuencia que toda las actividades derivadas del servicio de aseo fueran excluidas y suprimidas de la empresa, situación que el apoderado de la parte demandada Acueducto de Bogotá, ratifica en sus alegatos de conclusión.

En esa dirección, de las pruebas documentales recaudadas, se evidencia, que mediante comunicación del 11 de febrero de 2018, se puso en conocimiento del señor JOSE ENRIQUE VARGAS por parte de AGUAS DE BOGOTA SA ESP la decisión de NO continuar con la relación laboral y la consecuente terminación del Convenio Interadministrativo 1-7-10200-809-2002, siendo un modo legal de finalización o terminación del contrato de obra o labor, al tenor de lo dispuesto en el artículo 411 del CST.

Por ende, iterando que el contrato de trabajo del demandante feneció por terminación de la obra, es menester memorar que frente a este punto en particular ha sido reiterado lo manifestado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, mediante sentencia del 3 de julio de 2008 radicado 33396, en la cual se explicó el por qué el vencimiento del plazo fijo pactado no puede tener la connotación de un despido, y en esa oportunidad se puntualizó:

*“(....) según lo preceptuado en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 6° del Decreto 2351 de 1965, y posteriormente subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990, **existen varios modos legales de terminación del contrato de trabajo que se enlistan en esta normatividad, dentro de los cuales se cuenta para lo que interesa al recurso de casación, con la expiración del plazo fijo pactado - literal c)- y la decisión unilateral en los casos de los artículos 7° del Decreto Ley 2351 de 1965 y 6° de la Ley 50 de 1990 -literal h-, donde no es dable confundir estas dos formas de finalización del vínculo y entrar a calificar el vencimiento del plazo como un “despido”, pues mientras la del literal c) requiere desde el momento de la celebración del contrato de trabajo, el concurso de voluntades para pactar una duración determinada o fija, en el evento del despido la terminación se origina en la voluntad unilateral del empleador de poner fin a la relación laboral con o sin justa causa. (Negrilla fuera del texto).***

Lo anterior se ha sostenido de manera inveterada, es así que en sentencia que data del 15 de mayo de 1974, publicada en la Gaceta Judicial Tomo CXLVIII No. 2378 a 2389 páginas 455 a 459, en donde se rememoró el fallo que citó el Tribunal calendado 21 de abril de 1972, se puntualizó:

No puede confundirse la terminación por vencimiento del plazo con el despido, pues el primer caso se requiere el concurso de voluntades para la terminación del contrato; y en el segundo solamente se necesita la voluntad del patrono.

Es verdad que en el contrato de duración expresa, si con una anticipación no inferior a 30 días no avisa una de las partes por escrito su deseo de terminarlo, éste se prorroga por un año, lo que indica que esa prórroga se produce por la voluntad de ambas partes de que continúe, pues su silencio es el asentamiento tácito a la prolongación por un año.

En el despido la terminación del contrato se origina en la voluntad unilateral del patrono, que unas veces con justa causa y otras sin ella, pone a fin a la relación laboral. El retiro del trabajador obedece también a su voluntad unilateral, que con justa causa o sin ella, puede poner fin a la relación de trabajo y romper el vínculo jurídico.

*Si el legislador hubiera entendido que la terminación por vencimiento del plazo dependía de la voluntad unilateral de una de las partes, no habría consagrado como causa de terminación ese vencimiento, sino que se habría limitado a hablar de la terminación por decisión unilateral, y como así no lo hizo, **ha de entenderse que no es decisión unilateral la que pone fin al contrato por vencimiento del plazo, sino el conjunto de voluntades que conciertan la duración fija.***"

Así mismo, en diversos pronunciamientos de tutela de la H. Corte Suprema de Justicia ha respaldado tal postura, como lo es en las sentencias STP8878-2021, STL12064-2020, STL6790-2020, por mencionar algunas.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por el apelante, basta con referir cuando la terminación del contrato de trabajo no tiene origen en una decisión del empleador, sino en el mutuo consentimiento, o en la culminación de la obra contratada, o el vencimiento del plazo fijo pactado, no será necesaria la autorización del juez del trabajo, pues en estas eventualidades la finalización del vínculo laboral no es fruto de una intención torticera del empleador, orientada a afectar el funcionamiento de la organización sindical, sino de un acuerdo mutuo, o del cumplimiento del tiempo previsto para la duración de la relación de trabajo, tiempo que conocían tanto el trabajador como la organización sindical y en esa medida condicionaba válidamente el ejercicio de las funciones de dirección sindical, razón por la cual no existió el despido alegado y por ende la encartada NO tenía la obligación de solicitar autorización para terminar la relación laboral con el accionante.

Al tenor del pronunciamiento en cita, a juicio de esta Sala de decisión, resulta acertada la decisión de primer grado en cuanto negó las pretensiones del actor, pues la garantía de fuero sindical en la que funda sus pretensiones, le cobijó hasta la data en que se pactó la vigencia del vínculo, por lo que se itera, la encartada no tenía la obligación de solicitar autorización para finalizar la relación laboral.

Concluye entonces la Sala que la decisión de primera instancia, se encuentra ajustada a derecho y estuvo rodeada de plenas garantías al aforado, mereciendo como consecuencia la **CONFIRMACIÓN** en su integridad la decisión de primera instancia.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente, solicita el apoderado del demandante que, en el evento en que se confirme la decisión de primera instancia, se absuelva al actor de la imposición de costas en primera instancia.

No obstante, el numeral 1.º del artículo 365 del CGP, dispone: *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*.

El concepto de este gravamen incluye no solo los gastos en que incurre la parte para presentación o la atención de un proceso judicial, sino un también las agencias en derecho, que constituyen una porción de las costas imputables a las erogaciones que hizo para su defensa judicial la parte victoriosa, las cuales están a cargo de quien pierda el proceso o, a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de casación.

En ese orden, las costas se imponen en forma objetiva una vez se verifique que efectivamente se causaron, por lo que no es viable acudir a criterios subjetivos para determinar la exoneración de la parte vencida.

Las manifestaciones relacionadas por el apelante respecto de la gratuidad de la administración de justicia no son de recibo, habida cuenta que: i) el principio de gratuidad de la justicia no es absoluto, aserto que tiene sustento legal en el artículo 6.º de la Ley 270 de 1996, que dispone: *«La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas,*

agencias en derecho y costas judiciales» (AL, 26 oct. 1999, rad. 12224, reiterado en el AL1570-2013, AL3612-2017, reciente pronunciamiento AL3121 de 2021); y ii) el fundamento objetivo de la liquidación de las costas, sobre lo cual H. Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado entre otras, en auto AL2126-2016, que fue reiterado en AL3612-2017, en los siguientes términos:

“De ahí que la motivación del peticionario en el sentido de que la situación económica de su prohijado es deficitaria, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las respectivas tarifas por la autoridad competente, está sustentada sobre criterios objetivos”

Por último, no debe dejarse de lado que el artículo 154 del CGP (antes artículo 163 del CPC), contempla como uno de los efectos de la concesión del amparo de pobreza, la exoneración de condena en costas; sin embargo, en el asunto bajo examen no se encuentra que en instancias se hubiere presentado solicitud de amparo de pobreza, luego no es procedente omitir la imposición de condena en costas en primera instancia.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en la alzada.

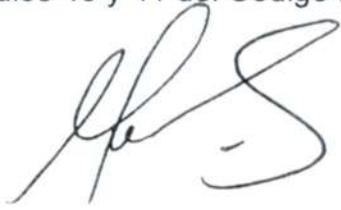
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ del 4 de abril de 2022, según las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en la alzada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(RAD. 11001310500320180037202)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(RAD. 11001310500320180037202)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(RAD. 11001310500320180037202)