República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-000 2021 00849 01. Proceso Sumario de IGM Ingeniería S.A. contra Cafesalud EPS S.A y Otra (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

La sociedad IGM INGENIERÍA S.A. convocó a CAFESALUD EPS y MEDIMAS EPS para obtener el reconocimiento económico de la licencia de maternidad que reconoció a la trabajadora Yohanna Guatibonza Rodríguez. Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

En lo que interesa al asunto adujo que desde el 26 de julio de 2017, radicó ante la EPS Cafesalud los documentos correspondientes a ala trabajadora Yohanna Guatibonza y su hija Rebeca Granados Guatibonza, con el propósito de que se transcribiera la licencia de maternidad y posteriormente realizar el trámite de cobro de la misma.

Señaló que el momento de la radicación de los documentos, se les indicó que podría pasar dentro de los 3 días siguientes, sin embargo, a la fecha no se le ha dado ninguna respuesta.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 29 de diciembre de 2017, en contra de Cafesalud EPS y Medimas EPS.

Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, CAFESALUD EPS dio respuesta en oposición a las pretensiones, adujo en su defensa que de acuerdo con la información suministrada por el área de reconocimiento económicos, no se encuentra registro en el sistema de la licencia de maternidad de la señora Yohanna Guatibonza Rodríguez. Propuso en su defensa las excepciones que denominó incapacidades que no se registran en el sistema y la genérica.

Por su parte MEDIMAS EPS se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia que no era la obligada al reconocimiento de la licencia reclamada, en tanto no había entrada en operaciones. Propuso en su defensa la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

La *aquo* profirió sentencia el 9 de julio de 2020, en la que ordenó a Cafesalud EPS en liquidación a pagar la suma de $3'625.000,oo a favor de la sociedad demandante y absolvió a la EPS Medimas de todas y cada una de las pretensiones.

Para arribar a la anterior determinación luego de establecer la condición de afiliada de la señora Yohanna Guatibonza Rodríguez, consideró en esencia

que si bien ésta cumplía con los requisitos para el reconocimiento de la licencia, la sociedad accionante tan solo acreditó el pago de la suma $3'625.000,oo y en razón a ello únicamente ordenó el reembolso de dicha suma.

Inconformes con la anterior decisión, la demandada EPS Cafesalud y la parte actora interpusieron recurso de apelación, los cuales les fueron concedidos.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS:

Solicita el apoderado de la EPS Cafesalud, se ordene a la demandante hacerse parte del proceso liquidatorio radicando la acreencia de acuerdo con las reglas establecidas en los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010

Indicó que que mediante la Resolución 007122 del 22 de julio de 2019 se ordenó su liquidación, y que en tanto el proceso liquidatorio es un procedimiento reglado, especial y preferente, en el que debe prevalecer el principio de igualdad entre los acreedores, debe ordenarse a la sociedad demandante hacerse parte del mismo.

Por su parte la sociedad accionante solicita se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, y que en consecuencia se ordene el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad de la señora Yohanna Guatibonza Rodríguez, quien para la fecha del parte recibía un salario mensual de $7.250.000,oo.

Indicó que la señora Yohanna Guatibonza estuvo vinculada laboralmente con IGM Ingeniería S.A., que conforme con el certificado de incapacidad expedido

por la Fundación Santa fe de Bogotá, se concedió la licencia de maternidad desde el 14 de marzo hasta el 17 de julio de 2017.

Indica que el 26 de julio de 2017 se radicaron los soportes necesarios ante la EPS Cafesalud, a efectos de que se generara el pago correspondiente, y que los mismos volvieron a ser remitidos el 13 de diciembre de 2018.

Afirma que tal como se evidencia con los documentos aportados al expediente, cumplió cabalmente con las obligaciones a su cargo al generar los pagos de la totalidad de la licencia de maternidad de la trabajadora, con base en el salario real que devengaba; y que erró el Despacho de primer grado al no valorar la totalidad de las pruebas mediante las cuales se establecen los pagos que se realizaron entre el 14 de marzo y el 17 de julio de 2017.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, así como se recuerda que el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de este presupuesto legal, abordará el estudio de la alzada.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66A del C.P.T y S.S., de acuerdo con los argumentos expuestos en los recursos de apelación, el análisis de la Sala se circunscribe al estudio de las inconformidades planteadas en los escritos de interposición de los recursos, atendiendo las razones de disenso expuestas en la sustentación por los recurrentes, ya que

todo aquello cuya revocatoria no se impetra con las debidas motivaciones ha sido aceptado.

En esas condiciones, corresponde tener en cuenta que, al no haber sido objeto de inconformidad las conclusiones relativas a que en vigencia de la relación laboral con la accionante y de su afiliación con la EPS Cafesalud se le concedió licencia de maternidad a la señora Yohanna Guatibonza Rodríguez; ni que se cumplen los presupuestos para el reconocimiento a favor de la afiliada de la referida licencia por parte del sistema de seguridad social.

De manera que el análisis de la Sala se circunscribe a determinar, de un lado, si la sociedad accionante tiene derecho a que se le efectúe el reembolso correspondiente a la totalidad de la licencia de maternidad de su trabajadora; y de otro, si para el pago del referido reembolso se debe ordenar a la accionante acudir al trámite de liquidación de la entidad.

Por cuestiones de orden metodológico, la Sala abordará en primer término el análisis relativo a los motivos de inconformidad expuestos por la entidad accionada, en tanto, cuestionan la procedencia de la reclamación a través del presente asunto.

Al respecto, considera la Sala oportuno recordar que el objeto de la liquidación obligatoria es la satisfacción de los diversos créditos con un criterio de igualdad, en el sentido de que todos los titulares de un derecho puedan ser satisfechos con los bienes del deudor y a su vez, si es del caso, asumir ciertas pérdidas en razón de la crisis que afectó al empresario.

Pese a lo anterior, corresponde precisar que el presente trámite, es de naturaleza declarativa y como tal, en modo alguno se privilegia el derecho de la accionante respecto de los demás acreedores; tan es así que en el numeral 1° del artículo 9.1.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, expresamente estableció

únicamente la prohibición de adelantar procesos de coacción coactiva y naturaleza ejecutiva, juicios en los que sí es posible advertir tal desequilibrio.

Bajo tal perspectiva, no resultan de recibo los argumentos expuestos por la EPS Cafesalud S.A. en liquidación en tanto que el reconocimiento del reembolso de la licencia de maternidad en modo alguno transgrede o afecta el trámite de su liquidación, y debido a que la forma en que la accionante haga efectiva tal determinación, no solo escapa al trámite del presente proceso, sino que se encuentra expresamente regulado en la ley.

En lo que respecta a los motivos de inconformidad expuestos por la sociedad accionante relativos al monto a reembolsar por concepto de la licencia de maternidad de la afiliada Yohanna Guatibonza Rodríguez, es del caso tener en cuenta que a pesar de que se afirma que la referida trabajadora tenía un salario de $7'250.000,oo, sin embargo, de acuerdo con las planillas de pago de aportes[1] el IBC reportado correspondió a la suma de $7'150.000,oo, de manera que, al efectuar las operaciones aritméticas de rigor el monto total de la licencia de maternidad a que tendría derecho la demandante asciende a la suma de $30'030.000,oo.

Ahora, de acuerdo con la prueba documental decretada de oficio en esta instancia, contentiva de los desprendibles de nómina de marzo a julio de 2017, se advierte que la accionante acredita el pago efectivo de la suma de $29'476.666,oo, motivo por el que se modificará la decisión de primer grado a efectos de ordenar el reconocimiento y pago de ésta última suma.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

[1] Cfr cd fl 64

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal cuarto de la decisión de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la CAFESALUD EPS al reconocimiento y pago de la suma de $29'476.666,oo de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-22-05-000-2021-01544-01. Proceso Sumario de la Dian contra Medimás EPS y Otro (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

La DIAN por intermedio de apoderada judicial convocó a la Cafesalud EPS S.A. en liquidación para obtener mediante los trámites propios del proceso verbal sumario, se condene al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por la suma de $467.619, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 4° del decreto Ley 1281 de 2002. Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Indica el escrito promotor del litigio, que la señora Gladis Amanda Puentes de Dueñas prestó sus servicios a favor de la entidad en el período

comprendido entre el 22 de septiembre de 1992 y el 28 de febrero de 2018, desempeñando el cargo de Gestor III, Código 30, Grado 03, trabajadora que se encontraba afiliada a la Cafesalud EPS S.A.; que la funcionaria hizo uso del servicio de salud, otorgándose incapacidad por los períodos comprendidos entre el 30 de marzo y el 28 de abril de 2016 y entre el 31 de agosto y el 29 de septiembre de 2016, cada uno de ellos, por treinta días; que la entidad reconoció la incapacidad mediante las resoluciones No. 0183 del 3 de mayo de 2016 y 0413 del 12 de septiembre de 2016, por lo que se elevó la reclamación de pago respectiva frente a la incapacidad otorgada a dicha funcionaria, no obstante, no se realizó el pago de la incapacidad y se cobra la diferencia de la restante.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 6 de agosto de 2018[1], contra Cafesalud EPS y Medimás EPS. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, la accionada CAFESALUD EPS S.A. en Liquidación se opuso a la pretensión de la demandante, ya que dicha encartada procedió con la reliquidación de las incapacidades expedidas en favor de la señora Puentes de Dueñas, la que arrojaron la suma de $1.535.307, suma que sería cancelada por parte de Medimás EPS; aunado a ello, señaló que tampoco se acreditó por la parte interesada el pago de las incapacidades que reclama, por lo que debía absolverse de los pedimentos elevados.

Por su parte, Medidas EPS S.A., adujo que contrario a lo indicado por la parte actora, .e fueron reconocidas las incapacidades por la suma de

[1] Cfr. Fl. 45.

$3.242.522 y por el monto de $3.974.164, monto que será reconocido por parte de la EPS, de conformidad con el auto proferido el 26 de octubre de 2017, dentro del proceso tramitado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección "A", ello con el fin de para la vulneración de los derechos colectivos de los usuarios al acceso a la seguridad social.

La *aquo* profirió sentencia el 23 de octubre de 2020, en la que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; conclusión a la que arribó al considerar, que la liquidación de dicha prestación no debe efectuarse conforme con el IBC, ya que dentro del mismo se pueden incluir factores que no son salariales y pueden generar liquidaciones incorrectas, por lo que deben ser calculadas con el salario devengado, por lo que una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se advierte que Cafesalud reconoció la prestación en un monto superior al que debió ser cancelado, pues la misma arrojaba la suma de $3.153.283,70 y se pagó el monto de $4.309.771 y respecto de los intereses moratorios, advirtió que la suerte de lo principal lo corre lo accesorio, por lo que tampoco era procedente su concesión.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en la oportunidad correspondiente.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Afirmó el recurrente que no está de acuerdo con la decisión proferida por el aquo, en el entendido que si bien se afirmó que el IBC no es igual que el salario, también lo es, que el artículo 127 del C.S.T. establece los elementos constitutivos del salario, que establecen otros factores

adicionales a la asignación básica mensual, mientras, que el IBC es la base para efectuar el aporte en el Sistema de Seguridad Social y Parafiscales, los que se encuentran establecidos en el decreto 1158 de 1994, por lo que al efectuarse el pago por la totalidad de factores sin importar si son o no salariales, deben tenerse en cuenta al momento de realizarse a liquidación. Que en el caso bajo estudio, se advierte que la señora Gladis Amanda para los meses de febrero y julio de 2016 anteriores a las incapacidades, devengó salario, y prima técnica de formación avanzada por la suma de $6.790.000, lo que generaba un pago por conceptos de incapacidad de $4.526.666 y $4.224.888, para un total de $8.751.554, existiendo una diferencia sin pagar por la suma de $703.631.

Con base en lo anterior, la activa solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada, para que en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, lo mismo que la idea según la cual, el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de estos presupuestos legales, abordará el estudio de la alzada.

En esas condiciones, corresponde tener en cuenta que, al no haber sido objeto de inconformidad por la recurrente, permanecen incólumes las

conclusiones a las que arribó la servidora judicial de primer grado relativas al derecho en cabeza del accionante al pago de la incapacidad; máxime cuando la recurrente Cafesalud EPS S.A. adujo el pago de la prestación a la demandante.

En ese orden de ideas, debe advertirse que el monto y la distribución en el pago de los aportes al Régimen Contributivo en Salud se encuentran reglados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, no obstante, en el parágrafo 1° de la misma normatividad, establece que las personas vinculadas con contrato de trabajo o que sean servidores públicos tendrán la misma base de cotización regulada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De acuerdo con lo anterior, es necesario establecer los conceptos que se entienden por la base de cotización, los que si bien no se encuentran debidamente establecidos para el Sistema de Salud, sí fueron tratados para el tema de los aportes al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, estando regulados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que establece:

*"**ARTÍCULO 1°.** El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:*

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados;".

Así las cosas, la base de cotización se encuentra conformada por la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, la prima de antigüedad, ascensional o de capacitación cuando sean factor salarial, la remuneración por trabajo dominical o festivos, el trabajo suplementario, de horas extras o en jornada nocturna y la bonificación por servicios prestados, conceptos respecto de los cuales se debe efectuar el aporte correspondiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sin embargo, debe precisarse que el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999, establece que se tomará como base para el cálculo de los aportes el valor de la nómina pagada o los ingresos percibidos en el mes calendario anterior al riesgo que se pretende cubrir.

De acuerdo con lo anterior, debe precisarse que las normas enunciadas en un primer momento establecieron que la asignación básica mensual y unos factores salariales, hacían parte de la base de cotización, no obstante, con regulación posterior, se amplió lo concerniente a la base de cotización, en el sentido que la misma correspondería al pago efectuado en nómina o al monto de los ingresos percibidos en el mes anterior.

Así las cosas, se advierte que la parte actora allegó soporte de pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral de la trabajadora Glasi Amanda Puentes de Dueñas visible a folio 16 del plenario, de la que se puede extraer que se reportó un IBC en salud por la suma de $6.790.000 para los meses de febrero y julio de 2016, mensualidad anterior a las incapacidades, que se otorgaron a partir del 30 de marzo y finalizó el 28 de abril de 2016 y a partir del 31de agosto y finalizó el 29 de septiembre de 2016, y respecto de la cual en su momento se procedió con el pago del 12.5% correspondiente, girándose en favor del Sistema General de Seguridad Social en Salud la suma de $848.700.oo, para cada mensualidad, por lo que siendo dicho monto el percibido como ingreso en el mes anterior, es sobre dicho valor que debe calcular el valor de la liquidación correspondiente a la incapacidad.

Así las cosas, como como cada una de las incapacidades otorgadas se generó por espacio de 30 días y como quiera que los dos primeros días deben ser asumidos por parte del empleador, se efectuará el cálculo por los 28 días restantes de cada mensualidad, operación en la que se tendrá en cuenta el porcentaje establecido en la ley correspondiente al 66.67%, debiéndose hacer una claridad por parte de la Sala de Decisión, que contrario a lo informado por el aquo, dentro del plenario sí se encuentra el pago de ambas incapacidades por parte del empleador, conforme se puede evidenciar a folios 17 (nómina de mayo) y 27 (nómina de octubre).

En ese orden de ideas, se encuentra que las incapacidades debieron ser pagadas por parte de las EPS por la suma de $4.225.100 cada una de ellas, para un total de $8.450.200, sin embargo, de acuerdo con el dicho de la propia demandante, le fue cancelado por parte de las demandadas las sumas de $4.309.771 y $3.974.164, para un total de $8.283.935, generándose una diferencia a favor de la Dian por la suma de $166.265,

fundamentos por los cuales se debe revocar la decisión de primer grado, imponiendo el pago de tal diferencia en cabeza de Cafesalud EPS S.A. en Liquidación, como quiera que para el momento en que se expidieron las incapacidades, era dicha entidad la encargada en proceder con su reconocimiento y pago.

De igual forma, es necesario advertir que no es posible reconocer la reliquidación de las incapacidades por el monto solicitado por la parte actora, en el entendido que si bien dicha entidad reconoció tales prestaciones por un monto superior, también lo es, que el cálculo se realiza conforme con el IBC reportado por el empleador y como quiera que el mismo no es superior al ya establecido, se hace imposible ordenar el pago en los términos solicitados en la demanda.

Ahora bien, frente al estudio de los intereses moratorios, se debe partir de que el artículo 206 de la ley 100 de 1993, establece que las obligadas a reconocer el pago de incapacidades generadas por enfermedad general son las Empresas Promotoras de Salud, quienes a su vez, pueden subcontratar tales prestaciones con compañías aseguradoras, estableciéndose a su vez, en el artículo 24 del decreto 4023 de 2011 y en el numeral 2º del artículo 2.1.1.3 del Decreto Ley 780 de 2016, el término en el cual se debería reconocer las mismas, así:

"***Artículo 24.*** *Pago de prestaciones económicas. (...)*

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de

prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

***Parágrafo 1°.** La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.*

***Parágrafo 2°.** De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.".*

De acuerdo con la norma transcrita, se advierte que la EPS debe proceder con el reconocimiento directo o transferencia electrónica de las prestaciones económicas en el término de 5 días hábiles contados a partir de la autorización, teniendo 15 días hábiles adicionales para la revisión y liquidación de las mismas, previa solicitud del aportante.

No obstante, para la concesión de los intereses de mora, es necesario que la parte actora acredite la solicitud de reconocimiento de las incapacidades, presupuesto que se encuentra demostrado en el proceso, pues la DIAN no solo radicó el cobro de las incapacidades, sino además, solicitó el pago de las diferencias el 2 de febrero de 2018, respecto de 14 y 194 incapacidades, dentro de la cuales se encuentra las de la señora Gladis Amanda Puentes de Dueñas, escrito en el cual, incluso se solicitó el reconocimiento y pago de los intereses de mora.

Así las cosas, debe precisarse que las incapacidades radicadas el 2 de febrero de 2018, tenían como fecha máxima para su reconocimiento y pago el día 2 de marzo de 2018, por lo que los intereses moratorios deben correr a partir del día 3 del mismo mes y año, y hasta el momento en que se realice el pago completo de la incapacidad, respecto del valor adeudado, pues existe un saldo en favor de la DIAN por la suma de $166.265.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la decisión proferida, que absolvió a la demandada de los pedimentos de elevados, para en su lugar, condenar a la demandada Cafesalud EPS S.A. en Liquidación, a reconocer y pagar la suma de $166.265.oo, como diferencia de la incapacidad reconocida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONDENAR** a Cafesalud EPS S.A. en Liquidación, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios que se generen respecto de la suma de $166.265.oo, a partir del 3 de marzo de

2018 y hasta el momento en que se produzca su pago, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **TERCERO: SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-000-2021-01611-01. Proceso Sumario de José Nolberto Díaz Grajales contra Salud Total EPS (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

El señor José Nolberto Díaz Grajales convocó a la EPS Salud Total para obtener mediante los trámites propios del proceso verbal sumario, el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas entre el 24 de agosto de 2018 y el 22 de septiembre de 2018 y entre el 25 de septiembre de 2018 y el 24 de octubre de 2018. Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Indica el escrito promotor del litigio, que sufrió accidente de transito el 23 de agosto de 2018, que tuvo como resultado fractura de platillos tibiales Schatzker 6, la que fue tratada en el Hospital Santa Clara y cubierta por el

SOAT; que se le otorgó incapacidad por espacio de 30 días el 24 de agosto de 2018, no obstante, el 21 de septiembre del mismo año, se le otorgó nueva incapacidad por espacio de 30 días; que radicó solicitud ante la demandada para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas el 17 de agosto de 2018, momento en el que le informaron que se autorizarían en el término de 10 días, no obstante, transcurrido dicho término, se comunicó con la EPS, momento en el cual le informaron que no se habían aprobado, pues tenía pagos en mora, por lo que se requerir mayor información debería dirigirse a la parte administrativa de la entidad, a la que acudió su progenitora, dado el estado de salud del demandante, sin embargo, le indicaron que para obtener mayor información debería acercarse el afiliado o emitir carta autorizando a un tercero; que el contrato de prestación de servicios es el único ingreso con el que cuenta el accionante del que obtienen los recursos propios y del hogar, además, que reside en vivienda arrendada y las incapacidades sirven para mantener su congrua subsistencia, para poder efectuar los pagos de alimentación y vivienda.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 11 de diciembre de 2018[1]. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, la peticionada dio contestación dentro del término concedido[2].

En síntesis, la parte pasiva señaló que no es dable el reconocimiento de la incapacidad, por cuanto en el caso del afiliado, esta si bien efectuó aportes

[1] Cfr. Fl. 11.
[2] Cfr, Fls. 18/20.

al Sistema General de Salud, también lo es, que no se acreditan los requisitos del artículo 21 del decreto 1804 de 1999, que dispone que para que sea procedente el pago de las incapacidades, el afiliado debe efectuar el pago de las cotizaciones en forma oportuna al menos dentro de los 4 meses anteriores a la ocurrencia de la incapacidad, situación que no es la del caso, por cuanto dentro de los seis meses anteriores dicho pago fue extemporáneo y por tanto no tiene la cobertura del sistema para el reconocimiento de las prestaciones, toda vez que el pago de la cotización de acuerdo con el artículo 3° del Decreto 1670 de 2007, debía realizarse antes del 6 de cada mes, presupuestos que al incumplirse, generarían una indebida destinación de los recursos parafiscales por las cotizaciones en Salud, por lo que se debe absolver de los pedimentos a Salud Total EPS.

La aquo profirió sentencia el 19 de abril de 2021[3], a través de la cual ordenó a la demandada, proceder con el pago de las incapacidades por un equivalente a 58 días, el que estimó en la suma de $1.510.401,20, junto con la actualización monetaria.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Afirmó el recurrente que no le asiste razón al juez de primer grado, toda vez que no se debería proceder con el reconocimiento y pago de las incapacidades reclamadas, pues el actor no tiene cotizaciones en 4 de los últimos 6 meses al momento de conferirse la incapacidad, tal como lo señala el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, pues presenta pago en los

[3] Cfr. Fls 35/37.

meses de enero, febrero, junio y julio; además, que el pago de las dos últimas cotizaciones los efectuó fuera del término concedido conforme con el artículo 4° del Decreto 1670 de 2007, por lo que de ordenarse dicho pago, se estaría contraviniendo la debida destinación de los recursos públicos obtenidos por el pago de la cotización al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por los artículos 126 y 127 de la Ley 1438 de 2011, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, lo mismo que lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2008 según la cual, el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de estos presupuestos legales, abordará el estudio de la alzada.

Observa la Sala, que el accionante, señor José Nolberto Díaz Grajales acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento de las incapacidades extendidas por los períodos comprendidos entre el 24 de agosto y el 22 de septiembre de 2018 y entre el 25 de septiembre y el 24 de octubre de 2018.

De acuerdo con lo anterior, la entidad demandada manifiesta su inconformidad amparándose para ello en lo dispuesto en los artículos 21 del

Decreto 1804 de 1999 y el artículo 4° del Decreto 1670 de 2007, que disponen:

"Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.
Esta disposición comenzará a regir a partir del 1° de abril del año 2000.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el

pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.

5. Derogado por el art. 20. Decreto Nacional 783 de 2000. No tratarse de incapacidad generada por la atención de una exclusión del Plan Obligatorio de Salud o las complicaciones de dichas exclusiones, conforme las disposiciones legales."

*"**Artículo 4°.** Plazos para la autoliquidación y el pago de los aportes a los subsistemas de la Protección Social para trabajadores independientes. Los trabajadores independientes efectuarán sus aportes en las fechas que se indican a continuación:*

Dos últimos dígitos del documento de identificación	***Día hábil de vencimiento***

00 al 07	*1 °*
08 al 14	*2°*
15 al 21	*3°*
22 a128	*4°*
29 al 35	*5°*
36 al 42	*6°*
43 al 49	*7°*
50 al 56	*8°*
57 al 63	*9°*
64 al 69	*10*
70 al 75	*11*
76 al 81	*12*
82 al 87	*13*
88 al 93	*14*
94 al 99	*15",*

Así, de la norma en precedencia se colige que para efectos del **reconocimiento de la incapacidad a cargo de la EPS es indispensable que el trabajador independiente haya** cancelado en forma completa sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud y, una vez verificado ello, que los por lo menos cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho, los pagos efectuados hubieran sido en forma oportuna, es decir, que se requiere que no se tenga deuda alguna con las Entidades Promotoras de Salud o con las

Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que se deban efectuar a dichas entidades.

No obstante lo anterior, como es claro, la responsabilidad en el recaudo de los aportes corresponde a las entidades promotoras de salud, ya que estas son titulares de las facultades que otorga la ley para realizar el cobro de lo adeudado (artículo 24 ley 100 de 1993), razón por la cual no pueden alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de las prestaciones económicas sí previamente recibió los aportes, a pesar de haber sido pagados de manera extemporánea.

En ese orden, si bien es cierto le asiste razón a la parte demandada cuando manifiesta que el demandante no realizó el pago de algunos de los aportes en las fechas estipuladas, en el sub examine la de mayo de 2017 fue cancelada el 7 de junio del mismo año, junio se pagó el 22 del mismo mes y año, julio se canceló el 13 y agosto se pagó el 31, no lo es menos que la encartada no puede evadir el pago de sus obligaciones, escudándose en el pago extemporáneo de las cotizaciones, cuando se confirma que la misma se ha allanado a la mora del empleador o cotizante al recibir los citados pagos, pues no es razonable que se reciba los aportes y sin embargo, no se tenga derecho a la prestaciones asistenciales y económicas, lo que generaría enriquecimiento sin causa.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos entre otras la sentencia T- 138 de 2014 en la que manifestó: *"Esta corporación ha dado aplicación a la figura del allanamiento a la mora en materia de pago de incapacidades laborales por enfermedad, indicando que si las EPS no emplean oportunamente los mecanismos legales de los que disponen para oponerse al pago extemporáneo de la cotizaciones de sus afiliados, no pueden negarse luego*

al reconocimiento y pago de las incapacidades, alegando la excepción de contrato no cumplido", situación que conlleva a que sea la EPS la responsable en el pago de la incapacidad reclamada, situación por la cual se debe confirmar la decisión de primer grado, frente al ítem estudiado.

Aunado a lo anterior, por cuanto tal como lo refirió la falladora de primer grado, en el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016, se estableció la forma en la que se estableció el presupuesto para el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general, en los siguientes términos:

> *"**ARTÍCULO 2.1.13.4. INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD GENERAL.** Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.*
>
> *No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando estas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones.".*

En ese orden de ideas, se advierte que en efecto el señor Díaz Grajales cotizó más de las 4 semanas que exige la norma para el reconocimiento de la prestación económica, por lo que es procedente el reconocimiento de la indemnización deprecada, enfatizando, que no se hace necesario efectuar el cálculo de la prestación reconocida, como quiera que dicho aspecto no fue objeto de apelación por la parte interesada, así como el concerniente con la actualización monetaria de la misma.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin Costas en las instancias.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión de primera instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-000 2022 00059 01. Proceso Sumario de Adriana Carolina Tacuma Rodríguez contra Nueva EPS S.A. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

La señora Adriana Carolina Tacuma Rodríguez en nombre propio convocó a Nueva EPS S.A. para obtener mediante los trámites propios del proceso verbal sumario, se declare que la actora tiene derecho al reconocimiento de la incapacidad otorgada en su favor y como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de la misma en la suma de $17.900.000. Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

En lo que interesa al asunto adujo la accionante que en el mes de abril de 2014 fue diagnosticada con la enfermedad Túnel del Carpo Izquierdo y Bursitits de hombro izquierdo, por lo que se le ha otorgado incapacidades continuas hasta el mes de marzo de 2018; que los primeros 180 días de

incapacidad fueron pagados por parte de Nueva EPS, esto hasta el mes de agosto de 2015; que a partir del 25 e agosto de 2015 y hasta el 27 de febrero de 2018 ninguna entidad volvió a reconocer el pago de incapacidades, no obstante, a partir del día 540 le corresponde dicho pago a la EPS, sin embargo, en el interregno que no fueron canceladas las incapacidades, adujo que se acercó tanto a la EPS, como al fondo de pensiones, entidades que no le dieron la debida información para saber respecto de que entidad se debía predicar el pago, afectándose su mínimo vital; que se acercó a la Superintendencia Nacional de Salud para comentar su caso, entidad que le ayudó a instaurar queja, la que una vez conocida por la EPS, emitió respuesta el 9 de mayo de 2018, en la que se le informó a la actora que el pago lo debería hacer el fondo de pensiones; que interpuso acción de tutela el 26 de abril de 2018, la que se negó por desapego al principio de inmediatez, pues las incapacidades se otorgaron desde el año 2015; que le fue entregado el dictamen de pérdida de capacidad laboral, en la que se estableció un porcentaje del 11.60% y una fecha de estructuración para el días 18 de julio de 2018; que radicó nuevamente solicitud de pago ante Nueva EPS el 26 de noviembre, obteniendo respuesta el 27 del mismo mes, en la que se le informó que no era procedente el pago de las incapacidades, ya que la PCL era inferior al 50%, por lo que debería ser reubicada en la empresa; que en la empresa fue reubicada, no obstante, debía hacer unas prácticas del SENA, sin embargo, su empleador no le otorgó el permiso respectivo y por ello se vio en la necesidad de renunciar, encontrándose sin vínculo laboral activo al momento de radicar la demanda.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 8 de marzo de 2019, en la que vinculó a Nueva EPS S.A. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, la accionada guardó silencio.

La *aquo* profirió sentencia el 28 de mayo de 2021, en la que ordenó a Nueva EPS S.A. a pagar la suma de $19.873.115,oo, con ocasión de la incapacidad concedida a la señora Adriana Carolina Tacuma Rodríguez, junto con la actualización monetaria hasta el momento en que se produjera el pago; conclusión a la que arribó al considerar que a la demandante se le debía pagar las incapacidades generadas incluso con posterioridad al día 540, quedando a cargo de dicho pago la EPS, más aún, cuando se emitió concepto favorable de rehabilitación de la actora y se estableció un PCL inferior al 50%, por lo que no se encuentra excluida del pago de incapacidades.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada a través de su apoderado interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La impugnante sostiene que le fue notificada la sentencia el 2 de julio de 2021, sin embargo, no le fue notificada la existencia de la demanda a Nueva EPS S.A. y por tanto no pudo defender sus intereses mediante el ejercicio del derecho de defensa para controvertir la condena por $19.873.115, por lo que se incurrió en la causal de nulidad ante la indebida notificación del auto admisorio de la demanda. Así mismo, señaló que el artículo 488 del C.S.T., establece una prescripción de 3 años contados a partir del momento en que se hizo exigible la obligación, situación que ocurre en el caso bajo estudio, ya que las incapacidades fueron otorgadas por el período comprendido entre el mes de agosto de 2015 y el mes de marzo de 2016, por lo que para el momento en que se emitió el auto admisorio de la demanda, 8 de marzo de 2018, ya habían transcurrido los tres años de que trata la norma, situación que ocurre en igual sentido respecto de las incapacidades comprendidas entre el mes de marzo de 2016 y el 27 de febrero de 2018, por lo que la actora perdió el derecho al reconocimiento y pago de tales prestaciones.

Aunado a lo anterior, refirió que para el momento en que se emitió el auto admisorio de la demanda, la Superintendencia Nacional de Salud ya no tenía competencia para decidir el fondo del asunto, como quiera que la Ley 1949 de 2019, estableció como fecha última el día 8 de enero de 2019 y el auto admisorio se profirió el 8 de marzo de la misma anualidad, por lo que el competente para decidir la litis era la jurisdiccional ordinaria laboral.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, así como se recuerda que el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de este presupuesto legal, abordará el estudio de la alzada.

Ahora bien, de acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en virtud de lo establecido en el artículo 66A del C.P.T y S.S., el análisis de la Sala se circunscribe al estudio de las inconformidades planteadas en el escrito de interposición del recurso, atendiendo las razones de disenso expuestas en la sustentación por la recurrente, ya que todo aquello cuya revocatoria no se impetra con las debidas motivaciones ha sido aceptado por la apelante.

Adujo el apoderado de la demandada Nueva EPS S.A., que no es procedente la condena impuesta en primer lugar, por cuanto no se notificó en debida forma la existencia de la demanda a la encartada y por ello no pudo ejercer su derecho de defensa, en segundo lugar, por cuanto ya había trascurrido el término trienal consagrado en el artículo 488 del C.S.T. y en tercer lugar, por

cuanto para el momento en que asumió la competencia la Superintendencia Nacional de Salud, ya no era el órgano competente para decidir, sino que lo era la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Para resolver el primer punto de inconformidad, debe partirse que la encartada adujo la causal de nulidad contemplada en el numeral 8° del artículo 133 del C.G.P., aplicable al procedimiento laboral por remisión normativa consagrada en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., y no es otra, que cuando no se notifica en debida forma el auto admisorio de la demanda a personas determinadas.

Así las cosas, se advierte que contrario a lo indicado por la demandada, la Superintendencia Nacional de Salud sí procedió con la notificación del auto admisorio en debida forma, tal y como se desprende de la remisión vía correo electrónico visible a folio 8 del plenario, en la que consta que la decisión adoptada se remitió al correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co, y en la cual se hace referencia al proceso jurisdiccional J-2018-3452

Aunado a lo anterior, es necesario precisar que la demandada en el certificado de existencia y representación legal incluyó como correo para notificaciones judiciales el de secretaria.general@nuevaeps.com.co, dirección electrónica al que se remitió el correo de notificación, de lo que se puede deducir que la encartada tenía conocimiento de la existencia del proceso que se adelantaba en su contra.

Ahora bien, no es posible acoger el dicho de la encartada, respecto a que la misma entidad emitió certificación en la que consta que no se advierte notificación alguna por parte de la Superintendencia Nacional de Salud del auto admisorio de la demanda, ya que si bien se aportó el mencionado documento, que no se logra comprender como la demandada Nueva EPS sí

tuvo conocimiento y fue notificada en debida forma de la sentencia proferida y no respecto de la admisión del litigio, en el entendido que ambas decisiones fueron remitidas al mismo correo electrónico, tal y como se desprende de los folios 8 y 22 del plenario, de lo que se advierte que las notificaciones se practicaron en debida forma y por tanto no hay lugar a declarar nulidad alguna dentro del litigio.

Ahora bien, es necesario precisar que si bien la encartada en el recurso aduce como defensa la declaratoria de la excepción de prescripción, también lo es, que dicho medio exceptivo debe ser propuesto por la parte interesada en el momento procesal oportuno, que no es otro que en la contestación de la demanda y no esperar hasta que el proceso salga desfavorable, para interponer o aducir dicha excepción.

Sin embargo, se procederá con el estudio de la prescripción, en el supuesto que los dineros recolectados por pate de las EPS, son dineros que pertenecen al Sistema Integral de la Seguridad Social y por tanto deben tener una especial protección, por lo que se debe partir de los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., que disponen la prescripción de los derechos laborales cuando ha transcurrido un término de tres años, contados a partir del momento en que se ha hecho exigible la obligación, término que se interrumpe con el simple reclamo escrito del interesado.

Así las cosas, se advierte que la primera incapacidad que se reclama por la señora Adriana carolina Tacuma Rodríguez fue concedida a partir del 25 de agosto de 2015 y hasta el 22 de septiembre de 2018, otorgándose en total 56 incapacidades, siendo concedida la última por el período comprendido entre el 9 de febrero y el 22 de febrero de 2018, advirtiéndose, que si bien no se encuentra dentro del plenario prueba alguna que acredite la reclamación presentada, también lo es, en primer lugar, que al no haberse presentado contestación de la demanda, los hechos susceptibles de confesión ser tendría

por ciertos y en segundo lugar, por cuanto con la interposición de la acción de tutela por parte de la actora en la que se reclamó el pago de las incapacidades, se agotó la reclamación administrativa, en el entendido que si bien se negó el amparo deprecado ante la falta de cumplimiento del principio de inmediatez, también lo es, que para el momento en que se profirió la sentencia por parte del Juzgado 38 Penal del Circuito de Conocimiento el día 26 de abril de 2018, la enjuiciada Nueva EPS, ya tenía conocimiento de la reclamación que venía efectuando la señora Tacuma Rodríguez, pues dicha Entidad Promotora de Salud presentó contestación a la tutela, de lo que se advierte, que no transcurrieron los tres años de que trata la norma para declarar el efecto prescriptivo, menos aún, cuando la demanda se radicó el 28 de diciembre de 2018.

Finalmente, en lo que tiene que ver con que la Superintendencia Nacional de Salud carecía de competencia para decidir de fondo el litigio, contrario a lo afirmado por la pasiva, la aquo sí contaba con la competencia para decidir el asunto puesto a su conocimiento, como quiera que se reitera, la reclamación se presentó el día 28 de diciembre de 2018, esto es, con anterioridad a la expedición de la Ley 1949 de 2019, la que cobró vigencia el día 8 de enero de 2019, sin que se haga necesario efectuar un pronunciamiento mayor frente a las incapacidades y montos reconocidos por la falladora de primer grado, en el entendido que los mismos no fueron objeto de reproche por la interesada; fundamentos por los cuales, se confirmará la decisión de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal.

DECISIÓN:

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

Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE; CONFIRMAR** la decisión de primera instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. Costas en la alzada a cargo de la recurrente, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $500.000,oo, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 007 2014 00266 01. Proceso ordinario de Hernán Garzón Gil y Aristóbulo González Garzón contra Asfaltos Herrera SAS y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (Apelación Sentencia)

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

ANTECEDENTES

Solicitan los demandantes mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, en la forma en que se reformó la demanda, que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial respecto de los cuales la demandada Asfaltos la Herrera SAS es solidariamente responsable; se condene a las demandadas en forma solidaria al reconocimiento y pago de

primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías e indemnización moratoria.

Con idénticas pretensiones de condena, en forma subsidiaria solicitan, se declare que el Consorcio Luz fue su empleador y que la demandada Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial debe responder por sus acreencias laborales en condición de beneficiaria de la actividad laboral que prestaron.

Como sustento de sus súplicas afirman que las sociedades Cortazar y Gutiérrez Ltda. y Asfaltos la Herrera SAS conformaron el Consorcio Luz, el cual suscribió contrato con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, para ejecutar obras de mantenimiento vial en la ciudad de Bogotá.

Afirman que fueron contratados por el Consorcio Luz para la ejecución del contrato de obra celebrado con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, así: Aristóbulo González Garzón del 22 de marzo de 2011 al 17 de mayo de 2012 como Oficial de Obra, con una remuneración promedio mensual de $759.000,oo; y, Hernán Garzón Gil del 22 de agosto al 21 de septiembre de 2012 como Ayudante de moto niveladora, con una remuneración promedio mensual de $566.700,oo.

Señalan que en la práctica el Consorcio Luz suministró personal para el mantenimiento de la malla vial de Bogotá a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, la que eventualmente suministraba la infraestructura e instrumentos de trabajo para la ejecución y un grupo de sus representantes les impartían órdenes e instrucciones.

Aducen que prestaban servicios en cumplimiento de un horario de trabajo de 7:00 am a 4:00 pm, frente a cuyo incumplimiento recibían llamados de atención, por parte tanto del Consorcio Luz como por parte de los representantes de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.

Refieren que la terminación de sus contratos de trabajo, se les quedaron adeudando los siguientes conceptos: a Aristóbulo González Garzón las primas, las vacaciones, las cesantías y los intereses a las cesantías correspondientes al año 2012; y a Hernán Garzón Gil el salario, las primas, las vacaciones, las cesantías y los intereses a las cesantías por el periodo comprendido entre el 22 de agosto al 21 de septiembre de 2021, e indicó que no fue afiliado al sistema de seguridad social.

La demandada Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones, adujo en su defensa que en ningún m momento fue la empleadora de los demandantes. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación a cargo de la UAERMV y cobro de lo no debido.

Si bien la demandada Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial llamó en garantía a la aseguradora Previsora Compañía de Seguros, éste fue rechazado mediante providencia del 4 de agosto de 2015[1].

El agente liquidador de la demandada Asfaltos la Herrera SAS, se opuso a las pretensiones al considerar las obligaciones reclamadas son inexistentes, se encuentran prescritas y que además los accionante no se hicieron parte dentro

[1] Cfr fl 295.

del proceso de insolvencia. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, prescripción e imposibilidad de exigir obligaciones cuando no se hizo parte dentro del trámite previsto en la Ley 1116 de 2006.

El *aquo* declaró la existencia de la relación laboral reclamada con el Consorcio Luz, sin embargo absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que al haberse desistido de las pretensiones de la demanda frente a una de los integrantes del Consorcio Luz, a su juicio se desintegró el litisconsorcio necesario, y esta circunstancia impedía resolver de mérito.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de los demandantes interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente se revoque la decisión de primer grado, y para ello aduce en esencia, en primer término, que el servidor judicial de primer grado debió haber declarado la existencia del vínculo laboral respecto del consorcio demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 80 de 1990, el cual les da la capacidad para contratar; pero que las condenas se imponen a quienes los integran, sin que a su juicio exista un litisconsorcio necesario, sino uno de carácter facultativo.

De otra parte solicita se tenga en cuenta que el artículo 151 del C.P.T. y S.S. establece la figura de la interrupción de la prescripción, y que no se les

puede exigir a los demandantes que se hicieran parte dentro del proceso de liquidación por cuanto el mismo es para cobrar y no para declarar derechos.

Añade en el mismo sentido que de acuerdo con los diferentes documentos aportados se encuentran acreditados los extremos temporales del vínculo y que si bien se aducen pagos, los mismos no fueron acreditados de manera certera y que es procedente acceder al reconocimiento de la indemnización moratoria en la medida que no le es dado a la demandada alegar su propia culpa, pues la falta de pago devino la declaratoria de caducidad del contrato, la destinar los recursos suministrados para otras cosas.

De otra parte indica que si en segunda instancia se cambiara de posición y se considerara que el verdadero empleador es la Unidad de Mantenimiento Vial, ello que implicaría que se están transgrediendo todas las normas que prohíben la tercerización de la actividad laboral, pues claramente se están contratando unas empresas para que los aprovisionen de empleados.

Afirma que el artículo 34 del C.S.T. impide que aquellas personas que en principio deberían estar pagando salarios y prestaciones eviten esos pagos o se escuden en la contratación de terceros, y que para ello solo son necesarios dos requisitos, que para el caso serían que la actividad del trabajador beneficie a la entidad, lo que considera resulta evidente porque los que los demandantes estaban haciendo precisamente es el mantenimiento de la malla vial de Bogotá, siendo este el propósito de la Unidad Administrativa Especial demandada de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 116 de 2006.

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

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.PT. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a determinar en primer término los motivos de orden procesal que expone el recurrente en relación con la inexistencia del litisconsorcio que declaró el servidor judicial de primer grado; y de superarse tal aspecto determinar si es procedente el reconocimiento de las acreencias laborales deprecadas y si las demandadas son solidariamente responsables en su reconocimiento.

El servidor judicial de primer grado, aun cuando declaró la existencia del vínculo laboral que se reclamaba con el Consorcio Luz, absolvió a las demandadas al considerar que al haberse desistido de las pretensiones respecto de una de las personas que integraban el referido consorcio, no era procedente proferir decisión de mérito.

Frente a este primer aspecto, considera la Sala oportuno advertir que si bien la máxima Corporación de Justicia Laboral sostuvo que los Consorcios y las Uniones Temporales al no ser una persona diferente de aquellas que la conforman no podían ser considerados sujetos procesales y sus integrantes se consideraban litisconsortes necesarios <<radicado 35.043 del 24 de noviembre de 2009[2]>>, también lo es, que mediante las sentencias SL462 y SL 676 de 2021 luego de diferenciar la capacidad para ser parte de la capacidad para comparecer al proceso, varió el anterior criterio "*...para ahora establecer que las uniones temporales y consorcios sí tienen capacidad para ser parte y*

[2] "(...) En nuestro régimen legal, artículo 7° de la Ley 80 de 1993, la unión temporal no constituye una persona jurídica distinta de las que la integran, y no obstante que tienen responsabilidad solidaria, ha entendido la jurisprudencia que en la medida en que la norma que las regula ha previsto las sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del objeto contratado, las cuales *'se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal'*, cuando concurren al proceso como demandantes ora como demandados, se debe integrar litisconsorcio necesario por activa o por pasiva según corresponda con todos y cada uno de los unidos temporalmente." Resalta la Sala

comparecer al proceso a través de su representante legal, y sin que deba constituirse un litisconsorcio necesario con cada uno de sus integrantes, y en esa medida pueden responder por las obligaciones de sus trabajadores, así como cada uno de sus miembros solidariamente."

De acuerdo con la nueva orientación dada por la máxima Corporación de Justicia Laboral, dimana con meridiana claridad no solo que las uniones temporales y consorcios tienen capacidad para ser parte, sino que además entre sus integrantes no se presenta un litisconsorcio necesario.

Por tanto, si bien en el asunto no se convocó al representante del consorcio demandado, sino tan solo a una de las personas que lo conforman, contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado, y acogiendo la nueva hermenéutica sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ello no es óbice para emitir un pronunciamiento de fondo en la medida que no se está en presencia de un litisconsorcio necesario

Superado el escollo de orden procesal que expuso el servidor judicial de primer grado para no pronunciarse en relación con las pretensiones de condena, y en lo que interesa al fondo del asunto, considera la Sala oportuno precisar que si bien el recurrente deja abierta la posibilidad de que se determine si la condición de verdadero empleador la tuvo la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, lo cierto es que no cuestionó la conclusión a la que arribó el servidor judicial de primer grado conforme con la cual, la relación laboral de los demandante se dio fue con el Consorcio Luz, y bajo tal entendimiento acorde con el principio de consonancia que establece el ya citado artículo 66A del C.P.T. y S.S. la Sala no se adentrará en el análisis de tal aspecto; máxime cuando tampoco fue cuestionada por la demandada Asfaltaos la Herrera SAS en liquidación.

En consecuencia, conforme lo concluyó el servidor judicial de primer grado, se tiene que los demandantes estuvieron vinculados laboralmente con el Consorcio Luz así: Aristóbulo González Garzón entre el 22 de marzo de 2011 y el 17 de mayo de 2012, y Hernán Garzón Gil del 22 de agosto al 21 de septiembre de 2012.

En cuanto al salario, corresponde tener en cuenta que si bien respecto del demandante Aristóbulo González Garzón se afirma que devengó un salario superior al mínimo legal mensual vigente, lo cierto es, que no existe medio de convicción dentro del plenario que permita establecerlo, de manera que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 132 del C.S.T. para todos los efectos se tendrá que el salario de los demandantes corresponde al mínimo mensual legal vigente.

Por cuestiones de orden metodológico la Sala abordará en primer término el análisis relativo a la responsabilidad solidaria de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial en relación con el pago de las acreencias laborales de los demandantes en condición de trabajadores del Consorcio Luz.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Para resolver lo pertinente, el artículo 34 del CST dispone la existencia de responsabilidad solidaria, en materia laboral, entre el contratante de una obra y sus contratistas, respecto de las obligaciones laborales que surjan a cargo de éstos, salvo que lo contratado sean *labores extrañas a las actividades normales* de la empresa o negocio del contratante.

Con esta previsión normativa el legislador evita que se diluya artificiosamente en terceros la responsabilidad que las normas legales

asignan al empleador en la relación de trabajo, y al mismo tiempo permite al empresario la contratación de labores o servicios especializados sin asumir responsabilidades laborales que le resultarían extrañas por ser tales servicios ajenos a la órbita habitual de sus actividades.

De acuerdo con la norma citada, para definir si existe o no responsabilidad solidaria con un contratista independiente no basta con hacer una comparación simple de los objetos sociales de la empresa contratante y el aludido contratista, sino como lo dice la jurisprudencia laboral, entre otras, en sentencia del 2 de octubre de 2013 dentro del radicado No. 37297 *"...lo que interesa para el efecto no es que los objetos sociales o actividades comerciales del contratista independiente y del beneficiario de la labor sean similares, sino que lo que importa es la conexidad que exista entre las labores desarrolladas por uno y otro..."*; en otras palabras, lo que el juzgador debe examinar, además de las actividades que describen el objeto social en documento como el certificado de Cámara y Comercio, es que aquellas se relacionen con el objeto social, bien porque las complemente o porque hagan parte de la transformación, manipulación o mantenimiento de la cadena productiva como forma de dar prevalencia a la realidad de la actividad desempeñada sobre las formalidades comerciales.

Descendiendo al caso objeto de estudio es del caso tener en cuenta que de conformidad con el artículo 109 del Acuerdo 257 de 2006, la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial tiene "*...por objeto programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar rehabilitación y mantenimiento de la malla vial local...*" y más adelante en la misma disposición se previó como función la de "*Programar y ejecutar los planes y proyectos de rehabilitación y mantenimiento de la malla vial local*"; objeto y funciones que coinciden con el objeto del contrato celebrado entre la referida Unidad Administrativa y el Consorcio Luz en

cuya cláusula primera se estableció: "*OBJETO DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA se compromete para con la UMV a realizar la EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES OPERATIVAS Y ADMINITRATIVAS COMPLEMENTARIAS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL DE LA CIUDAD A CARGO DE LA UNIDAD ADMINITRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL...*[3]"

En consecuencia, y sin lugar a dudas a juicio de la Sala, surge la responsabilidad solidaria que pregona el artículo 34 del CST entre el empleador Consorcio Luz y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento de la Malla Vial, en la medida en que ésta última entidad encargó a un tercero la ejecución de actividades propias de su objeto y funciones.

En este punto, la Sala considera oportuno precisar que el responsable solidario o dueño de la obra es garante de las obligaciones del empleador, de suerte que ostentar esa posición de respaldo frente a las obligaciones que le competente al contratista con respecto al trabajador, le impone la asunción de todos los compromisos, incluso indemnizatorios; de ahí que como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, frente al obligado solidario no procede el examen de su conducta sino de un criterio objetivo, que no es otro que la posición de garante. De ello puede consultarse, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 21 de agosto de 2013, dentro del radicado No. 41936.

PRESCRIPCIÓN:

Para resolver acerca de la prosperidad de este medio exceptivo propuesto tanto por la Unidad Administrativa Especial de Mantenimiento de la Malla

[3] Cfr fls 31 a 36.

Vial[4] como por la demandada Asfaltos la Herrera SAS[5], para lo cual se considera oportuno señalar que el inciso 2° del artículo 2513 del C.C. adicionado por la Ley 791 de 2002, dispone claramente, que la prescripción puede alegarse por vía de excepción "*por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquier otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella*".

En este orden de ideas, el artículo 488 del CST dispone un término de tres años contados *desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*, y el artículo 151 del CPT y SS establece que *el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, pero solo por un lapso igual".*

En este punto igualmente corresponde tener en cuenta que por mandato del artículo 2450 del CC, cuando se trata de obligaciones solidarias la interrupción de la prescripción que se haga frente a uno de los deudores los afecta a todos, de manera que en el asunto corresponde tener en cuenta la interrupción del término prescriptivo que efectuaron los demandantes ante la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial el 17 de febrero de 2014[6].

Ahora bien, frente a este aspecto considera la Sala igualmente preciso señalar que aun cuando el artículo 94 del C.G.P., previó como presupuesto para que se entienda interrumpido el término prescriptivo con la presentación de la demanda, que la parte accionada se notifique, bien de la admisión de la demanda o del mandamiento de pago, según el caso, dentro del año siguiente a la fecha en que se notificó de una u otra providencia a la

[4] Cfr fl 140
[5] Cfrfls 443.
[6] Cfr fls 20 y 23.

parte actora; también lo es que tanto la Sala Civil como la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia establecieron que dicho término debe aplicarse desde una perspectiva subjetivista, que le impone al servidor judicial la obligación de examinar si el retraso en la notificación del auto admisorio se debe o no a la negligencia del demandante.

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL8716 del 2 de julio de 2014, reiteró el criterio sentado sobre el particular, así:

> *"... esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...»*
>
> *Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente."*

Así las cosas, aun cuando en el presente asunto el auto admisorio de la demanda se notificó a la demandada Asfaltos la Herrera SAS más de un año después de que el demandante fue notificado de la misma providencia, a juicio de la Sala tal circunstancia no le es atribuible a la parte actora, la que

estuvo atenta a remitir oportunamente los citatorios y atender los requerimientos que sobre el particular efectuó el juez de conocimiento.

En tal sentido, de acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, no hay lugar declarar probado el referido medio exceptivo en la medida que los derechos que se reclaman se causaron en el año 2012, los demandantes interrumpieron el término prescriptivo en el año 2014 y presentaron la demanda ese mismo año.

SALARIOS - PRIMAS DE SERVICIO – VACACIONES – CESANTÍAS – INTERESES A LAS CESANTÍAS

Solicitan los demandantes el reconocimiento y pago de primas servicios, las vacaciones, las cesantías y los intereses a las cesantías, y el demandante Hernán Garzón Gil solicita el reconocimiento y pago del salario correspondiente al periodo comprendido entre el 22 de agosto al 21 de septiembre de 2012.

Por lo tanto, establecida como se encuentra la existencia del vínculo laboral de los demandantes, la afirmación por parte de estos de la falta de pago de algunas de sus acreencias laborales constituye una negación indefinida de manera que correspondía a las demandadas demostrar su pago.

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor se tiene que el demandante Aristóbulo Rodríguez Garzón tiene derecho al reconocimiento y pago de las siguientes sumas y conceptos, por cesantías del año 2011 $464.380,oo, por cesantías del año 2012 $311.962,5, por intereses a las cesantías de 2011 $43.187,oo, por intereses a las cesantías de 2012 $18.415,oo, por vacaciones

$358.910,oo, por primas de servicios de 2011 $464.380,oo y por primas de servicios de 2012 $311.962,5; para un total de $1'973.196,oo.

Y el demandante Hernán Garzón Gil, tiene derecho al reconocimiento derecho al reconocimiento y pago de las siguientes sumas y conceptos, por salarios $566.700,oo, por cesantías $47.225,oo, por intereses a las cesantías $472,oo, por primas de servicios $47.225,oo y por vacaciones $23.612,oo, para un total de $685.234,5.

Ahora bien, corresponde a la Sala tener en cuenta que al absolver interrogatorio de parte el demandante Aristóbulo González Garzón reconoció haber recibido aproximadamente la suma de $1'100.000,oo en el mes de enero de 2014, por lo tanto, descontando tal suma del monto total adeudado, corresponde condenar en forma solidara a las demandadas al reconocimiento de la suma de $873.196,oo

En similar sentido el demandado Hernán Garzón Gil al absolver interrogatorio de partes reconoció haber recibido la suma de $1'310.000,oo el 9 de enero de 2014, y en tanto dicha suma resulta superior al valor determinado a su favor, se absolverá a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En lo que respecta al reconocimiento de la indemnización moratoria corresponde tener en cuenta que de antaño jurisprudencialmente se ha dejado sentado que las sanciones que se impongan al empleador como consecuencia del no pago de prestaciones sociales y salarios, como lo es la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST, no son de aplicación automática e inexorable ante el incumplimiento por parte del

empleador, pues el servidor judicial debe analizar la conducta de éste para determinar si hubo buena o mala fe.

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

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

En el asunto, a juicio de la Sala no existe algún motivo que justifique la tardanza en la satisfacción de las acreencias laborales de los demandantes a la finalización de sus contratos de trabajo, con mayor razón si se tiene en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha reiterado que "*la*

iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria"[7]y en el asunto si bien se advierte que las sociedades integrantes de Consorcio empleador se encuentran en estado de liquidación, no es posible determinar que ésta hubiere sido la causa de la falta de pago de las creencias laborales de los demandantes.

En las condiciones analizadas resulta procedente acceder al reconocimiento de la indemnización moratoria a favor del demandante Aristóbulo González Garzón a razón de un día de salario por cada día de mora, esto es $18.890,oo desde el 18 de mayo de 2012, hasta el momento en que se le cancele la totalidad de las acreencias laborales adeudadas.

Y a favor del demandante Hernán Garzón Gil, se accede al reconocimiento por este concepto de la suma diaria de $18.890,oo desde el 22 de septiembre de 2012 hasta el 9 de enero de 2014, data en la que como se advirtió le fueron canceladas la totalidad de las sumas adeudadas; motivo por el que se condenará a las demandadas al reconocimiento y pago de la suma de $8'273.420,oo.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia, las de primer grado a cargo de las demandadas.

DECISIÓN:

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

---

[7] sentencia del 24 de enero de 2012, dentro del radicado 37.288.

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR parcialmente el ordinal tercero de la sentencia impugnada, para en su **CONDENAR** en forma solidaria a las demandadas sociedad ASFALTOS DE LA HERRERA S.A.S. en condición de integrante del CONSORIO LUZ, y a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL, a reconocer las siguientes sumas y conceptos:

A) A favor del demandante ARISTÓBULO GONZÁLEZ GARZÓN $873.196,oo por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones; y la suma diaria de $18.890,oo desde el 18 de mayo de 2012 hasta el momento en que se le cancele la totalidad de las acreencias laborales adeudadas, a título de indemnización moratoria.

B) A favor del demandante HERNÁN GARZÓN GIL la suma de $8'273.420,oo por concepto de indemnización moratoria.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO- COSTAS. Sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 007 2019 00243 01. Proceso Ordinario de Miguel Ángel Amaya Bustos contra Colpensiones y el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 17 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la compatibilidad entre la pensión de vejez a cargo del Colpensiones con la pensión sanción reconocida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003; se

condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de esta última prestación a partir del 4 de julio de 2018, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 4 de julio de 1956 y que por haber prestado servicios para la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 18 de agosto de 1980 hasta el 15 de septiembre de 1991 y ser despedido sin justa causa; el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución 0519 del 4 de abril de 2017 ordenó el reconocimiento y pago de la pensión proporcional de jubilación en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente a partir del 4 de julio de 2016

Refirió que adicional a los tiempos laborados al servicio de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia cuenta con 1.542,29 semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, que corresponden en su integridad a aportes efectuados en el sector privado.

Adujo que el 4 de julio de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez y en respuesta a su solicitud el 25 de julio de la misma anualidad le fue requerida la resolución de reconocimiento de la pensión a cargo del Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Indicó que el 26 de septiembre de 2018 allegó el acto administrativo solicitado y que Colpensiones mediante la Resolución SUB 260079 del 2 de octubre de 2018 negó la pensión de vejez solicitada argumentando que se encontraba pensionado por parte del Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Expuso que en contra de la anterior determinación interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación argumentando la compatibilidad de uno y otro derecho pensional, y que la demandada a través de las resoluciones SUB283035 del 29 de octubre de 2018 y DIR 20414 del 22 de noviembre de 2018 confirmó el acto administrativo recurrido.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demandada en oposición a las pretensiones; Colpensiones[1] reconoció que. si bien el demandante acumula un total de 1.542,29 semanas y que las mismas se efectuaron por empleadores privados, aduce que una y otra prestación no tienen el carácter de incompatibles en los términos del artículo 4° de la Ley 4 de 1992 y el artículo 128 de la Constitución Política. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, entre otras.

El Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia[2] sostuvo que nada tiene que ver con la prestación de vejez que el demandante esta solicitando a Colpensiones. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, falta de título o causa para demandar y confianza legítima.

El servidor judicial de primer grado condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cuantía de $781.242,oo a partir del 1° de octubre de 2018, junto con los intereses de mora causados hasta el 17 de junio de 2020 por la suma de $2'256.518,oo, los intereses que se causen a futuro hasta la inclusión en nómina de pensionados y la

[1] Cfr fls 104 y ss expediente digitalizado. Archivo 1. ORD – 2019-243
[2] Cfr fls 129 y ss ibidem.

indexación de las mesadas que se causen hasta la inclusión en nómina de pensionados.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones, para lo cual aduce, en primer término, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 4° de 1992, nadie puede recibir más de una asignación del tesoro público y que se entiende que hacer parte de este los recursos de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.

De otra parte, solicita se tenga en cuenta que la solidaridad constituye el fundamento el régimen de prima media con prestación definida, no solo frente a aquellas personas que aportan y sus familias, sino en la ampliación de cobertura frente a aquellas personas que no pueden incorporarse al sistema por limitaciones de orden socio económico.

Agrega en el mismo sentido que el principal instrumento del principio del referido principio lo constituyen las cotizaciones, que de acuerdo con la sentencia C-126 de 2000 implica que todos los partícipes del sistema deben contribuir con su sostenibilidad; pero que a su vez no necesariamente impone la existencia de una contraprestación directa.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003; y de ser así, si este derecho es compatible con la pensión sanción que disfruta el accionante por parte del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Con tal propósito, en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez reclamada es del caso tener en cuenta, que no es objeto de discusión entre las partes que el demandante nació el 4 de julio de 1956, que se encuentra afiliado a Colpensiones y que acumula ante dicha entidad un total de 1.542,29 semanas de cotización. Aspectos que por demás se encuentran acreditados

con la cédula de ciudadanía del accionante[3] y el reporte de semanas cotizadas expedido por la demandada[4].

De acuerdo con los anteriores supuestos fácticos y en lo que interesa al fondo del asunto, conviene señalar que para el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de los hombres el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, luego de la modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, actualmente prevé el cumplimiento de 62 años de edad y 1300 semanas de cotización; supuestos que como se advirtió, se encuentran acreditados en el presente asunto.

Establecido como se encuentra el cumplimiento de los requisitos establecidos para el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del demandante, corresponde a la Sala determinar si esta prestación resulta compatible con la pensión sanción que actualmente percibe por parte del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con ocasión a los servicios que prestó en los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 18 de agosto de 1980 y el 15 de septiembre de 1991.

En punto al argumento que expone la recurrente, relativo a la imposibilidad de recibir doble asignación del erario público, basta a la Sala indicar que la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en las sentencias SL10671 de 2016, SL4538 de 2018 y en forma más reciente en la sentencia SL2083 de 2022, ha tenido oportunidad de reiterar que "*...las prestaciones a cargo del sistema general de pensiones no corresponden a una asignación proveniente del erario, pues son el producto de las cotizaciones efectuadas a lo largo de la vida laboral del trabajador*"; de manera que no es de recibo

[3] Cfr Expediente Digitalizado fl 4, Archivo "1. ORD – 2019 243 -EXPEDIENTE COMPLETO CUADERNO PRINCIPAL"
[4] Cfr Expediente Digitalizado fls 5 a 16 ibidem.

para la Sala tal planteamiento, para negar el reconocimiento de la prestación de vejez del accionante,

Ahora, bien en punto a la compatibilidad de una y otra prestación, considera la Sala oportuno traer a colación el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia SL3452 de 2022, en la que al resolver un recurso extraordinario de revisión indicó:

> *"Con respecto a la pensión restringida de jubilación, prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, en lo que a los trabajadores oficiales se refiere, es criterio mayoritario de la Corte que esta no fue subrogada totalmente por el seguro social obligatorio, luego no existe incompatibilidad entre la aludida prestación y la que se encuentra a cargo del sistema general de pensiones."*

Conviene a la Sala tener en cuenta que si bien la Alta Corporación en lo Laboral, entre otras en sentencias SL019 de 2022, SL4374 de 2020, SL224 de 2021 y del 21 marzo de 2012 dentro del radicado 38577; también señaló que la pensión sanción a cargo del empleador eventualmente puede tener el carácter de compartida con la prestación de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales, en los siguientes términos:

> *"Conforme al criterio doctrinal anterior, el cual fue reiterado en la sentencia CSJ 224 de 2021, que memoró lo que se sostuvo en la CSJ SL 11316 de 2016, y que resulta plenamente aplicable al asunto bajo examen, se tiene que el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no derogó la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, y en esa medida, los aportes efectuados a la entidad de seguridad social por el trabajador para el riesgo de vejez, no conducen a subrogar la misma, sino a su compartibilidad, como lo pone de presente la parte recurrente." (Resalta la Sala)*

Advierte la Sala en este punto que el supuesto normativo al amparo del que se prevé la compartibilidad de la pensión sanción con la pensión de vejez a

cargo de Colpensiones, lo es el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, precepto que literalmente establece:

> *"ARTÍCULO 17. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCION. Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado."*

De acuerdo con el precepto normativo en cita, a juicio de la Sala dimana con meridiana claridad que el supuesto al amparo del cual es posible ordenar la compartibilidad de la pensión sanción a cargo del empleador en virtud de la Ley 171 de 1961, con la pensión de vejez a cargo de Colpensiones; es el pago de cotizaciones por parte del empleador que se encuentra reconociendo la pensión sanción; pues en caso contrario se le estaría permitiendo liberarse de su obligación legal con el reconocimiento de una prestación que no ayudó a construir.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, ningún reproche merece la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado al ordenar el reconocimiento de la prestación de vejez a cargo de Colpensiones, pues la pensión sanción a cargo del Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia fue concedida en los términos de la Ley 171 de 1961, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Se precisa en este punto que la pensión sanción no tiene el carácter de compartida con la de vejez que a través del presente juicio se reconoce, en tanto que aquella <<la pensión sanción>>, se causó con ocasión al tiempo de servicios del accionante a la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y la pensión vejez, se causó con ocasión a las cotizaciones que se generaron por tiempos de servicios del accionante a empleadores distintos a la extinta empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia o del Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Ahora; aun cuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, el Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia contaba con la posibilidad de compartir la obligación a su cargo con la pensión de vejez, para ello debía efectuar los aportes correspondientes; situación que no se advierte en el asunto, de manera que se precisa no resulta procedente ordenar el pago compartido de tal prestación; aspecto que por demás no cuestiona dicha entidad en el presente juicio.

Dilucidado lo anterior, corresponde analizar la fecha de reconocimiento de la prestación, así como el monto; aspectos que no merecen a la Sala ningún reparo, en la medida que el demandante efectuó aportes hasta el 30 de septiembre de 2018, y para dicha data ya contaba con la edad mínima requerida para el reconocimiento de la prestación.

Ahora; en lo respecto al monto de la prestación de vejez, se advierte que el servidor judicial de primer grado reconoció el derecho en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, y en tal sentido, como quiera que al tenor de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, ninguna prestación puede ser inferior a dicho valor y la parte demandante no cuestionó tal determinación, no resta más que confirmar la decisión que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado.

En lo respecta al reconocimiento de intereses los moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 1993, es del caso tener en cuenta que estos se encuentran concebidos en relación con la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, pues su objeto es precisamente que una vez se solicite el derecho por parte de su titular y se verifiquen los requisitos que causan la prestación, el responsable u obligado la reconozca y pague dentro del término legalmente establecido a efectos de no causar al aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad de pensiones.

En cuanto al momento de su causación, valga puntualizar que el derecho a recibir el pago de las mesadas no emerge del reconocimiento de la pensión por parte de la entidad que le corresponde, sino, en tratándose de la pensión de vejez, del cumplimiento legal de la edad y el tiempo de servicios o la densidad de cotizaciones, a lo cual se debe adicionar el retiro definitivo del servicio activo tan es así que cuando el reconocimiento se hace con posterioridad al retiro se ordena el pago de los retroactivos respectivos, tal como acaeció en el presente asunto.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los intereses moratorios nazcan también a partir de ese mismo momento, por cuanto existe un punto de partida para establecer su causación, y es el hecho de que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición, de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquel plazo.

Trasladando las anteriores premisas al caso objeto de estudio, en razón a que el derecho pensional fue reclamado con posterioridad a la desafiliación del accionante, hasta el 4 de octubre de 2018[5]; es claro para la Sala que el estado de mora inició a partir del 5 de febrero de 2019.

En este punto corresponde precisar que erró el servidor judicial de primer grado al realizar la liquidación de intereses de mora hasta el 17 de junio de 2020, pues el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé expresamente que los mismos se determinan con "*la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago*", motivo por que el que se modificará la determinación que sobre el particular se acogió en el fallo impugnado.

Así mismo, se revocara la condena impuesta por concepto de indexación de sumas adeudadas, dada su incompatibilidad con el reconocimiento de los intereses de mora

Hasta aquí el análisis de la Sala, no se impondrá condena en costas en esta instancia dado que también se asumió el conocimiento del asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

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

[5] Archivo GRP-FSP-AF-2018_12562953-20181004115650.pdf Exp Adtivo.

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia recurrida, en cuanto condenó a Colpensiones a pagar en forma indexada de las mesadas pensionales; para en su lugar ABSOLVERLA del pago de dicho concepto.

SEGUNDO.-MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia recurrida, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones al reconocimiento de intereses moratorios en la forma establecida en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre todas y cada una de las mesadas pensionales, a partir del 5 de febrero de 2019 y hasta el momento del pago efectivo de la prestación acá reconocida.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Ref.: Radicación N° 110013105 015 2015 00209 03. Proceso Ordinario de Edwar Jovanny Forero Mantilla contra Celmat Cementos Aceros y Materiales SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir

SENTENCIA:

EDWAR JOVANNY FORERO MANTILLA convocó a CELMAT CEMENTOS ACEROS Y MATERIALES SAS para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, reconocimiento de horas extras; reliquidación de acreencias laborales: indemnización por despido; indemnización moratoria; dotaciones; indexación; y, costas procesales.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Laboró para la demandada el 11 de enero de 2011 hasta el 19 de enero de 2014, desempeñando la actividad de conductor, en jornada de lunes a viernes de 8:00

am a 12:00 PM, y sábados de 8:00 am a 1:00 pm, con un último salario mensual de $730.000.

Siempre estuvo subordinado al socio Pedro Alejandro Marun Meyer, de quien recibía maltrato sicológico y verbal, exigiéndole que permaneciera a su disposición en determinadas reuniones a las que asistía mensualmente, siendo muchos los eventos en los que debía cumplir la actividad en jornada adicional a la ordinaria, la cual nunca fue remunerada.

Esa situación condujo a que finalmente el 12 de diciembre de 2013 presentara carta de renuncia, aduciendo equivocadamente motivos personales, pero laboró realmente hasta el 19 de enero de 2014.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 1 de junio de 2015. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderada procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvo que aceptaba unos y los restantes los negó; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 14 de octubre de 2020, ABSOLVIENDO de las pretensiones e impuso costas a cargo de la activa.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo la impugnante que no se pudo probar debidamente el trabajo suplementario, ya que la empleadora maneja sus documentos, por lo que no podía el trabajador obtenerlas, siendo aquella quien debía probar como manejaba el trabajo del empleado, debiendo por lo tanto darse aplicación al principio de favorabilidad.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión en alzada recaerá única y exclusivamente en el aspecto puntual objeto de inconformidad para la recurrente, valga decir, lo concerniente al trabajo extra o suplementario, y en la forma en que se encuentra planteado, sin mayor esfuerzo está llamado a la improsperidad.

Para esclarecer las inconformidad planteada por la apelante, lo primero que se le debe recordar es el principio de carga probatoria, en virtud del cual corresponde a las partes convalidar los supuestos fácticos que respaldan sus aspiraciones al tenor de lo normado en artículo 167 del ordenamiento adjetivo general, ya que el juez para resolver el derecho sometido a consideración debe hacerlo única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, como lo ordena el artículo 164 ídem, sobre el particular la Corte Constitucional

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

Precisado lo anterior, se debe igualmente recordar que, la jurisprudencia reiterada y pacífica del Máximo juez del trabajo ha sido clara en indicar que, para su reconocimiento, se requiere de prueba detallada y precisa que lo acredite, considerando que no es dable al juzgador realizar suposiciones o cálculos para establecerlo, en cuanto la normatividad positiva del trabajo es clara en determinar que son los celebrantes del contrato de trabajo los llamados a fijar la jornada de trabajo, pero en todo caso con sujeción al respecto de la jornada máxima legal y con la observancia de las excepciones de extensibilidad y actividades que para su ejecución requieran una jornada especial de trabajo, por esa razón se asume que la jornada de trabajo es la prevista en el ordenamiento sustantivo del trabajo.

Bajo esa orientación es sumamente claro que el empleado que solicite el reconocimiento de trabajo suplementario y en días descanso obligatorio, soporta

la carga probatoria no sólo de su acreditación en forma precisa y detallada, sino además, de que este fue ordenado por la empleadora, ya que es ésta la que dispone de la fuerza de trabajo dependiendo de la necesidad del servicio, y sí así acontece, corresponderá al empleador, demostrar su reconocimiento y pago y su inclusión en la liquidación de los demás derechos laborales, los cuales se realizan con la integridad de los factores salariales devengados por el empleado.

Solicitó la activa en el escrito genitor el reconocimiento de estos conceptos, indicando prestación del servicio en varias oportunidades en jornada superior a la máxima legal, pretendiendo la impugnante bajo apreciaciones subjetivas refrendarlo, cuando reconoce expresamente que no lo pudo probar, lo que significa en ese orden, que si el actor pretendía reclamar jornada superior a la máxima legal permitida, debía acreditarla en forma detallada y precisa, además, probar que fue ordenada por la empleadora, lo cual no hizo.

Lo expuesto es suficiente para concluir que el demandante no logró demostrar que haya laborado trabajo suplementario y en días de descanso obligatorio, no asistiéndole por tanto razón a la impugnante en lo reclamado, recordándole que el principio de favorabilidad -in dubio pro operario- no se aplica frente a cualquier duda como equivocadamente sostiene, sino única y exclusivamente cuando existe duda sobre la aplicación de una norma jurídica frente a otra que regula una situación semejante o cuando la aplicable admite varias interpretaciones, debiéndose escoger la más favorable en su integridad.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de $100.000.00 por concepto de agencias en derecho. Esta sentencia se notificará por Edicto.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-017-2018-00250-01. Proceso Ordinario de Luis José Torres Martínez contra Inversiones Colombo San Marcos Ltda. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recursos de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existieron dos contratos de trabajo el primero verbal por el período comprendido entre el 17 de abril de 2017 y el 16 de julio de 2017, el que fue modificado a término fijo el 16 de julio de 2017 y se encuentra vigente hasta el 16 de abril de 2018, el que terminó de forma unilateral y sin justa causa la demandada, y que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de cesantías, intereses a

las cesantías, primas de servicios, vacaciones y salario por el período comprendido entre el 17 de enero de 2018 y el 16 de abril de la misma anualidad, junto con la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, respecto del término que le hacía falta al contrato, los perjuicios morales objetivados y subjetivados tasados en la suma de $20.000.000 y las costas del proceso.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que empezó a laborar en el cargo de jefe de producción a órdenes de la demandada mediante contrato inicialmente verbal el 17 de abril de 2017, no obstante, el 16 de julio de 2017 se suscribió contrato escrito, en el que se pactó su vigencia hasta el día 18 de abril de 2018 y en los que se pactó como salario la suma de $5.519.000; que el contrato finalizó sin justa causa por parte del empleador el 16 de enero de 2018; que el horario de trabajo estaba comprendido entre las 6:00 a.m. y las 8:00 p.m., incluyendo los períodos de desplazamiento hasta el sitio de trabajo, de domingo a domingo; que las condiciones de trabajo fueron cambiadas de forma unilateral e inconsulta por parte de la demandada, quien en los dos últimos meses del contrato lo despojó de las funciones y trabajadores a cargo; que en ningún momento hubo incumplimiento de las obligaciones del trabajador y por el contrario, fue felicitado por su gestión ante Invima y proveedores en general; que la demandada le liquidó y canceló las prestaciones sociales el 16 de enero de 2018, por lo que no cumplió el plazo inicialmente pactado; que se le había indicado al actor que firmaría contrato a término indefinido y su trabajo sería duradero, por lo que se desestimaron otras propuestas laborales, en el entendido que su contrato duraría por los menos un año, lo que le generaba tranquilidad en su vida familiar y social.

El *aquo* declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por el período comprendido entre el 17 de abril de 2017 y el 16 de enero de 2018, el que terminó de forma anticipada y sin justa causa por la demandada, por lo que la condenó al pago de la indemnización por despido en la suma de $16.559.946 y absolvió de los demás pedimentos de la demanda. Lo anterior, por cuanto se acreditó la existencia del contrato de trabajo a término fijo, sin embargo, no se demostró por la pasiva que en efecto se generó un error en la elaboración del contrato, ni se realizó una cláusula o un *otrosí*, que hubiese aclarado el contrato primigenio, por lo que, al no cumplirse el término inicialmente establecido, que era hasta el 16 de abril de 2018, le correspondía pagar la indemnización respectiva. Absolvió a la demandada del pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones reclamadas, como quiera que el trabajador no prestó el servicio por el término señalado en la demanda, era improcedente la condena deprecada.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia proferida y en su lugar, se absuelvan de las súplicas de la demanda. Manifestó que se interpretó de forma errada el contrato de trabajo visible a folios 9 y 49 del plenario, ya que el Juez indicó que no se probaron las prórrogas del contrato, situación que no se encuentra establecida en la Ley, pues el artículo 46 del C.S.T. establece una reconducción de los contratos, por lo que no se hace necesario documentar las prórrogas, sino que las mismas proceden de forma automática. Así mismos, indicó que el contrato ofrece la información correspondiente, tal como que es a término fijo inferior a un año, por lo que no puede ser por un año, ello por cuanto el artículo 46 ya mencionado establece la posibilidad de efectuar tres prórrogas y a la finalización de la última se entiende prorrogado por un año, más aún, cuando se verifica que en la casilla de

iniciación de labores se estableció el día 17 de abril de 2017 y refiere en el término inicial el día 16 de julio de 2017, por lo que en efecto se prueba que el contrato fue inferior a un año, por lo que pese a que el contrato indica que vence el 16 de abril de 2018, no es posible concluir que las partes desde la iniciación hubiesen querido que el vínculo laboral fuese a un año.

En todo caso, afirmó que en al existir el error en el contrato, ello no puede ser óbice para concluir que se debían acreditar las prórrogas del contrato y que como el término inicial iba del 17 de abril de 2017 al 16 de julio de la misma anualidad, momento en el cual al no informarse el deseo de no continuar, permaneció en el tiempo por los meses de agosto, septiembre y octubre y una nueva hasta el mes de enero de 2018, por lo que se pasó el pre aviso respectivo desde el 5 de diciembre de 2017, es decir con más de 45 días antes del vencimiento de la prórroga, le informó al trabajador la terminación del vínculo laboral, finalización que se originaría el 16 de enero de 2018, advirtiendo en todo caso, que con el testimonio de la señora Andrea Delgado, se puede establecer que las partes pactaron la fecha, indicando que el contrato de trabajo sí era a término fijo inferior de un año. Que de acuerdo con lo anterior, se podía determinar que en efecto la prueba del contrato es de aquellas denominadas como ab substantiam actus, situación que se acreditó con el contrato de trabajo, del que se podía determinar la fecha inicial y el término inicial, para así concluir que el término era por tres meses. Que al tornarse improcedente la condena al reconocimiento y pago de la indemnización, se debe absolver de la condena en costas impuesta, al haberse finalizado el contrato de trabajo por vencimiento del plazo pactado

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

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no fue objeto de controversia lo atinente con la existencia de la relación laboral, los extremos temporales de la misma y el salario devengado por el ex trabajador, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar si es o no procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa o si por el contrario, la terminación del contrato de trabajo devino de la expiración del plazo pacto.

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario remitirnos al artículo 46 del C.S.T., que establece el contrato a término fijo, así:

> *"**Artículo 46. Contrato a término fijo**. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.*
>
> *1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.*
>
> *2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.*

Parágrafo. *En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea.".*

Atendiendo la norma anterior, la misma establece que el contrato de trabajo a término fijo siempre debe constar por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, no obstante, en tratándose de contratos de trabajo a término inferior a un año, el mismo podrá prorrogarse por tres veces, la que una vez vencida, su término de prorrogará de forma automática a un año y así de forma sucesiva.

En ese orden de ideas, se encuentra que las partes aportaron copias del contrato de trabajo que suscribieron, el que se definió como *"CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO INFERIOR A UN AÑO"*, en el que se pactó como fecha de iniciación de labores el día 17 de abril de 2017, el término inicial del contrato el día 16 de julio de 2017 y con fecha de vencimiento para el día 16 de abril de 2018, contrato en el cual en su cláusula tercera se indicó:

"TERCERA: DURACIÓN DEL CONTRATO. El término inicial de duración del contrato será el señalado arriba. Si antes de la fecha de vencimiento de este término, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato con antelación no inferior a (30) días, éste se entenderá prorrogado por un período igual al inicialmente pactado. Por tratarse de un contrato a término fijo inferior a un año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un año, y así sucesivamente.".

De acuerdo con lo anterior, si bien el contenido del contrato dentro de su contenido establece que es de aquellos denominados a término fijo

inferior a un año, también lo es, que debe establecer el período o término por el que se va a regir la relación laboral, para que de esta forma se puedan determinar las prórrogas del vínculo y así determinar que en efecto, el mismo se regía por un término inferior a un año.

En el caso bajo estudio, no se puede llegar a la certeza que en la relación laboral que unió al señor Luis José Torres Martínez con la sociedad Inversiones Colombo San marcos Ltda, se rigió por un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, pues dentro del contenido del contrato no se indicó término por el que se mantendría el vínculo contractual, sino que por el contrario se mencionaron tres fechas distintas, que no permiten determinar el término del contrato.

En este momento, debe advertirse que si bien tal como lo señala el apoderado de la parte demandada, no es necesario dejar constancia escrita de las prórrogas del contrato de trabajo o de cualquier variación del mismo, también lo es, que tal como se refiere por la encartada, el término se impuso de forma errada en el escrito que unió al ex trabajador y a la hoy demandada, por lo que sí era necesario efectuar la corrección de dicho documento por las partes que intervinieron, en el sentido de aclarar el término inicial o haber dejado constancia de las prórrogas, para así poder determinar el interregno por el cual se iba a gobernar la relación laboral y no dejarlo al simple entendimiento de las partes, que incluso se encuentra en debate, pues el extremo activo afirmó que es por espacio de un año, mientras que la demandada manifestó que era por tres meses, situación que hubiese aclarado las falencias del contrato primigenio.

Ahora bien, no es posible entender que el vínculo que ató a las fue por un período de tres meses, al tenerse en cuenta tan solo las casillas de *FECHA DE INICIACIÓN DE LABORES* y *TÉRMINO INICIAL DEL*

CONTRATO, pues si bien entre las datas allí referidas se logran extraer los tres meses que aduce la pasiva, también lo es, que no se podría dejar sin valor o efecto la casilla denominada como *VENCE EL DÍA*, de la cual también se puede concluir que el vínculo fenecía al año exacto de la iniciación de labores por parte del señor Torres Martínez, por lo que no se puede llegar a la conclusión aducida por el apoderado de la demandada, más aún, cuando la normatividad laboral establece que la duda favorece al trabajador.

Así las cosas, es evidente que tal como lo concluyó el fallador de primer grado, si bien medió un contrato de trabajo a término fijo, el mismo fue a un año, de conformidad con la fecha de iniciación de labores y el día que estableció su vencimiento, por lo que en efecto la demandada debe reconocer al trabajador la indemnización por despido unilateral y sin justa causa, dada la terminación anticipada del vínculo laboral, sin que se haga necesario establecer la cuantía de dicha indemnización, como quiera que la misma no fue objeto de reproche por la parte interesada; fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado.

Hasta acá el análisis de la Sala. Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** de ambas instancias a cargo de la demandada; inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000.oo, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05-020-2020-00391-01. Proceso Ordinario de Roberto Soler Martínez contra Colpensiones (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta lo cotizado en toda la vida laboral, teniendo en cuenta 2180 semanas, aplicando una tasa de reemplazo del 80%, a partir del momento en que fue concedida la pensión, junto con el retroactivo pensional correspondiente, la indexación de las condenas impuestas, los

intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y las costas del proceso; de igual forma, y de forma subsidiaria, en aplicando la condición más beneficiosa, se establezca si es más conveniente la liquidación con los últimos 10 años.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual, cotizó al Sistema General de Pensiones entre el 15 de enero de 1977 y el mes de abril de 2020; que mediante resolución SUB 92268 de 2020, le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1° de mayo de la misma anualidad, teniendo en cuenta un total de 2.172 semanas, obteniendo un IBL por la suma de $9.389.888, al que le fue aplicada una tasa de reemplazo del 75.15%, decisión contra la que se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación; que mediante acto administrativo 128103 de 2020, se ordenó reliquidar el derecho pensional, teniendo en cuenta un IBL por el monto de $9.664.548 y una tasa de reemplazo, arrojando como mesada pensional la suma de $7.248.411; que la reclamación administrativa se agotó con la resolución SUB 149697 de 2020; que al actor le fue reconocido el derecho pensional teniendo en cuenta los últimos 10 años, pero sin aplicar la condición más beneficiosa, que es concederla con lo cotizado durante toda la vida.

El aquo absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, bajo el sustento que una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se encontraba que el monto reconocido al demandante fallecido en el acto administrativo de reconocimiento, era superior a la que se obtenida una vez efectuado el cálculo con toda la vida laboral, siendo idéntico al calculado por Colpensiones con los últimos 10 años de cotización.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa al demandante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

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

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que no fue objeto de controversia el reconocimiento del derecho pensional, siéndole reconocido el mismo de conformidad con lo dispuesto en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, el problema jurídico a resolver en esta instancia, consiste en establecer si es procedente la reliquidación del derecho pensional, de conformidad con lo cotizado en toda la vida laboral; y en caso afirmativo, establecer si hay lugar al pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios y la indexación de las posibles condenas que se impongan.

Teniendo en cuenta que el derecho pensional se concedió conforme con el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece la forma como se debe liquidar el derecho pensional, así:

> *"**ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia,*

actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.".

La norma anterior, establece que para la liquidación del derecho pensional se tendrá en cuenta las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores al reconocimiento del derecho pensional o con el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo. Esta forma de calcular el IBL se encuentra explicada por la Corporación del trabajo, en sentencias del 15 de febrero de 2011, radicado 43336 y 1° de marzo de 2011, radicado 40552.

De acuerdo con lo anterior, en la resolución SUB 92268 del 15 de abril de 2020, se concedió la prestación a favor del demandante con un IBL correspondiente a la suma de $9.389.888, arrojando una primera mesada por el monto de $7.056.501, a partir del 1° de mayo de 2020, prestación que fue reliquidada mediante acto administrativo SUB 128103 del 16 de junio de 2020, en la que se estableció un IBL por el monto de $9.664.548 y una primera mesada pensional por la suma de $7.248.411, manteniendo la misma fecha de reconocimiento de la prestación.

En ese orden de ideas, una vez efectuadas la operaciones aritméticas de rigor, arrojó un Ingreso base de Liquidación con toda la vida laboral para el año 2020 por el monto de $4.366.898.30, al que una vez aplicada la tasa de reemplazo equivalente al 75%, arrojó como primera mesada

pensional la suma de $3.275.173.73, mesada pensional inferior a la reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones, que para dicha fecha se fijó en la suma de $7.248.411, situación por la cual, de acuerdo con el principio de favorabilidad que rige en materia laboral y al no generarse monto alguno producto de la reliquidación a favor de la parte actora, ha de confirmarse la decisión tomada por el Juzgador de primera instancia frente a este ítem.

Ahora bien, frente a la liquidación del derecho pensional con los últimos 10 años de cotización, una vez verificadas las operaciones realizadas por Colpensiones para obtener el derecho pensional, se encuentra que la misma fue realizada en debida forma, a tal punto, que en los actos administrativos que reconocieron y reliquidaron el derecho pensional, sí fue liquidada la prestación tanto con los últimos 10 años, como con todas las cotizaciones efectuadas en su vida laboral, las que corresponden a los conceptos denominados en tales documentos como *"VALOR IBL 1"* y *"VALOR IBL2"*, por lo que no es acertado el argumento expuesto por la parte actora, referente con que no se aplicó la condición más beneficiosa, en el entendido, que se reitera, sí se realizó la liquidación del derecho pensional conforme lo dispone el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo del demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

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

de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primer grado quedan a cargo del demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Ref.: Radicación N° 110013105 021 2018 00406 01. Proceso Ordinario de Deyanira Rueda Navarro contra Conalvías Construcciones SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir

SENTENCIA:

DEYANIRA RUEDA NAVARRO convocó a CONALVÍAS CONSTRUCCIONES SAS para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de vínculo único e ineficacia de su terminación, en forma principal: reintegro con pago de salarios y prestaciones, sanción de 180 días e indexación; subsidiariamente: sanción de 180 días, trabajo suplementario; cesantías e intereses y reliquidación de los mismos, reliquidación de primas, vacaciones e indemnización por despido, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, indexación y costas procesales.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Inició a laborar para la demandada mediante contrato de obra el 24 de abril de 2009, el cual se prorrogó en varias oportunidades hasta el 2 de julio de 2011, sin que se hubiera presentado solución de continuidad, procediendo la empleadora a efectuar las correspondientes liquidaciones a la terminación de cada contrato, última data en la que el contrato se transformó en indefinido, y durante la vigencia del vínculo siempre se desempeñó como auxiliar de servicios generales.

En abril de 2010 empezó a presentar dolor de mano derecha y región lumbar, después de varias observaciones, el 11 de mayo de 2011 fue diagnosticada por la EPS con tendinitis de flexoextensores, la cual le fue definida con origen laboral.

A raíz de su patología fue objeto de acoso laboral, y después de varios trámites, el 16 de julio de 2013, la ARL calificó pérdida de capacidad laboral del 8.9%, la cual fue definida finalmente el 30 de septiembre de 2014 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en 10.10%.

El acoso laboral de que fue objeto lo conoció el Mintrabajo, pero finalmente desistió de su trámite. La empleadora omitió efectuar la consignación de cesantías acorde con el salario mínimo de cada anualidad durante el periodo 2009 a 2011.

Desde mayo de 2013 fue nuevamente objeto de acoso laboral por negarse a renunciar y vincularse con la empresa que empezó a prestar el servicio de aseo, siendo objeto de reiterados llamados a descargos, hasta que el 15 de septiembre de 2015 la empleadora decide terminar el contrato sin justa causa, mediante comunicación del 9 del mismo mes y año, sin medial autorización del Mintrabajo.

Durante la vigencia del vínculo no le fue reconocido el trabajo suplementario laborado ni las primas extralegales de los 3 últimos años, y procedió a reconocerle

las acreencias laborales hasta el 17 de septiembre de 2015, las cuales no son acordes.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 30 de octubre de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvo que aceptaba unos y los restantes los negó o sostuvo que no le constan; propuso las excepciones de mérito de terminación legal del contrato, inexistencia de la obligación, buena fe, pago, prescripción y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 22 de septiembre de 2020, ABSOLVIENDO de las pretensiones e impuso costas a cargo de la activa.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Reclama el impugnante la existencia de un vínculo único, sustentado en que la labor desempeñada siempre fue la misma sin presentarse interrupción de la actividad, procediendo de esa manera el reconocimiento de las pretensiones subsidiariamente reclamadas.

Sostiene que la trabajadora gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, situación que impedía la terminación unilateral del contrato

de trabajo, ya que fue calificada con pérdida de capacidad laboral, contaba con recomendaciones laborales y su patología ha empeorado.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

En relación con la reclamación de vínculo único, se pretende desconocer los diferentes contratos de obra o labor suscritos, sobre la tesis que la empleada desempeñó la misma actividad, sin que durante su suscripción se hubiese presentado interrupción de la actividad.

Así las cosas, resulta preciso recordar que el contrato de obra o labor determinada tiene relevancia y produce los efectos jurídicos con el perseguidos (artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo), cuando se identifica y detalla plenamente la actividad a realizar, amén que no exija solemnidad para derivar sus efectos, pues su verificación debe ser irrefutable para las partes desde el inicio del contrato, y de la misma manera para definirla en caso de controversia, por esa razón, en la práctica y con ese propósito se hace constar por escrito, pues su esencia está dada para la ejecución de una actividad específica, determinada o concreta, definida claramente sin ambigüedades, o que de la naturaleza de la labor pueda determinarse su temporalidad, por su materialización física (obra) o cumplimiento o finalización de la gestión que dio origen al contrato de trabajo (labor), de tal suerte que su vigencia o temporalidad está dada en función directa e inmediata del cumplimiento, realización o culminación de una u otra situación

–obra o labor-, sin tener que cumplir ningún requisito accesorio o previo, pues es de su esencia su improrrogabilidad o renovación, por ende, verificada la realización de la actividad se convierte en modo legal de terminación sin consecuencia sancionatoria para la empleadora al tenor de lo normado en el literal "d" del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo <<subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990>>.

En ese orden, conforme la esencia que persigue las modalidades contractuales previstas en el ordenamiento positivo del trabajo (artículo 45 ibídem), cada una goza de autonomía e identidad jurídica propia, acorde con la finalidad para las que fueron consagradas, por la misma razón, no le asiste razón al impugnante en reclamar la existencia de vínculo único, considerando que éste no surge de la actividad desplegada por el empleado, sino de la verdadera naturaleza que originó la contratación del servicio, que es lo que refleja el material probatorio incorporado a la causa, el cual da cuenta de la multiplicidad de contratos de obra que suscribieron las partes, los cuales identificaban sin ambigüedades que la actividad estaba limitada en función a la ejecución de porcentaje de obra, y en la medida que se presentaba su cumplimiento traía como consecuencia la finalización del contrato sin que para ello se tuviera que cumplir ningún requisito accesorio o previo, de acuerdo con lo reglado en el literal "d" del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo <<subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990>>.

En el mismo hilo, el hecho de que sucedáneamente a su fenecimiento se celebraran nuevos contratos de la misma modalidad –obra-, no convierten la relación de trabajo en un vínculo único, pues es de la esencia de esta modalidad contractual, su improrrogabilidad o renovación, se itera, lo que deja en evidencia el material probatorio, es la existencia de varios contratos de obra, cada uno delimitado al cumplimiento de porcentaje de obra, que una vez cumplida, traía como consecuencia el reconocimiento, liquidación y pago de

todos y cada uno de los derechos laborales generados durante su vigencia, aspectos indiscutidos por las partes.

Así las cosas, se concluye que no le asiste razón al impugnante en la inconformidad planteada, considerando que en los contratos de trabajo, las partes definieron su vigencia en forma clara y precisa, circunscrita al cumplimiento de porcentajes de obra, de tal suerte que, cumplidos aquellos fenecían válidamente, cada uno en forma autónoma e independiente, que desnaturalizan la existencia de un vínculo único, y con ello la improsperidad de las pretensiones que se fundan en ésta.

La estabilidad laboral que se reclama tampoco tiene vocación de prosperidad, considerando que se encuentran acreditados los supuestos que identifican la protección laboral de las personas con discapacidad <<originalmente limitación>>, la cual tiene sustento legal en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la Sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000 que declaró exequible su inciso segundo, bajo el entendido que el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación carece de efecto jurídico si no media justa causa autorizada por autoridad administrativa del trabajo.

Los alcances del aludido precepto han sido desarrollados tanto por el Máximo juez del trabajo como Constitucional, éste último de una forma más amplia, dando origen al concepto de estabilidad laboral reforzada por condición de salud hoy estabilidad ocupacional reforzada, pero en todo caso confluyen en señalar que para que esa protección surta su fin de garantizar la estabilidad en el empleo, debe reunir unas condiciones, como son, **i)** discapacidad o situación particular de salud del empleado, que implique su configuración o existencia previa a la terminación del vínculo, que incluso para el juez constitucional, la condición de debilidad manifiesta no se encuentra inmersa en este calificativo; **ii)** el conocimiento del empleador de esa condición, en cuanto es a aquél a quien le es oponible por estar llamado a garantizarla, de ahí que el texto legal imponga

al empleador la obligación para terminar el vínculo de un empleado con discapacidad, obtener autorización previa de la autoridad administrativa del trabajo cuando la razón se finque en la discapacidad, pues pese a esa condición si la determinación se encuentra motivada en justa causa no habrá necesidad de acudir a la autoridad administrativa con tal propósito<<Sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018>>, en el mismo sentido, del conocimiento del empleador de la discapacidad del empleado, es que el Máximo juez constitucional para la protección de derechos fundamentales, estableció desde un comienzo la presunción de terminación del vínculo como consecuencia de la condición de salud, posición acogida igualmente por el Máximo juez del trabajo en Sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018; y **iii)** nexo causal entre la desvinculación y la discapacidad del empleado, lo que equivale a que el finiquito del contrato haya sido causa y efecto de la situación o condición de salud del trabajador.

La reiterada y pacífica jurisprudencia de la corporación de cierre de la especialidad del trabajo frente al tema ha considerado que la protección laboral de las personas con discapacidad <<originalmente limitación>> no surge de cualquier padecimiento físico o sensorial que presente el empleado, sino de discapacidad relevante, por lo menos moderada (entre el 15 y 25% de pérdida de capacidad laboral), pues es absolutamente claro que cualquier condición de salud no genera esa protección, así lo itera nuevamente en Sentencia SL 711 del 24 de febrero de 2021 dentro del radicado 64605, y para establecer la discapacidad o limitación, debe mediar definición o calificación emitida por autoridad instituida en la ley con tal propósito, no reportes de incapacidad, historia clínica del empleado o recomendaciones o restricciones laborales, considerando que estos instrumentos no sirven para determinarla <<sentencia SL260 del 30 de enero 2019 dentro del radicado N° 71395>>, precisamente porque la jurisdicción carece de conocimientos para discernir la condición de salud.

Existe constancia que en los meses anteriores a la fecha en que la empleadora decidió terminar el contrato, la empleada no reportaba incapacidades ni se encontraba en tratamiento médico, la última incapacidad reportada data del 13 de abril de 2015, y aunque fue objeto de recomendaciones laborales anteriores a la terminación del vínculo (12 de febrero y 25 de junio de 2015), no se incorporaron para establecer su temporalidad, por lo tanto, insuficientes estas situaciones para considerar una condición de discapacidad, menos en la condición que exige la norma, ya que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, desde el 30 de septiembre de 2014 definió pérdida de capacidad laboral a la empleada del 10.10%, situación que le permitió continuar laborando.

La anterior situación deja en evidencia que durante la existencia de la relación laboral suscrita por las partes, la trabajadora no *reportaba* ninguna discapacidad, y en el mismo sentido, no se puede afirmar que la empleadora tuviera *conocimiento* de condición semejante, presupuesto que no se puede deducir de los documentos de reportes de incapacidades, eventuales recomendaciones y restricciones laborales e historia clínica, considerando que estos instrumentos no sirven para determinar la condición de discapacidad como lo consignó el Máximo órgano de cierre de la especialidad en la sentencia SL260 del 30 de enero 2019, sino la calificación emitida por autoridad instituida en la ley con tal propósito, la cual arrojó como resultado pérdida de capacidad laboral de tan sólo 10.10%, que no se ubica por lo menos dentro del porcentaje de moderada (entre el 15 y 25%) estimada en reiterada y pacífica jurisprudencia de la corporación de cierre de la especialidad del trabajo para pregonar protección en las personas con discapacidad, pues está no surge por cualquier padecimiento físico o sensorial que presente el empleado, como lo itera nuevamente en Sentencia SL 711 del 24 de febrero de 2021 dentro del radicado 64605.

Por lo anterior, no puede decirse con acierto jurídico que la causa de la extinción del vínculo por parte de la empleadora fue consecuencia de la condición de salud de la empleada, principalmente cuando el acervo probatorio valorado en conjunto bajo el principio de la sana crítica como lo exige el ordenamiento procesal legal vigente, permite concluir que la empleadora conocedora de la situación de salud, no generó en la trabajadora impedimento para continuar ejecutando o realizando la labor contratada, por el contrario, continuó con sus servicios hasta cuando haciendo uso de la prerrogativa prevista en el ordenamiento positivo del trabajo decidió finalizarlo.

La valoración conjunta de la prueba bajo el principio de su sana crítica permite concluir que en el caso que ocupa la atención no se consolidan los presupuestos que irrogan protección por discapacidad a los trabajadores, de tal suerte que no surge la presunción que la terminación del vínculo haya sido causa y efecto por condición de discapacidad que no presentaba la empleada, y que tiene que ver con el tercer presupuesto del nexo causal entre la desvinculación y la discapacidad del empleado, y la ausencia de este requisito lleva a concluir que la decisión de la empleadora de finiquitar el contrato de trabajo, no fue otra que la prerrogativa prevista en la normativa positiva del trabajo para su terminación, y no la presunta condición de discapacidad planteada por la activa, que corresponde el tercer presupuesto del nexo causal con la desvinculación por la discapacidad del empleado.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de $100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 025 2014 00019 01. Proceso Ordinario de Álvaro Jiménez Pachón contra Colpensiones. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene a la demandada el pago del retroactivo pensional correspondiente al periodo comprendido entre el 1° de mayo de 2007 y el 30 de junio de 2011, así como el reconocimiento del incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, junto

con los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones señaló básicamente que el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución 042776 del 18 de noviembre de 2011 reconoció en su favor pensión de vejez, acto administrativo en contra de la que interpuso recurso de reposición a efectos de que se le reconociera el retroactivo pensional.

Señaló que en el mes de enero de 2014 radicó derecho de petición ante la demandada en el que solicitó el incremento pensional del 14% a favor de su cónyuge, Gladys Judith Guzmán, con quien convive al momento de la presentación de la demanda y depende económicamente de él.

Agregó que es pensionado bajo el régimen de transición de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que para el 1° de abril de 1994 se encontraba vinculada al ISS y contaba con más de 40 años de edad.

Una vez notificada, la demandada dio respuesta a la acción oportunamente, en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que la pensión de vejez del actor se encuentra debidamente reconocida y que con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, los incrementos por persona a cargo se encuentran extintos. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas y falta de título y causa.

El *aquo* profirió sentencia en la que accedió al reconocimiento del retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 21 de enero y el 15 de junio de 2011, así como los intereses de mora que prevé el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el mismo periodo; y la absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia de un lado, que la última cotización que registra el demandante data del 31 de mayo de 2007, pero que las mesadas causadas con anterioridad al 21 de enero de 2015 se encontraban prescritas; y de otro, que los incrementos pensionales por persona a cargo fueron derogados de acuerdo con el criterio acogido por la Corte Constitucional en sentencia SU- 140 de 2019.

Inconformes parcialmente con la determinación acogida por el Juez de primer grado, las apoderadas de las partes interpusieron recursos de apelación.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la parte actora se opuso a la determinación adoptada en torno a los incrementos pensionales por persona a cargo, al considerar en esencia que en tanto el demandante había elevado la correspondiente reclamación cuando aún se encontraban vigentes, esto es, antes de que se profiriera la sentencia SU 140 de 2019, sí era procedente su reconocimiento.

Por su parte la apoderada de Colpensiones se opuso al reconocimiento de los intereses moratorios y las costas del proceso; para lo cual solicita en

primer término se tenga en cuenta las sentencias SL 14528 de 2014 y la sentencia C-601 de 2000, en lo que al reconocimiento de intereses de mora respecta.

Y frente a la condena al pago de las costas solicita se tenga en cuenta que mandante ha actuado de buena fe y conforme con el ordenamiento jurídico

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no apelados.

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

CONSIDERACIONES

En virtud del trámite de los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional a favor de la entidad demandada, corresponde a la Sala determinar, si resulta procedente el reconocimiento del retroactivo pensional indexado junto con los intereses de mora ordenados por el servidor judicial de primer grado, así como los incrementos pensionales por persona a cargo que establece el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado que el extinto Instituto de Seguros Sociales en condición de administrador del régimen de prima media con

prestación definida mediante Resolución 042776 del 18 de noviembre de 2011, reconoció a favor de la demandante pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dada su condiciones de beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a partir del 16 de junio de 2011 en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente.

RETROACTIVO PENSIONAL

En lo que respecta a la fecha a partir de la cual es procedente el reconocimiento de la prestación, interesa a la Sala recordar que la jurisprudencia laboral ha considerado que, una cosa es la causación del derecho y otra el disfrute de la pensión, materializándose el primero, con el cumplimento de los requisitos de semanas o tiempo de servicio y el acaecimiento de la edad respectiva que trae la norma; mientras que el disfrute, al tenor de lo que establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, se presenta una vez se produzca la correspondiente desafiliación.

En tal sentido, si bien el cumplimiento de los requisitos mínimos en cabeza del afiliado, no implica por si solo el reconocimiento de la prestación de vejez, en tanto para ello es necesaria la desafiliación; aspecto que en todo caso puede deducirse de la concurrencia de diversos hechos, como, por ejemplo, la terminación del vínculo laboral, la falta del pago de cotizaciones, el cumplimiento de los requisitos de edad y de aportes, así como la solicitud del reconocimiento del derecho pensional.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, advierte la Sala que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas del 12 de octubre de 2011, visible a folio 19 del expediente, así como el reporte de

semanas cotizadas del 21 de septiembre de 2011, aportado en el expediente administrativo, se advierte que el último ciclo de cotizaciones que registra el demandante se efectuó respecto del mes de mayo de 2007; data para la que ya contaba con la edad mínima requerida para el reconocimiento de la prestación de vejez en tanto contaba con 68 años y además solicitó al entonces Instituto de Seguros Sociales su reconocimiento el 15 de junio de 2007, tal como se señala en la Resolución 002128 de 2008.

De acuerdo con los anteriores supuestos dimana con meridiana claridad que el demandante tenía derecho al reconocimiento de la prestación a vejez a partir del 1° de junio de 2007 y no del 16 de junio de 2011 como lo determinó en su momento el Instituto de Seguros Sociales; razón por la que el demandante tenía derecho al pago de las mesadas causadas entre el 16 de junio de 2007 y el 15 de junio de 2011.

INTERESES MORATORIOS

En lo que respecta al reconocimiento de los intereses de mora, corresponde a la Sala recordar que acorde con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos se encuentran concebidos en relación con la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, pues su objeto es precisamente que una vez se solicite el derecho por parte de su titular y se verifiquen los requisitos que causan la prestación, el responsable u obligado la reconozca y pague dentro del término legalmente establecido a efectos de no causar al aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad de pensiones.

En este punto es del caso precisar que no resulta aplicable el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL14528 de 2014, en consideración a que no guarda identidad fáctica frente al asunto en estudio, pues en dicha oportunidad se exoneró a la demandada del pago de intereses de mora al existir discusión entre los beneficiarios de una pensión de sobrevivencia, circunstancia que se reitera no es la que se presenta en el asunto y que pugna con el reconocimiento del carácter resarcitorio de los intereses de mora.

Ahora bien; dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, se advierte que el demandante solicitó el reconocimiento del derecho pensional desde el 15 de junio de 2007, momento para el que, como se advirtió ya contaba con los requisitos necesarios para el reconocimiento del derecho pensional; por lo tanto, si al tenor de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 la entidad contaba con 4 meses para el reconocimiento de la prestación, resulta procedente el reconocimiento de los intereses de mora a partir del 16 de octubre de la misma anualidad.

Se precisa en este mismo punto que, contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado, se considera procedente el reconocimiento de los intereses de mora hasta el momento en que se efectúe el pago de las sumas adeudas, sin embargo como tal aspecto no fue recurrido por la parte actora y el grado jurisdiccional de consulta se surte a favor de la demandada, se confirmará la determinación que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado.

En consecuencia como el servidor judicial de primer grado dispuso el reconocimiento de los intereses moratorios hasta el 15 de junio de 2011, se dispone modificar la sentencia de primer grado a efectos de reconocer la

indexación de las mesadas pensionales adeudadas a partir del 16 de junio de 2011 y hasta el momento en que se efectúe el pago correspondiente.

PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la prosperidad de la excepción de prescripción, corresponde tener en cuenta que de una interpretación armónica de los artículos 6° y 151 del Código Procesal del Trabajo, la reclamación administrativa no sólo interrumpe el término de prescripción sino que lo suspende, de allí que una vez la entidad responda la solicitud comienza a correr un nuevo término trienal.

En tal sentido en tanto se advierte que el derecho pensional se causó el 1° de junio de 2007 y reclamó el derecho pensional el 15 de junio de 2007, siendo resuelto el último de los recursos interpuestos mediante la Resolución 042776 del 18 de noviembre de 2011, ninguna de las mesada se encontraría afectada por el fenómeno prescriptivo pues la demanda se presentó dentro del término trienal que prevé el artículo 151 del C.P.T. y S.S. <<21 de enero de 2014[1]>>.

Pese a lo anterior, como la referida determinación no fue cuestionada por la parte interesada, se confirmara en concordancia con lo que al efecto establece el artículo 87 del C.P.T. y S.S. en su numeral 2°, precepto que prevé la imposibilidad de hacer más gravosas las condenas en contra del único apelante o de la parte a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta.

---

[1] Cfr fl 24.

En consecuencia se confirmará el reconocimiento de las mesadas pensionales causadas entre el 21 de enero al 15 de junio de 2011 así como los intereses de mora frente al mismo periodo.

INCREMENTOS PENSIONALES POR PERSONA A CARGO

En punto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo corresponde indicar que si bien es cierto que, con posterioridad a la publicación de la sentencia SU 140 de 2019, la Sala en forma mayoritaria se apartó respetuosamente del criterio allí expuesto por la H. Corte Constitucional, al considerar que en la referida decisión se había abordado el análisis de un punto pacífico en la jurisprudencia sentada por la máxima Corporación de Justicia Laboral; en cumplimiento de fallo de tutela la Sala en forma mayoritaria rectificó su postura mediante sentencia del 4 de marzo de la presente anualidad, para en su lugar adoptar el criterio sentado por la H. Corte Constitucional, en tanto que, al margen del aspecto formal, se acogen los razonamientos de fondo para considerar que los referidos incrementos por persona a cargo fueron derogados con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993, los que por demás se soportan en un profuso análisis de la jurisprudencia existente en punto al régimen de transición. Al punto se señaló en la referida decisión:

> *"Ahora bien, como ya se dijo, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un régimen de transición que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (supra 2.10). Se insiste en que esta transición legislativa partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa*

legítima, de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior.

*3.2.7. Ciertamente, si no hubiera existido la derogatoria orgánica del sistema pensional anterior a la Ley 100, no habría existido la necesidad de prever un régimen de transición cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida. No sin razón, según la jurisprudencia, uno de los propósitos de los regímenes de transición legal es el de '**salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior**' (Énfasis fuera de texto); o, en palabras recientes de la Corte que refieren puntualmente al caso sub examine: 'el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un **corto plazo** a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.'*

3.2.8. Con dicho propósito, la Ley 100 de 1993 dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, para ciertas personas y por cierto tiempo, protegiendo las expectativas legítimas de tales personas en tanto éstas se refirieran exclusivamente a la adquisición del derecho a la pensión. La Ley 100 previó entonces que algunas normas del sistema pensional anterior conservaran su vigencia, solamente para algunas personas que el legislador concibió como susceptibles de haber ya adquirido una expectativa legítima en cuanto a las características de la pensión que eventualmente adquirirían en un mediano plazo.

(...)

3.2.11. En suma, si cupiere duda sobre la derogatoria orgánica que, por virtud de la expedición de la Ley 100, sufrieron los incrementos que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, tal derogatoria se encontraría confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los

incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 ibíd.

3.2.12. La claridad de lo atrás expuesto no se opone a que la Corte explique las razones por las cuales resulta inadmisible cualquier argumentación dirigida a apoyar la vigencia del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 con fundamento en que en el subsiguiente artículo 22 se señaló que el derecho a los incrementos previstos en el artículo 21 "subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen".
(...)
3.2.16. Finalmente, ha de indicarse que los incrementos pensionales previstos por el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 –esto es, los incrementos "por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión"- corresponden a uno de los aspectos del antiguo sistema de seguridad social que el Legislador abandonó por no adecuarse a los ideales de justicia contemporáneos (ver jurisprudencia citada en supra 3.1.3.), a que sí pertenece la noción de economía de cuidado.

En efecto, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales, particularmente en procura de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres, por ser un hecho socialmente notorio la Corte es consciente de que los cónyuges o compañeros permanentes de que trata el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 mayoritariamente corresponden a los integrantes femeninos de la pareja familiar. Ciertamente, aunque en Colombia el acceso a un empleo formal por parte de las mujeres es relativamente bajo respecto de dicho acceso por parte de los hombres, los niveles de empleo generales sí varían significativamente entre ambos sexos, favoreciendo a los hombres respecto de las mujeres en una relación de 74% a 51% para 2017[173].

La anterior situación es consecuencia de una pluralidad de factores que no están necesariamente asociados a la condición femenina pero que sí favorecen mayores índices de empleo formal por parte de la población masculina, con el consecuente mayor índice de cotización masculina al sistema de seguridad social pensional. Por el contrario, una gran parte de las mujeres se desempeña en labores asociadas a la economía del cuidado; esto es, según la definición del artículo 2° de la Ley 1413 de 2010, la economía que corresponde "al trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la

comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. (...)". De hecho, de acuerdo con la Cuenta Satélite Economía del Cuidado elaborada por el DANE en cumplimiento de la referida Ley 1413 de 2010, para 2013 "la contribución no remunerada de las mujeres alcanza 16,3% del PIB y la de los hombres 4,1%, situación que refleja el aporte diferencial de unas y otros".

En vista de lo anterior, se observa que los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna que efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, más gravemente, cuando la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar. Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la economía del cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior.

Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."

Dando alcance al criterio jurisprudencial en cita al caso objeto de estudio, ningún reproche merece la determinación que sobre el particular adoptó el servidor judicial de primer grado, en tanto, si bien al demandante se le reconoció la prestación de vejez conforme con el Acuerdo 049 de 1990, ello fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, el que tal como lo dice el criterio jurisprudencial en cita, no se previó para los incrementos pensionales por persona a cargo.

Se precisa en este punto a la apoderada de la parte actora que la jurisprudencia constituye un criterio de interpretación de la ley y por tal razón no resulta de recibo el planteamiento conforme con el cual se le deben extender los criterios de aplicación de la ley en el tiempo.

COSTAS

Solicita la apoderada de la demandada se absuelva a su representada del reconocimiento de las costas del proceso en tanto actuó de buena fe, argumento que no es de recibo, pues conforme lo ha reconocido la H. Corte Constitucional su imposición obedece a un criterio objetivo.

Hasta aquí el análisis de la Sala. No se impondrá condena en costas en tanto el conocimiento de la decisión de primera instancia también se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

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

NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado Salvo voto parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 029 2018 00355 01. Proceso ordinario de Gerly Yadelsy Ramírez Gómez contra Skynet de Colombia SAS ESP (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 5 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia un contrato de trabajo con la sociedad demandada en el periodo comprendido del 18 de julio de 2016 al 1° de octubre de 2017, que es ineficaz la estipulación contractual conforme con la cual el empleador no se encuentra obligado al pago de comisiones por ventas realizadas cuando no se hayan recaudado los dineros producto de dichas ventas o se materializa luego de terminado el contrato de trabajo, así

como aquellas conforme con las cuales el empleador se encuentra facultado para cambiar o modificar unilateralmente los términos y condiciones para determinar el monto de las comisiones, y que terminó el contrato de trabajo debido al incumplimiento de las obligaciones de la demandada y la modificación unilateral de los términos y condiciones estipuladas entre las partes para determinar el valor de las comisiones; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de $144'172.450,oo correspondiente al saldo de las comisiones insolutas, la indemnización por despido injustificado y la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del C.S.T., a razón de la suma diaria de $617.068,133.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que el 18 de julio de 2016 celebró contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de analista comercial, acordándose como contraprestación por sus servicios, un salario fijo mensual de $2'340.000,oo y un salario variable representado por el pago de comisiones por ventas.

Indicó que debido a la nueva política comercial adoptada por la demandada, tomó la determinación de finalizar el contrato de trabajo alegando que no la acogía debido a que iba en contravía de su proyección financiera; y que su renuencia fue aceptada a partir del 1° de octubre de 2017.

Afirmó que de acuerdo con el plan de comisiones vigente durante la ejecución del contrato de trabajo <<tabla de comisiones año 2016>> la comisión de ventas por cliente y/o servicio nuevo corresponde al 3% y la comisión por retención al 0,3%.

Señaló que de acuerdo con la referida tabla de comisiones se considera una venta nueva cualquier producto y/o servicio que le genere ingresos a la compañía, entre otros, conectividad, alquiler de equipos, consultoría, cite

survey, reventa de equipos, instalaciones y obras civiles; y que de acuerdo con la referida tabla su pago es forma mensual.

Refirió que de acuerdo con la tabla de comisiones del año 2016 la comisión que se paga por retención aplica cuando le es entregado un cliente al ejecutivo que no estaba en su base de datos, pero que en caso de existir renovación ingresa para el ejecutivo como un cliente nuevo,

Afirmó que el valor total de las venteas que realizó es de $7.867'113.588,oo, que el valor total de las comisiones por la ventas que realizó y no le fueron canceladas asciende a la suma de $233'535.241,oo, de los que afirma la demandada le canceló el 26 de octubre de 2017, la suma de $89'362.791,oo, de manera que a la fecha de presentación de la demanda la accionada le adeuda $144'172.450,oo como saldo de comisiones.

Indicó que mediante correos electrónicos el 29 de septiembre 2017 solicitó el pago de sus comisiones, y el 6 de octubre de la misma anualidad reiteró dicha solicitud y adicionalmente reclamó el pago de su liquidación, solicitud esta última que afirma reiteró el directamente el 12 de octubre 2017 y por medio de su apoderado el 21 de diciembre de 2017.

Agregó que inicialmente la demandada le indicó que se estaba realizando una revisión detallada de los casos y que se había decidido realizar el pago frente a un representante del Ministerio del Trabajo, y a su abogado le indicaron que no le adeudaba ninguna suma de dinero.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la acción[1] en oposición a las pretensiones, adujo en su defensa de un lado que el vínculo con la

[1] Cfr fls

demandante finalizó con ocasión a la renuncia que ésta presentó y que el pago de las comisiones se encontraba sujeta al recaudo efectivo, en tanto que la demandante tenía funciones de seguimiento a clientes, venta y posventa. Propuso las excepciones de mérito de buena fe, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada.

La Juez de primer grado, al desatar las pretensiones de la demanda condenó a la demandada al pago indexado de la suma de $54'808.377,oo por concepto de comisiones y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión consideró en esencia que el pago de las comisiones fue acordado por ventas una vez se produjera el recaudo, pero que la demandante no tenía obligaciones de recaudo; sin embargo, accedió al reconocimiento de las comisiones de las ventas que efectivamente se habían recaudado por cuanto frente a las demás no contaba con el monto. En lo que interesa al asunto igualmente corresponde tener en cuenta que negó el reconocimiento de la indemnización moratoria por cuanto al momento de la terminación del contrato no se podía efectuar el pago correspondiente porque se recaudaron con posterioridad.

Inconformes con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante y el apoderado de la sociedad demandada, interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la demandante aduce en primer término que a su juicio es procedente ordenar el pago de las comisiones así se hayan recaudado o pagado por parte de los clientes de la demandada después de la terminación

del contrato de trabajo; y para ello afirma que en el contrato de trabajo que suscribieron las partes se pactó que las comisiones serían calculadas mensualmente después de facturado y recaudado el mes correspondiente; lo que a su juicio determina el momento de exigibilidad, más no se condicionan al recaudo efectivo, porque de ser así se estaría trasladando al trabajador el riesgo de la actividad del empleador, lo cual se encuentra expresamente prohibido.

Señala en el mismo sentido que en caso de que exista un acuerdo entre empleador y trabajador que condicione el pago de las comisiones al recaudo o el pago de las ventas, ese acuerdo sería lesivo para los intereses del trabajador y que por tal razón, hay lugar a la aplicación de la normativa laboral que establece que en esos casos debe entenderse por no escrito dicho acuerdo, es decir, que es ineficaz.

Sostiene que la juez de primer grado erró al considerar que algunas de las ventas realizadas por su mandante, no son consideradas como cliente nuevo, y que por dicha razón la comisión aplicable era la del 0,3%, puesto que de acuerdo con la tabla de comisiones se considera venta nueva cualquier producto y/o servicio que le genere ingresos a la compañía y por cuanto adicionalmente, en el mismo documento, en los casos en que exista renovación se tiene como cliente nuevo para el ejecutivo.

Indica que en la demanda se aceptó que existió un pago por aproximadamente $2.000.000,oo en vigencia del contrato de trabajo y que solo un mes después de terminado el contrato de trabajo se le pagó la suma de $89'000.000, suma que afirma se descuenta en el cuadro para dar pie a lo insoluto; de manera que al realzar la operación aritmética arroja la suma indicada en la pretensión.

Aduce que en el caso particular de la comisión de la Armada, la demandada alega haber pagado los $77'000.000,oo, pero lo repite como si el pago se abonara a todas las deudas insolutas, cuestión que no ha lugar, de manera que existió un error en el cálculo realizado por la juez de primer grado, al momento de establecer los montos adeudados.

En punto al reconocimiento de la indemnización por despido sostiene que en la misiva mediante la que su mandante dio por terminado el contrato de trabajo también se adujo la falta de alegó el incumplimiento de la obligación principal como lo es el pago del salario, en tanto a la fecha de aceptación de renuncia se le adeudaba el pago de las comisiones que se debían cancelar en el mes de agosto; lo que afirma se demostró con las declaraciones tanto de la demandante como de su superior jerárquico, el señor Villamil; lo que aduce constituye justa causa de terminación del contrato de trabajo de acuerdo con el artículo 57, en concordancia con el numeral 8° del literal b del artículo 62 del C.S.T.

Finalmente, en punto al reconocimiento de la indemnización moratoria solicita se tenga en cuenta que de acuerdo con las declaraciones tanto la demandante como la demandada, el trámite de liquidación de las comisiones era sencillo y expedito, al y que tan es así que no se alegó por parte de la demandada obedeciera a alguna dificultad de cálculo; y que en cambio se acreditó con los correos electrónicos que se condicionó el pago de las comisiones a la realización de una audiencia ante un inspector del trabajo.

Por su parte el apoderado de la demandada se opone a las condenas impuestas en contra de su representada, para lo cual solicita se tenga en cuenta que la demandante percibía como contraprestación por sus servicios una suma fija y otra variable, y que la suma fija la percibía por desarrollar la

función de venta y que por ese motivo se pactó un adicional cuando las ventas fueran recaudadas.

Aduce en tal sentido que erró la juez de primer grado al analizar el contrato de trabajo, pues habría advertido que la trabajadora tenía una remuneración fija que remuneraba su actividad como vendedora y otra que dependía de una actividad totalmente distinta, como lo era el recaudo.

Sostiene que no había lugar a la imposición de la condena en contra de su representada en tanto que, tal como lo reconoce el juzgador de primer grado se trataban de recaudos que se produjeron con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, porque eso no se encuentra pactado en ninguna parte.

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

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de los recursos de apelación y en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S.; el análisis de la Sala se contrae a establecer, si es procedente el reconocimiento y pago de las comisiones reclamadas, así como de la indemnización por despido injustificado y la indemnización moratoria.

Con tal propósito corresponde precisar que no fue objeto de discusión en esta instancia las conclusiones a las que arribó la servidora judicial de primer grado relativas a la existencia del vínculo laboral entre las partes por el periodo comprendido entre el desde el 18 de julio de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2017, fecha en la que el vínculo por determinación de la

demandante y que durante su ejecución ostentó el cargo de Analista Comercial.

De acuerdo con los anteriores supuestos la Sala se adentrará al análisis de los motivos de inconformidad expuestos por los recurrentes, como sigue:

COMISIONES

La servidora judicial de primer grado, luego de determinar si se trataban de clientes nuevos o retenciones, así como el valor reconocido por la demandada por tales conceptos, la condenó al reconocimiento de las comisiones respecto de las que se produjo el recaudo efectivo aun con posterioridad a la terminación de la relación laboral; para lo cual señaló que las comisiones acordadas entre las partes eran únicamente por ventas y que la demandante no tenía obligaciones de recaudo.

Para derruir la anterior determinación, el apoderado de la demandada aduce en esencia que no es procedente el reconocimiento de las comisiones que se recaudaron después de la finalización del contrato y solicita se tenga en cuenta al efecto que la demandante además de las comisiones percibía un salario fijo, el que a su juicio tenía por objeto remunerar la actividad de la demandante como vendedora.

Por su parte el apoderado de la parte actora, solicita en primer término se tenga en cuenta que el reconocimiento de las comisiones procede independientemente del recaudo, pues en caso contrario se estaría trasladando al trabajador el riesgo de la actividad del empleador; así mismo, sin precisar específicamente a que ventas hacía referencia, señaló que la *aquo* erró al considerar que algunas de las ventas realizadas por su mandante, no corresponden a clientes nuevos, puesto que, de acuerdo con el

plan de comisiones se considera venta nueva cualquier producto y/o servicio que le genere ingresos a la compañía y de acuerdo con el mismo documento, en los casos en que exista renovación se tiene como cliente nuevo para el ejecutivo. A lo anterior agregó que el pago efectuado por cuenta de las comisiones de la Armada, por $77'000.000,oo, se está aplicando doble vez.

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos por los recurrentes le corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de las comisiones respecto de aquellas ventas cuyo recaudo se produjo con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, así como aquellas frente a las que incluso no ha existido recaudo; así como el monto de la comisión a reconocer, es decir, si es del 3% o el 0,3%; y si efectivamente se está teniendo en cuenta doble vez el pago de $77'000.000,oo.

Para resolver lo pertinente resalta la Sala, que el Despacho judicial de primer grado en audiencia celebrada el 24 de julio de 2019, en forma oficiosa ordenó a la sociedad demandada revisar el cuadro de la relación de comisiones presentado por la parte actora, para que se pronunciara de manera puntual frente a cada uno de estos indicando que comisiones se causaron, cuáles no, así como las comisiones que se pagaron y las que no que no, así como el motivo por el que no fueron canceladas; determinación que fue acatada por la sociedad demandada con la documental visible a folios 184 a 621.

En el mismo sentido se advierte que en análisis efectuado por la demandada[2] únicamente desconoció la causación de algunas comisiones, frente a las que adujo no tener soporte de la correspondiente venta; y frente a las demás indicó, o que efectivamente fueron canceladas a la demandante,

[2] Cfr fls 187 a 206

evento en el que señaló la nómina en que se incluyeron; o que ésta no tenía derecho a su reconocimiento en tanto que fueron recaudadas con posterioridad a la finalización del vínculo laboral

Ahora bien; de cara al reconocimiento de las comisiones reclamadas, considera la Sala oportuno remitirse a la cláusula quinta del contrato de trabajo[3], documento en el que se encuentra plasmado el acuerdo al que arribaron las partes para su reconocimiento, y en el que, tal como lo señaló la servidora judicial de primer grado, se acordó[4] además del pago del salario fijo, el reconocimiento de comisiones por ventas de acuerdo con el "*plan de comisiones*", siempre la trabajadora cumpliera las metas en éste establecidas.

De acuerdo con el referido plan de comisiones[5], la comisión por cliente y/o servicio nuevo equivale al 3% y la comisión por retención es del 0,3%; plan en el que en lo que interesa al asunto, se establecieron como condiciones generales que la comisión se calcula mensualmente después de facturado y recaudado el mes correspondiente, que se liquidan con el valor facturado antes del IVA, que se considera una venta nueva cualquier producto y/o servicio que le genere ingresos a la compañía y que la comisión que se paga por retención de clientes aplica cuando le es entregado al ejecutivo un cliente que no estaba en su base de datos para que lo atienda hasta la

---

[3] Cfr fls 12 a 17 y 145 a 147

[4] *"QUINTA. REMUNERACIÓN.- la remuneración mensual convenida entre SKYNET DE COLOMBIA SAS E.S.P. y EL TRABAJADOR, por la prestación de sus servicios personales, es la suma y modalidad arriba indicada, pagadera por quincenas vencidas o en la forma que determine SKYNET DE COLOMBIA SAS E.S.P. SALARIO VARIABLE: Además del salario fijo mensual señalado en el inicio del presente contrato, el empleado tendrá la posibilidad de recibir un salario variable representado en el pago de las comisiones por ventas que se otorgarán de conformidad con los términos y condiciones contemplados en el plan de comisiones correspondientes a un determinado año, y conforme al desempeño del empleado en el respectivo año, si y solo si, el empleado cumple con los requisitos y metas previamente pactadas. El plan de comisiones se establece para periodos fijos y cambiará al vencimiento de cada periodo según lo acuerden las partes. El pago del salario variable se hará en el mes siguiente al de su causación. El empleado solo tendrá a recibir comisiones cuando sus logros sean iguales o superiores a los porcentajes de metas de ventas indicados en el plan de comisiones, documento entregado al trabajador y que hace parte integrante del presente contrato"* Resalta la Sala.

[5] Cfr fls 18 a 20.

finalización del contrato, pero que en caso de que exista renovación se entendería que para el ejecutivo es un cliente nuevo.

En las anteriores condiciones, y en tanto no se acredita que la demandante tuviere a su cargo funciones de recaudo, a juicio de la Sala dimana con meridiana claridad que el reconocimiento de las comisiones a su favor, era por las ventas que realizara; pero su pago se supeditó a la facturación y recaudo correspondiente; acuerdo que de contera implica que el derecho a la comisión se causa con la venta efectiva por parte de la demandante, pero se torna exigible una vez se realiza el recaudo.

Al respecto, considera la Sala que el recaudo o pago por parte del cliente con posterioridad a la terminación del vínculo o la falta de pago por parte de este, no constituye una razón suficiente para desconocer el pago de la correspondiente comisión, pues ello apareja avalar el desconocimiento de la gestión realizada por el trabajador y una de las obligaciones contraídas por el empleador, propiciado que este se aproveche de las actividades que desarrolla el trabajador <<en los eventos en que el recaudo se produce después de la terminación del contrato>>, o en el peor de los escenarios <<en caso de que no efectué el correspondiente recaudo por parte del empleador>> implicaría, como lo expone el apoderado de la parte actora, hacer que el trabajador asuma los riesgos o pérdidas de la actividad desarrollada por su empleador en clara contravención de los señalado en el artículo 28 del C.S.T.

El anterior criterio se acompasa con lo que sobre el particular ha tenido oportunidad de señalar la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia del 14 de agosto de 2012 dentro del radicado 37.192 y en sentencia del 17 de abril de 2013 dentro del radicado 41.423, en las que se reiteró el criterio inveterado sentado en la sentencia del 16 de junio de 1989, en el radicado 2962.

Al respecto en la sentencia del 17 de abril de 2013, en donde en un caso en el que las partes expresamente había supeditado expresamente el pago de las comisiones por venta a la vigencia del contrato para el momento del correspondiente recaudo, la alta Corporación del Trabajo concluyó:

"Sin embargo, ese acuerdo es lesivo de los derechos del trabajador, pues si como la misma demandada lo acepta, Barbosa Chavarro realizó esas ventas, aunque solo se obtuvo su pago luego de que el contrato terminó, lo cierto es que tales ventas se concretaron por virtud de la prestación personal del servicio del actor, siendo evidente que debe recibir la comisión correspondiente.

En efecto, la empresa, según el objeto incorporado en la cláusula primera del contrato de trabajo, pactó con el trabajador la obligación, entre otras, de "poner al servicio del EMPLEADOR toda su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta el EMPLEADOR directamente o a través de sus representantes", a cambio de una remuneración que incluía el pago de las comisiones, y si aquel objeto se cumplió no existe razón valedera para excluirlas, ni siquiera bajo el argumento de las contingencias propias de los negocios ya finiquitados, dado que esa es una discusión que ya no le compete al trabajador.

Así lo ha estimado esta Corte, incluso en reciente decisión de 14 de agosto de 2012, radicado 37192, en la que, en lo pertinente consideró:

'es evidente el desatino del fallador de alzada al inferir que conforme la reflexión jurisprudencial que copió en parte, la comisión está supeditada a la prestación del servicio hasta la recolección efectiva de su costo, y que al no constituir tal rubro derecho adquirido, no le asistía derecho al trabajador a percibir la comisión pretendida, pues como antes se observó, la jurisprudencia prevé que es muy distinto el caso de las ventas que, realizadas en vigencia del contrato su pago

sólo lo obtiene el patrono después de que éste ha terminado porque en ese caso, como claramente lo tiene definido la Sala, el trabajador debe recibir la comisión correspondiente (Rad. 2437, 16 junio/89)'."

En las condiciones analizadas concluye la Sala que la demandante no solo tiene derecho a aquellas comisiones frente a las que el recaudo se produjo con posterioridad a la finalización de su contrato de trabajo, sino también a aquellas respecto de las que la demandada alega que no se ha producido el recaudo, teniendo en cuenta para el efecto en relación con este último aspecto, el reconocimiento implícito de la demandada frente al valor de total de las ventas no desconocidas, en la respuesta que dio al requerimiento que efectuó la servidora judicial de primer grado, previamente referido.

Ahora bien, en relación con el monto de la comisión, es del caso señalar que la *aquo* consideró que los clientes Alcaldía de Leticia, Claro, Comerco, Gobernación de Amazonas, IFX, On Vacation y Telefónica era clientes antiguos y que en razón a esa situación la demandante tenía derecho al reconocimiento de una comisión correspondiente al 0,3%.

Las comisiones objeto de discusión son las siguientes, dentro de las que se encuentran incluidas las comisiones no reconocidas por recaudo posterior a la finalización del vínculo:

CLIENTE	USUARIO FINAL	VALOR TOTAL VENTA	VALOR RECLAMADO
CLARO	ATH	$2'354.000,oo	$7.020,oo
CLARO	ATH	$2'354.000,oo	$25.120,oo
CLARO	ATH	$2'354.000,oo	$25.120,oo
CLARO	ATH	$2'354.000,oo	$25.120,oo
CLARO	ATH	$2'354.000,oo	$47.620,oo
CLARO	ATH	$1'000.000,oo	$30.000,oo
CLARO	ATH	$2'554.000,oo	$76.620,oo
CLARO	ATH	$2'354.000,oo	$70.620,oo
CLARO	CSJ	$2'598.000,oo	$77'940,oo

CLARO	CONCESIONARIO	$8'228.000,oo	$246.840,oo
CLARO	CONCESIONARIO	$8'228.000,oo	$246.840,oo
CLARO	CONCESIONARIO	$8'228.000,oo	$246.840,oo
CLARO	SENA	$3'300.000,oo	$99.000,oo
CLARO	SENA	$3'300.000,oo	$99.000,oo
CLARO	SENA	$3'300.000,oo	$99.000,oo
CLARO	SENA	$3'000.000,oo	$90.000,oo
CLARO	SENA	$76'380.000,oo	$2'291.400,oo
CLARO	SENA	$76'380.000,oo	$2'291.400,oo
CLARO	SENA	$76'380.000,oo	$2'291.400,oo
CLARO	SENA	$76'380.000,oo	$2'291.400,oo
CLARO	SENA	$76'380.000,oo	$2'291.400,oo
IFX	UNAL	$354'753.000,oo	$10'432.590,oo
COMERCO	COMERCO	$7'752.000,oo	$154.215,oo
ON VACATION	ON VACATION	$91'224.000,oo	$2'292.720,oo
GOBERNACIÓN AMAZONAS	GOBERNACIÓN AMAZONAS	$464'167.946,oo	$13'925.038,oo
ALCALDÍA DE LETICIA	ALCALDÍA DE LETICIA	$45'863.100,oo	$1'121.506,oo
CAJA HONOR	CAJA HONOR	$113'782.176,oo	$4'013.465,oo
CAJA HONOR	CAJA HONOR	$53'116.800,oo	$1'593.504,oo
TELEFÓNICA	FISCALÍA	$1'941.000,oo	$58.230,oo
TELEFÓNICA	FISCALÍA	$4'224.000,oo	$126.720,oo
TELEFÓNICA	FISCALÍA	$4'612.714,oo	$138.381,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$2'340.000,oo	$70.200,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'422.000,oo	$102.660,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$9'758.000,oo	$292.740,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo

TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$2'340.000,oo	$70.200,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$1'908.000,oo	$57.240,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'960.000,oo	$118.800,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$2'340.000,oo	$70.200,oo
TELEFÓNICA	ECOPETROL	$3'530.000,oo	$105.900,oo
TELEFÓNICA	VALIANT	$1'437000,oo.	$43.110
TELEFÓNICA	CENS	$5'132.000,oo	$153.960,oo
TELEFÓNICA	CENS	$5'132.000,oo	$153.960,oo
TELEFÓNICA	CENS	$5'132.000,oo	$153.960,oo
TELEFÓNICA	CENS	$5'132.000,oo	$153.960,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$10'440.000,oo	$313.200,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$10'440.000,oo	$313.200,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$10'440.000,oo	$313.200,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$10'440.000,oo	$313.200,oo

TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$10'440.000,oo	$313.200,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$10'440.000,oo	$313.200,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$10'440.000,oo	$313.200,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$10'440.000,oo	$313.200,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$32'040.000,oo	$961.200,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$10'440.000,oo	$313.200,oo
TELEFÓNICA	MIGRACIÓN COL	$32'040.000,oo	$961.200,oo

Para determinar si las comisiones antes referidas se deben liquidar como comisión nueva o retención, considera la Sala oportuno resaltar que una de las condiciones generales establecidas en el plan de comisiones, es que la comisión del 0,3% por retención de clientes aplica cuando se le entrega un cliente al ejecutivo que no se encontraba en su base de datos para que lo atienda hasta la finalización del contrato, pero que en caso de existir renovación dicho cliente entraría como cliente nuevo para el ejecutivo.

Bajo tal perspectiva, para el caso del cliente Claro, advierte la Sala que si bien a folios 336 a 351 obra contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones, que data del 3 de septiembre de 2015, fecha anterior a aquella en que se vinculó la demandante y que en el mismo se prevé la prestación del servicio a los clientes de la contratante de acuerdo con sus solicitudes de servicios; no puede pasar desapercibido el hecho de que, de acuerdo con la cláusula 4° del referido contrato, su duración era hasta el 14 de agosto de 2016; luego, en los términos de la condición general del plan de comisiones antes indicada los contratos posteriores se entendería como una renovación y en razón a ello se entendería como un cliente nuevo para la demandante.

En relación con el cliente IFX, se observa de un lado, que el contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones data del 12 de marzo de 2015[6]; y por otro, que mediante comunicado del 24 de enero de 2017[7] la

[6] Cfr fl 332 y ss.
[7] Cfr fl 138.

demandada asignó dicho cliente a la demandante a partir del 1° de febrero de 2017, oportunidad en la que expresamente precisó "*...las ventas realizadas hasta el 31 de enero de 2017, así como los proyectos que ya están adjudicados a SKYNET DE COLOMBIA SAS E.S.P. solo generarán comisión por mantenimiento y solo se tomará como ventas nuevas los proyectos que inicien a partir del primero (01) de febrero de 2017.*"; luego el valor de las comisiones que reclama se liquidaran sobre el 0,3%.

Similar situación se presenta en relación con la comisión que se reclama del cliente Comerco, pues el correspondiente contrato se suscribió el 20 de abril de 2015[8], por el término de un año prorrogable por periodos iguales, de manera que para la fecha en que la demandante se vinculó ya se había renovado el contrato hasta el 20 de abril de 2017 y la comisión que se reclama es frente a la activación de mes de marzo de 2017.

En punto a las comisiones que se reclaman respecto del cliente On Vacation se encuentra que el contrato fue suscrito el 29 de agosto de 2014 por el término de un año, con la opción de renovarse automáticamente por periodos iguales; luego como se reclaman comisiones respecto de la activación realizada en el mes de abril de 2017, al tenor del pluricitado plan de comisiones corresponde liquidar la comisión como un cliente nuevo, pues para el momento de la segunda renovación la demandante ya se encontraba vinculada laboralmente.

Frente al cliente Gobernación de Amazonas, observa la Sala que contrario a lo que refirió la servidora judicial de primer grado, el contrato aportado a folio 319 se celebró el 10 de noviembre de 2016, esto es en vigencia del vínculo de la demandante; y en todo caso, las comisiones se reclaman frente a contratos posteriores, luego las comisiones que se reclaman corresponden a las de cliente nuevo.

---

[8] Cfr fls 280 a 283.

En lo que respecta al cliente con la Alcaldía de Leticia, se encuentra que, si bien el contrato aportado se celebró del 10 de mayo de 2016, esto es, antes de la vinculación de la demandante por un término de 8 meses, también lo es que las comisiones que se reclaman son de servicios prestados en el mes de mayo de 2017, lo que de contera implica que es un servicio nuevo y por ende la demandante tiene derecho respecto de éste a la comisión del 3%.

En relación con el cliente Caja Honor, se aportó un contrato de prestación de servicios celebrado el 26 de febrero de 2016, por un término de 12 meses, y la prórroga del mismo que se celebró el 3 de mayo de 2017 por un plazo de 11 meses, de manera que en tanto se reclaman las comisiones correspondientes a la activación de mayo y junio de 2017, la demandante tiene derecho a la comisión del 3%.

Finalmente, en lo que respecta al cliente Telefónica se advierte que el contrato que celebró con la demandada para la prestación de servicios de Telecomunicación se suscribió el 1° de mayo de 2015 y en su cláusula 3ª se acordó que sería de duración indefinida, luego la demandante tan solo tiene derecho al reconocimiento de la comisión del 0,3%; con mayor razón si se tiene en cuenta que de acuerdo con el comunicado del 24 de enero de 2017, dicho cliente le fue asignado a la demandante a partir del 1° de febrero 2017.

En las condiciones analizadas, una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, corresponde modificar la determinación que adoptó la servidora judicial de primer grado, en punto a las comisiones que reconoció a la demandante respecto de los clientes Alcaldía de Leticia, Caja Honor, Claro, Comerco, Gobernación de Amazonas, IFX y On Vacation así:

CLIENTE	VALOR COMISIÓN ADEUDADA
Alcaldía de Leticia	$882.642,00
Caja Honor	$2.541.135,28
Claro	$12.763.748,oo
Comerco	$4.378,oo
Gobernación de Amazonas	$6.299.561,38
IFX	$769.470,oo
On Vacation	$2.269.463,00

Y se confirma en relación con las comisiones de los clientes Alegría Activity, Armada, One Love You, Theo Tabera y Telefónica; razón por la que se modificará la decisión de primer grado para en el sentido de condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de $77'382.208,80, y contrario a lo que aduce el apoderado de la demandante no se advierte que se esté efectuando un doble cómputo de la comisión reconocida por la Armada.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Para resolver los motivos de inconformidad que expone el apoderado de la parte demandante en punto al reconocimiento de la indemnización por despido, basta a la Sala remitirse a la misiva mediante la que la demandante tomó la determinación de finalizar el vínculo, en la que para el efecto textualmente expresó:

"*Mediante la presente quiero comunicar mi decisión de renunciar al cargo de Analista Senior.*

Agradezco la oportunidad y confianza brindada en el tiempo laborado, mi decisión obedece a que la nueva política comercial, a la cual no me acojo, desmejoran (sic) mis ingresos y en este sentido van en contravía de mi proyección financiera.

Adjunto archivo con las ventas pendientes por pago total o parcial de comisiones este archivo con mayor detalle fue enviado el 10 de agosto del presente año (...)"

De la misiva en mención dimana en forma clara que el motivo que adujo la demandante para terminar la relación laboral de forma unilateral fue la posible implementación de la política comercial, y aun cuando reclama el pago de algunas comisiones pendientes no aduce que ese sea el motivo de terminación del vínculo, de manera que acceder al planteamiento del apoderado de la parte actora apareja el desconocimiento no solo el artículo 66 del C.S.T., que obliga a la parte que finaliza la relación laboral expresar el motivo de su determinación al momento en que la comunica a la contraparte; sino también, el artículo 55 de la misma obra, el cual establece el principio de buena fe con que se debe ejecutar el contrato de trabajo.

En todo caso aun en gracia de discusión, si se interpretara que el reclamo de las referidas comisiones en la carta de terminación implicaba que ese también era un motivo de finalización del vínculo, a la misma conclusión se arribaría, en tanto que el numeral 6° del literal b) del artículo 62 del C.S.T. prevé como causal de terminación el incumplimiento sistemático por parte del empleador a sus obligaciones contractuales, y en el asunto de acuerdo con la misiva de terminación del contrato no es posible establecer que la falta de pago de las comisiones reclamadas se pueda considerar como una incumplimiento sistemático, razón por la que se confirmará la decisión de primer grado.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

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

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

Ahora bien, del entendimiento dado por el máximo órgano de decisión en lo laboral no se desprende que hubiere estimado que la norma legal establece una presunción de buena fe del empleador, sino que, como lo expresó claramente, habría que observarse y calificar la conducta de éste, lo que de por sí, descarta cualquier presunción en su favor, y aunque la norma no establece tampoco una presunción de mala fe, una vez calificada su conducta como de aquella naturaleza, es en cabeza de este en quien corre

con la carga de la prueba y debe demostrar que su omisión en el pago, obedeció a causas atendibles que le impidieron cumplir oportunamente. Carga que, de no cumplirse, se resuelve desfavorablemente para quien la soporta, conforme se desprende del artículo 167 del C.G.P.

En el asunto, observa la Sala que el 19 de octubre de 2017[9] la demandada consignó la suma de $44'681.345,oo a la demandante, monto que consideró correspondía al valor adeudado a la finalización del contrato de acuerdo con lo que en su momento se acordó frente al reconocimiento y pago de comisiones, así mismo, no puede pasar desapercibido para la Sala que quien finalizó el vínculo laboral fue la demandante y que en el cruce de correos que la demandante tuvo con una de las empleadas de la demandada, esta última puso de presente que la liquidación de su contrato ameritaba una revisión detallada de los casos, lo que a juicio de la Sala resulta razonable s se tienen en cuenta el volumen de ventas y comisiones solicitadas en la misiva mediante la cual la demandante tomó la determinación de finalizar el vínculo.

Bajo tal perspectiva ningún reproche merece la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado; motivo por el que la misma será confirmada.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo de la demandada ante la improsperidad de su recurso de apelación.

DECISIÓN:

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

[9] Cfr fl 142.

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito, únicamente en el sentido de condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de $77'382.208,80 por concepto de comisiones.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de acuerdo con las razones expuestas.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $800.000,oo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-031-2020-00171-01 Proceso Ordinario de Mónica Gómez Rincón contra la Fundación Universidad de Bogotá – Jorge Tadeo Lozano (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES:

La señora Mónica Gómez Rincón convocó a la Fundación Universidad de Bogotá – Jorge Tadeo Lozano para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo a un año por el período comprendido entre el 29 de julio de 1992 y el 18 de julio de 2018, el que se terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago de salarios, primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a las

cesantías, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social por el período comprendido entre el 19 y el 28 de julio de 2018, junto con la indemnización por falta de pago a partir del 19 de julio de 2018 hasta que se efectúe su pago, los intereses moratorios a la tasa máxima legal, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó la demandante, según la cual, entre las partes se suscribió contrato de trabajo a término fijo el 29 de julio de 1992, para desempeñar el cargo de secretaria en el centro de investigaciones y asesorías agroindustriales; que la trabajadora fue despedida sin justa causa el 18 de julio de 2018, por lo que laboró al servicio de la demandada por espacio de 25 años, 11 meses y 19 días, sin que se hubiesen efectuado llamados de atención en su contra; que la demandante se desempeñó en los cargos de secretaria n la facultad de relaciones internacionales, en la oficina de orientación profesional, en la casa Carlos Lleras Restrepo y finalmente en la Jefatura de Educación Continuada por el período comprendido entre el 1° de octubre de 2013 y el 18 de julio de 2018; mencionó que en el último cargo le fueron asignadas 17 funciones, siendo la última, las demás que le fueron asignadas por la naturaleza del cargo, no obstante, pese a la sobrecarga laboral, se le asignó que debía recibir el dinero de las inscripciones, realizar arqueos diarios de caja y las respectivas consignaciones bancarias, sin embargo, no se le brindó la debida capacitación para el manejo de dineros y procedimientos de recaudo, aunado, con que no se contaba con caja fuerte para guardar los mismos, ni se le informó la periodicidad para realizar las consignaciones; que se realizó auditoria el 1° de marzo de 2018, en la que hallaron algunas inconsistencias en las consignaciones del banco Davivienda, situación que era de público conocimiento por la administración y los jefes inmediatos; que fue llamada a audiencia de descargos el 23 de marzo de 2018, en la que de buena fe relató la situación acontecida, continuando con las funciones asignadas pero de

forma sorpresiva, cinco meses después se le comunica la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa el 18 de julio de 2018, faltando al principio de inmediatez.

Respecto a dichas súplicas, la aquo absolvió si bien encontró acreditada la existencia de la relación laboral, también lo es, que absolvió de todas y cada una de las súplicas incoadas en contra de la pasiva, ya que encontró acreditados los presupuestos para la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral y con justa causa por parte de la demandada y que le fueron endilgados en la carta de terminación.

Frente a las anteriores conclusiones se pronunció el apoderado de la demandante peticionando se revoque el fallo y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, por cuanto el problema jurídico a resolver se circunscribía en determinar la acreditación de las justas causas para la terminación, no obstante, no se tuvo en cuenta la buena fe de la actora, que se ve plasmada en el interrogatorio de parte y en la diligencia de descargos, en donde reconoció las inconsistencias que se venían presentando desde el año 2011 al año 2018 con la auditoria, pasando por alto, que debió existir otras auditorias internas, personal y personas que eran sus jefes inmediatos quienes debían velar por el cumplimiento de los procedimientos, que por cierto no existían, valorándose únicamente la antigüedad de la trabajadora, pero desconociendo los riesgos de salir a la calle con dinero a consignarlo al banco, o si el dinero quedaba guardado en algún cajón del escritorio, por cuanto tiempo y con qué periodicidad se debían efectuar las consignaciones. Aunado a lo anterior, se advierte que no se vislumbra la falta tan grave que cometió la trabajadora, más aún, cuando en 26 años no se pasó memorando o llamado de atención, sin que por ello se pueda concluir, que se solicitaba una doble amonestación por un mismo hecho,

pero sí debió haberse apartado del cargo a la trabajadora como medida preventiva, advirtiéndose un desorden en la parte administrativa de la universidad, lo que lleva a concluir, que debe aplicarse la condición más favorable al trabajador, determinándose la gravedad de la falta respecto de los 26 años de servicio, si la misma era o no subsanable, así como, establecer si con las 17 funciones asignadas no se acredita la sobrecarga laboral, para tener que recibir dinero, pese a que estén haciendo fila 2, 4 o 10 personas, expedir los recibos, incluirlos en la base de datos y consignarlos en el banco. Finalmente, resaltó que no se acreditó el principio de inmediatez, ya que no se acreditó por la demandada otro acto de investigación adicional con posterioridad al 23 de marzo de 2018 y el despido fue demasiado posterior, sin que de forma anterior a la auditoria se indicara situación alguna por sus jefes inmediatos, de lo que se podría concluir que el empleador estaba aburrido con la trabajadora.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con los puntos de inconformidad planteados por el recurrente, no fue objeto de discusión, la existencia del contrato de trabajo, ni los extremos del mismo y la forma de terminación efectuada de forma unilateral por parte de la demandada, por lo que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si es se encuentra debidamente acreditada las causales para la finalización del contrato de trabajo o si por lo contrario las mismas no se encuentran demostradas, circunstancia en la cual se procederá con el estudio de la indemnización respectiva.

Atendiendo lo anterior, se encuentra en el plenario copia de la terminación del contrato de trabajo, en la que la ex empleadora adujo como causa para finiquitar el vínculo laboral, lo siguiente:

"Por lo anterior, se dio inicio al proceso disciplinario No. 004 – 2018, siendo escuchada usted en diligencia de descargos el día 23 de marzo de la presente anualidad.

En la citada diligencia de descargos, usted aceptó estar autorizada para recibir dinero en efectivo, de las personas que pagan la asistencia a las conferencias que se dictan en Casa Lleras y ser la persona responsable del manejo y custodia de dichos dineros. Igualmente reconoció, no generar un recibo para cada asistente a conferencias, o por ciclo de conferencia pagado, asegurando que "Lo hacía antes de la auditoria que me hicieron el 1° de marzo de 2018, era generar los recibos de consignación para luego mandar a consignar el dinero en la cuenta de la Universidad en DAVIVIENDA, no con la periodicidad que debió haber sido. Yo lo que venía haciendo era recibir el dinero, guardarlo en la oficina de la Jefe y cuando ya tenía un dinero considerable guardado, es decir entre dos y tres millones de pesos, enviaba hacer las consignaciones y en ese momento era que me ponía al día diligenciar los recibos de consignación para pagar en DAVIVIENDA. Yo no tenía control del número de recibos expedidos, solo que el valor se estaba entregando al cajero del banco, coincidiera con el valor que sumaban los recibos de consignación. Hoy en día, es decir, después de la auditoria, genero el recibo a cada persona que me paga, antes de que se acabe la conferencia (...)".

Igualmente usted aseguró en la diligencia de descargos: "el 1° de marzo de 2018, yo atendí la auditoria que realizó Maritza Valbuena. Durante la auditoria, el problema fue que la auditora me empezó a indagar con preguntas de rutina y luego me hizo un paréntesis y me dio que la plata no podía quedarse en ningún lugar diferente a la cuenta bancaria de la Universidad. Cuando ella dijo eso, yo inmediatamente me asusté y cuando ella me pidió soportes puntuales de los días 26 y 28 de febrero de 2018, yo no los tenía, porque tenía la plata en el cajón, sin consignar, y le dije mentiras afirmándole que el dinero estaba en mi casa, pero en realidad el dinero estaba en la oficina de la jefe. La brutalidad que yo cometí

fue empezar a decir una mentira, y luego otra y luego otra, y luego el tema se me salió de las manos y perdí el control. Para mí era claro que no yo debía tener dinero, pero por la alta carga laboral que tenía en ese momento, no había podido sacar los recibos para mandar a consignar la plata. No fui capaz de decirle a la auditora que tenía la plata en el cajón porque ya le había dicho que toda la plata estaba consignada. Mi jefe ya me había indicado, a finales del año pasado, que generara un recibo por cada persona que asistía, pues yo, durante todo el 2017, es decir, hasta antes de esa instrucción de mi jefe, le cargaba a un solo asistente, lo de varios, pues lo que importaba era que estuviera el dinero consignado en la cuenta y creía que con eso era suficiente. Yo quiero aclarar que los recibos de consignación se pueden expedir con la fecha del día, o fecha posterior, pero no se puede generar con fechas anteriores; por esta razón, los recibos que se consignaron el 1° de marzo, corresponden a pagos que me hicieron en efectivo antes de esa fecha, es decir, de aproximadamente tres semanas antes; (...)".

Aunado a lo anterior, en el mismo escrito se adujo que la terminación del vínculo se genera con ocasión a la vulneración del artículo 48 literales e), f), h). i), literales a) y p) del artículo 51, literales a), k) y o) del artículo 54 y literales d) y g) del artículo 57 del reglamento Interno de Trabajo, así como del numeral 6° del literal a) del artículo 62 del C.S.T, de lo cual se debe indicar en primera medida, que no es posible la comprobación de las normas estatuidas en el Reglamento Interno de Trabajo, pues el mismo no fue aportado por las partes, por lo que se debe verificar la justa causa respecto de la normatividad sustancial, que dispone:

*"**ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.** <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

A). <Ver Notas del Editor> Por parte del {empleador}:

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código

Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Ahora bien, se aportó por las partes acta de descargos rendida por la hoy demandante el 23 de marzo de 2018, en la que se informa:

"

obligación de reportarle cualquier novedad que se presente. **PREGUNTADO:** Está usted autorizada para recibir dinero en efectivo de los participantes en los diplomados, conferencias y demás actividades que se realizan en la Casa Lleras? CONTESTÓ: Estoy autorizada para recibir dinero en efectivo, únicamente de las personas que van a pagar su asistencia a conferencias; todo lo de diplomados, talleres y demás, debe ser pagado por cada persona a la Universidad directamente, por encontrarse inscritos en Universitas, mediante el respectivo recibo de pago que generamos. Es importante aclarar que los recibos de inscripción los genera admisiones y los recibos de matrícula los genero yo. Yo recibo dinero todo el tiempo únicamente por conferencias. Este proceso es cada vez mayor, pues cada vez hay más ciclos de conferencias. A lo largo del funcionamiento de la Casa Lleras, o mejor, desde que yo estoy allá que fue en el año 2011, hemos tenido un grupo de profesores y un grupo de asistencias. Las personas asisten a ciclos de conferencias, generalmente de 6, y ellos mismos sugieren temas de próximas conferencias, recibo las propuestas y se las envío a la jefe de Educación Continuada, para que ella analice, avale y autorice la realización de las mismas. El promedio de asistencia a las conferencias está entre 15 y 20 personas, que suelen ser los mismos. Luego que se avala por la Jefatura, se oferta el respectivo ciclo de conferencias. En algún momento, bajo la administración de la Dra. Viviana Valenzuela, se habló con la Dra, Nohemy para que se expidiera el recibo de pago antes de la conferencia y la persona lo pagara en el banco, pero cuando se inició esto, como prueba piloto, la gente se quejó, porque no querían ir al banco y decían que siempre lo habían pagado en efectivo. Estas personas son mayores y realmente no fue posible lograr que hicieran el pago a la cuenta de la Universidad. Por esta razón, volvimos al esquema anterior, que es recibirles el dinero en efectivo. **PREGUNTADO:** Expide usted un recibo a cada una de las personas

que le cancelan las conferencias o los ciclos de las conferencias en efectivo? CONTESTÓ: Yo no genero un recibo para el asistente a la conferencia. Lo que hacía antes de la auditoría que me hicieron el 1° de marzo de 2018, era generar los recibos de consignación para luego mandar a consignar el dinero en la cuenta de la Universidad en DAVIVIENDA, no con la periodicidad que debió haber sido. Yo lo que venía haciendo era recibir el dinero, guardarlo en la oficina de la Jefe y cuando ya tenía un dinero considerable guardado, es decir, entre dos y tres millones de pesos, enviaba a hacer las consignaciones y en ese momento era que me ponía al día diligenciar los recibos de consignación para pagar en DAVIVIENDA. Yo no tenía control del número de recibos expedidos, solo que el valor se estaba entregando al cajero del banco, coincidiera con el valor que sumaban los recibos de consignación. Hoy en día, es decir, después de la auditoría, genero el recibo a cada persona que me paga, antes de que se acabe la conferencia, el recibo de pago está generado y estoy mandando de inmediato a consignar el dinero en la cuenta de la Universidad y luego actualizo la base de datos de la carpeta compartida y a su vez, Mauricio escanea la lista de asistentes y la sube en la carpeta compartida. Antes, cuando la Directora era la Dra. Esther Lozano, se manejaba que se consignaba cada vez que había mucho dinero y la mandaba a consignar con la señora del aseo. Posteriormente, con la Dra. Viviana Valenzuela, ella expresó que era un riesgo el manejo del dinero directamente en Casa Lleras, por lo que sugirió que se les diera el recibo para pagar en el banco. **PREGUNTADO:** Indique qué valor tienen las conferencias.

"

Más adelante afirmó:

*"**PREGUNTADO:** ¿Quién es la persona responsable del manejo y custodia de los dineros que se reciben en Casa Lleras por concepto de conferencia? CONTESTÓ: Yo. **PREGUNTADO**: ¿Dónde guarda usted el dinero? CONTESTÓ: En uno de los cajones del archivador que está ubicado en la oficina de la jefe de Educación Continua. **PEGUNTADO**: ¿El dinero permanece bajo llave? CONTESTÓ: El cajón puede estar llave, pero yo no lo dejo con llave porque pequé por exceso de confianza y porque a ese mismo cuartico puede ingresar cualquier persona que trabaje o esté en contacto con la Casa Lleras, como por ejemplo los vigilantes, o Mauricio, en el momento en que se va la luz y ellos deben ingresar a revisar el RACK, porque al irse la luz, la casa queda sin internet. Ellos ingresan a prender el RACK para que la casa tenga internet. Si la luz se llega a ir se requiere ingresar allí, por lo que las llaves están disponibles para que las personas ingresen a la oficina, en caso de necesitarse. (...)".*

Adicional a lo indicado en la carta de terminación del

Ahora bien, frente a la pregunta de si se había reunido con su jefe inmediato, ello, con posterioridad a la auditoría realizada, contestó:

"Todo el tiempo nosotras estamos en permanente comunicación. Sobre este tema puntual, hemos tenido varias comunicaciones. La primera que fue cuando la auditora se retiró de mi oficina y yo la llamé inmediatamente muy asustada y le dije que la había embarrado y ella me dijo que consignara ese mismo día el dinero y conservara los soportes, y así lo hice. Yo hice las consignaciones el día 1° de marzo, algunas en horario normal en la sucursal de DAVIVIENDA calle 72 y las que no alcancé, las consigné en la sucursal de Colina Campestre, que se llama Multi Drive. Todas quedaron consignadas el 1° de marzo de 2018. La segunda conversación que tuve con mi jefe sobre este tema fue relacionado con los soportes del año 2017. Lo que pasa es que al tener el archivo compartido, mi jefe me dijo que organizara todos los temas para legalizar y formalizar todas las conferencias del año 2017. Esto fue más dispendioso, porque como les comentaba anteriormente, yo el año pasado no hacía las consignaciones de manera discriminada. Yo hacía una sola consignación. Como consecuencia de esa revisión, le entregué a mi jefe el lunes 12 de marzo a primera hora, un cuadro con el detalle de cada uno de los días de las conferencias y los pagos, dándome

cuenta que, efectivamente hay un faltante de $2.943.500, esa plata fue la que se perdió el año pasado y no sabemos por qué. Yo estoy segura que sí generé esos recibos pero la plata no está. Ese faltante corresponde a $2.943.500. quiero aclarar que yo fui la que medí cuenta de eso y se lo dije a mi jefe. No estoy segura, pero ella quedó de mandar esa información a auditoría y supongo que el cuadro que yo le envíe lo envió a Auditoría, porque el viernes de la semana pasada yo volví a hablar con mi jefe y me dijo que efectivamente había pasado el informe a auditoría y que me iban a llamar a descargos; que la investigación ya estaba corriendo y que esperáramos a ver cuáles eran las conclusiones. ***PREGUNTADO****: ¿Actualmente, se encuentran subsanadas y corregidas las inconsistencias y faltantes de dinero evidenciados por Auditoría Interna de la Universidad? CONTESTÓ: Lo del 2018 si, lo del 2017 no y todavía tenemos el faltante de $2.943.500. (...)".*

Atendiendo tanto la carta de terminación del vínculo laboral, como el acta de descargos, se advierte que las conductas que se endilgan a la actora fue la no entrega de los desprendibles de pago por parte de los asistentes a las conferencias, así como, la consignación de los dineros pagados por los mismos en las cuentas de la Universidad en la misma fecha de su recepción.

De acuerdo con lo anterior, se escuchó la declaración del señor Carlos Mauricio Montero, quien afirmó que conoce a la demandante pues fueron compañeros de trabajo, desempeñando funciones Casa Lleras, no obstante, informó que el sitio de trabajo era una casa de varios pisos. De igual forma, manifestó que la demandante era la secretaria de Casa Lleras, que supo de la existencia de una auditoría que finalizó con el despido de la demandante, pero que no tiene conocimiento acerca de las conclusiones a las que se llegaron con la misma; refirió que eran funciones de la señora Mónica las de apoyar en las conferencias que se realizaban dos veces por semana, momento en el cual recibía el dinero de los asistentes, que por lo general pagaban 10 minutos antes de la iniciación, que se dejaba constancia en un

archivo y en la tarde, antes del cierre de las entidades bancarias, debía dirigirse a realizar la respectiva consignación.

En ese orden de ideas, se advierte que con la sola prueba documental sería suficiente para acreditar las causas que se le endilga a la actora en la carta de terminación del contrato de trabajo, por lo que no es procedente la indemnización reclamada, conclusión que se reafirma con la declaración del señor Carlos Mauricio Montero testigo solicitado por la demandante, en el entendido que el mismo refirió que en efecto la demandante debía prestar el apoyo en las conferencias que se realizaban en la sede Casa Lleras, por lo que debía recibir el dinero de los asistentes, registrarlo en el archivo respectivo y una vez terminada la cátedra, debía proceder a efectuar la consignación respectiva, afirmaciones que refuerzan los motivos que generaron la finalización del vínculo laboral con justa causa, más aún y contrario a lo aducido por el apoderado de la parte actora, quien refirió que no se generó ningún perjuicio a la hoy demandada, cuando en la propia diligencia de descargo la señora Mónica Gómez Rincón, afirmó que en efecto aún no se habían superado las anomalías registradas con la auditoría, púes existía un faltante por concepto de asistencias a las conferencias por la suma de $2.943.500, generándose un perjuicio en cabeza de la Fundación Universidad de Bogotá – Jorge Tadeo Lozano, por tal monto dinerario.

Ahora bien, frente al dicho de la parte actora referente a que debieron existir otras auditorías internas, personal dentro del que se encontraban los jefes inmediatos para velar por el cumplimiento de los procedimientos de recepción y consignación del dinero, así como de los riesgos que implicaba el desplazamiento en la calle con sumas de dinero, tales argumentos quedan en el plano de los supuestos, pues no hay certeza si en efecto existían o no controles adicionales referentes al control de dineros dentro

de la sede Casa Lleras, advirtiendo que en todo caso, de conformidad con lo mencionado por la actora en la diligencia de descargos, a partir 2018 sí debía llevar emitir un comprobante de pago por cada uno de los asistentes a las conferencias, por expreso pedido de su jefe inmediato, así como, el peligro que mencionó con el transporte de dinero, pues en la misma diligencia, indicó que ella lo enviaba a consignar al Banco Davivienda y lo único que verificaba era que la suma que ella entregaba, fuera la misma que recibía el cajero de la entidad bancaria.

En igual forma, tampoco es posible acoger el argumento referente a que no se hicieron llamados de atención por espacio de 26 años de servicios, que implicara una consideración mayor al momento de adoptar la decisión para la terminación del contrato de trabajo, o que la actora contaba con una sobre carga laboral, ya que la finalización del vínculo laboral no es una sanción al trabajador, sino la decisión que se adopta por parte del trabajador o empleador ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas, lo que de por sí no implica de forma necesaria, que se realice otros llamados de atención; así como, que tampoco se demostró por la parte interesada la supuesta carga laboral excesiva que ostentaba la señora Gómez Rincón, situación que no se puede concluir por las 17 funciones que fueron asignadas por el ex empleador, ya que no se acreditó que de igual forma, las mismas tenían que realizarse de forma diaria, lo que impedía a la trabajadora su desplazamiento hasta la entidad bancaria a realizar la consignación de los dineros puestos a su disposición.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el principio de inmediatez y contrario a lo afirmado por el apoderado de la demandante, advierte esta Sala de Decisión que el mismo sí se encuentra acreditado dentro del proceso, en el entendido que si bien la diligencia de descargos de la actora se originó el 23 de marzo de 2018 y la carta de terminación del contrato de

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS**. Se confirman las de primera instancia y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 035 2015 00659 02. Proceso ordinario de Jorge Orlando Ríos Rincón contra Mario Aníbal Castro Rincón y otra (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Solicita el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el demandado Mario Aníbal Castro Rincón desde el 21 de noviembre de 2006 y el 21 de enero de 2015; se condene en forma solidaria a los demandados al reconocimiento y pago de horas extras diurnas y nocturnas de toda la relación laboral, el auxilio de cesantías, primas de servicios, intereses a las cesantías y aportes en pensión respecto

del año 2006; la reliquidación del auxilio de cesantías, de las primas de servicios, de los intereses a las cesantías, de las vacaciones y de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y la sanción por no consignación desde el año 2007 hasta la finalización del vínculo; la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que se vinculó laboralmente con el señor Mario Aníbal Castro Rincón, mediante contrato de trabajo a término indefinido, como conductor de tractocamión, en virtud del cual atendió las órdenes del señor Castro Rincón y siempre transportó carga de la empresa Cemex Transportes de Colombia S.A.

Indicó que la remuneración mensual acordada fue el salario mínimo mensual legal vigente, más una comisión del 15% sobre el valor que facturara el empleador a la sociedad Cemex Transportes de Colombia SAS por los servicios de transporte de carga prestados.

Refirió que desde el 1° de enero de 2010 se acordó que la comisión se pagaría en un 15% siempre que el valor facturado por los servicios de transporte de carga ascendía a $12'000.000,oo y de ser menor a dicha suma se cancelaría tan solo una comisión del 12%.

Que a partir del 1° de mayo de 2011 se acordó que la comisión se pagaría en un 15% siempre que el valor facturado por los servicios de transporte de carga ascendía a $13'000.000,oo y de ser menor a dicha suma se cancelaría tan solo una comisión del 12%; y desde el 1° de noviembre de 2014 se acordó que la comisión sería del 8% sobre el valor facturado.

Señaló que el salario le fue cancelado en efectivo hasta el 31 de diciembre de 2011, y que desde el 1° de enero de 2012 a la cuenta de ahorros de su hijo.

Afirmó que prestó servicios personales todos los días, incluso domingos y festivos, en jornada adicional a la ordinaria; y que la liquidación de sus prestaciones sociales se efectuó únicamente sobre el salario mínimo mensual legal vigente.

Adujo que a pesar de sus reclamos su empleador no lo afilió ni efectuó el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones en el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2006 y el 31 de agosto de 2007; y que los pagos que efectuó a dicho sistema los realizó sobre el salario mínimo mensual legal vigente.

Informó que el 21 de enero de 2015 se le informó parte de su empleador que no había más trabajo para él, ni para su esposa, y que debía dejar el tractocamión en un parqueadero de la ciudad de Ibagué; y que a la finalización del contrato no se le cancelaron los salarios correspondientes al mes de diciembre de 2014 y enero de 2015.

Una vez notificados, los demandados dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones; Mario Aníbal Castro Rincón[1] negó la existencia de un vínculo de carácter laboral y en su defensa adujo en síntesis que creó una sociedad de hecho con el demandante, Irma Cecilia Cotrino y Carlos Sánchez. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de uno de los elementos

[1] Cfr fls 1231 y ss Cdrn 3.

del contrato de trabajo, enriquecimiento sin justa causa, prescripción de las acciones laborales, entre otras.

Por su parte la demandada Cemex Transportes de Colombia S.A.[2] adujo que no sostuvo ninguna relación de carácter comercial con el accionante y que en virtud del contrato comercial que celebró con el demandado Mario Aníbal Castro, éste se obligó a prestar el servicio de transporte terrestre de carga de forma independiente, con personal propio y obrando con plena autonomía administrativa, técnica, directiva y financiera. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del vínculo laboral entre el demandante y mi representada, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, cobro de lo no debido, entre otras.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que no se acreditó el poder de dirección del demandado respecto del demandante, ni de la potestad disciplinaria que eventualmente pudiera ejercer y que por tanto no podía determinarse la existencia de una relación de carácter laboral.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el apoderado del demandante se revoque la decisión recurrida y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda; para lo cual adujo en esencia que contrario a lo que concluyó el servidor judicial de primer

[2] Cfr fls 1859 y ss. Cdrn 4

grado, dentro del proceso sí se establece que el demandado Mario Aníbal Castro Rincón fue el empleador del demandante.

Señala que el servidor judicial no valoró la prueba documental aportada, contentiva de la liquidación del contrato de trabajo, los reportes de pago a las EPS, al Fondo Nacional del Ahorro, entre otros documentos que a su juicio dan cuenta de la existencia de la relación laboral.

Sostiene que los testigos indicaron que la orden del señor Mario Aníbal Castro a todos los conductores era que debían entenderse con la señora Irma como persona encargada de controlar su actividad e impartir órdenes, y que además indicaron por orden del señor Castro además debían presentarse en Cemex y estar disponibles las 24 horas, incluyendo domingos y festivos.

Finalmente aduce que tampoco se tuvo en cuenta que dentro del expediente se encuentra acreditado el pago del salario y unas comisiones al demandante; y que tampoco se valoró la conducta desplegada por el demandado Mario Aníbal Castro en el trámite del proceso, en tanto que en principio afirma que el demandante era socio y posteriormente terminó confesando el pago de comisiones.

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

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.PT. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir si es procedente el reconocimiento de la

existencia de la relación laboral que se reclama con el demandado Mario Aníbal Castro Rincón; y de ser así, si hay lugar al reconocimiento de las acreencias laborales deprecada, y si la demandada Transportes Cemex de Colombia S.A. es solidariamente responsable frente a las mismas.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.[3] basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

En el asunto, corresponde tener en cuenta que desde el escrito de contestación de la demanda el accionado Mario Aníbal Castro Rincón negó la existencia

[3] Subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990.

de la relación laboral que se reclama y planteó en su defensa, que lo que medió fue una sociedad con el demandante, la esposa de éste y un tercero, en virtud del cual aquél <<el demandante>> se comprometió a aportar su trabajo y conocimiento, de manera que niega que la prestación personal del servicio prestado por el actor se realizara a su favor.

Con el propósito de acreditar la existencia del vínculo laboral, se allegó al proceso certificado de pago de aportes al sistema de seguridad social en salud de la EPS Sanitas[4] en el que se advierte el que el demandado Mario Aníbal Castro Rincón efectuó el pago de los aportes a favor del demandante en forma ininterrumpida desde el 10 de octubre de 2007 hasta el mes de febrero de 2015.

Se incorporó igualmente certificación expedida por el demandado el 21 de febrero de 2012 dirigida a la ARP Positiva[5] en la que éste dejó constancia que el 12 de febrero de 2012 el demandante "*...se encontraba cumpliendo su función de conductor del vehículo tracto camión SRL 705 llevando un viaje de Cemento a granel ... de la empresa Cemex Transportes S.A. empresa (sic) con la cual tengo contrato.*".

Igualmente, obra dentro del proceso reporte de semanas cotizadas a Colpensiones[6], en el que se observa que el demandado Mario Aníbal Castro efectuó aportes a favor del demandante desde el 1° de septiembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2014; así como constancia expedida por el Fondo Nacional del Ahorro[7] el 23 de febrero de 2015, en la que se señala que el demandante se encuentra afiliado "*...desde hace 86 meses*" con el demandado Mario Aníbal Castro Rincón.

---

[4] Cfr fls 16 a 21 Cuaderno 1
[5] Cfr fl 26 ibidem
[6] Cfr fl 32 a 38 ibidem.
[7] Cfr fl 39 ibidem.

También se allegó por parte del propio demandado comprantes de pago de salario al demandante de algunos meses[8], liquidación y pago de prima de servicios[9], liquidación de vacaciones[10], consignación de cesantías al Fondo Nacional del Ahorro[11] y liquidación del contrato de trabajo junto con la constitución de un título de depósito judicial por la suma de $2'285.462,oo para el pago de prestaciones sociales[12] del demandante.

Ahora bien; en lo que respecta a la existencia del vínculo laboral reclamado, al absolver interrogatorio de parte el demandado aceptó que el demandante laboró entre el 21 de noviembre de 2006 y el 21 de enero de 2015, sin embargo, precisó que realizó un negoció con el demandante y su esposa <<Irma Cotrino>> para la adquisición de unos vehículos, en virtud del cual él ponía unos dineros y el demandante y su esposa se encargaban de la parte logística, con la idea de librar los camiones; y que se acordó el contrato de trabajo del demandante en condición de Conductor por cuanto Cemex lo exigía, pero que él nunca le impartió una orden al demandante; señaló que el negocio tuvo que manejarlo él como persona natural debido a que por temas judiciales el demandante y su esposa no podían figurar; así mismo reconoció que al demandante, como a todos los conductores, le reconoció salarios, prestaciones y vacaciones por la labor que ejercía como conductor.

Por su parte el demandante al absolver interrogatorio de parte señaló que el demandado Mario Aníbal Castro Rincón le mandó razón con su esposa <<Irma Cotrino>> de que si recogía un vehículo en Cartagena y una vez saliera el contrato con Cemex trabajaba como conductor del referido vehículo; refirió que el demandado Mario Aníbal Castro fue su empleador y que recibió órdenes de él por medio de Irma Cotrino, quien aduce era la coordinadora logística, y ella le llevaba esa información a la contadora de

[8] Cfr fls 1409, 1410, 1415, 1417, 1420, 1422, 1428, 1430, 1431, 1435, 1439, 1444 - Cdern 3; 2067, .
[9] Cfr fls 1418, 1438, 1445 a 1447
[10] Cfr fl 196 vlto.
[11] Crr fls 1810 y ss Cuaderno 4.
[12] Cfr fls 1804 y 1805, 1940 a 1945 ibidem.

Mario Aníbal Castro para que se realizaran las correspondiente liquidaciones; que inicialmente los pagos se efectuaron en efectivo y posteriormente mediante transferencia para lo cual suministró la cuenta que tenía un hijo con Davivienda.

Los deponentes Vicente Octavio Bejarano y Roberto Carlos Urrego, indicaron en similar sentido, que en condición de compañeros de trabajo, el primero hasta septiembre de 2009 y en el caso del señor Urrego hasta febrero de 2008, conocieron al demandante conduciendo un tractocamión de propiedad del señor Mario Aníbal Castro para cargar mercancía de Cemex; afirman que la señora Irma Cotrino era la empleada del señor Castro encargada de los vehículos y los conductores; desconocieron si el señor Castro le impartía órdenes al demandante; y señalaron que debían estar disponibles las 24 horas del día.

Así mismo, los testigos Irma Cecilia Cotrino y Felipe Ríos Cotrino, quienes además de ostentar la condición de esposa e hijo del demandante, también tuvieron relaciones contractuales con el demandado Mario Aníbal Castro Rincón; refirieron que el demandante prestó servicios para este último como conductor de vehículos de su propiedad para el transporte de carga de Cemex; e indicaron que el demandado Castro Rincón impartía las órdenes por intermedio de la señora Irma Cecilia.

De un análisis profuso y sereno de los medios de convicción antes reseñados, contrario a lo que concluyó el servidor judicial de primer grado, a juicio de la Sala dimana en forma diáfana la existencia del vínculo laboral que se reclama entre el demandante y el demandado Mario Aníbal Castro Rincón.

En efecto; aun cuando al absolver interrogatorio de parte el señor Castro Rincón antepone al vínculo laboral, la existencia de una sociedad con la

señora Irma Cecilia Castro, el demandante y un tercero; y además afirma que el contrato de trabajo se celebró por requerimiento de la empresa Cemex; advierte la Sala que no solo al demandante en condición de conductor de vehículos del demandado Castro Rincón, se le dio el trato de otras personas que prestaban el mismo servicio, en cuyo desarrollo el demandado no solo lo afilió al sistema de seguridad social integral, sino que le pagó un salario y las acreencias propias de ese tipo de vínculos; aspectos estos últimos que ponen de presente que el referido contrato laboral trascendió de lo aparente; sino que además no se acreditó la existencia de la sociedad a que hace alusión el demandado.

En este punto, conviene indicar que si bien se aportó declaración extrajuicio rendida ante Notario por el señor Carlos Enrique Sánchez Forero, en la que éste indica que el demandante efectivamente hizo parte de la sociedad a que hace referencia el demandado Castro Rincón; no es posible tener en cuenta esta declaración en consideración a que el testigo no ratificó su dicho en los términos del artículo 222 del C.G.P. a pesar de que ello había sido solicitado por la parte actora y ordenado por el servidor judicial de primer grado; razón por la que en los términos del inciso final del artículo 188 del C.G.P. no es procedente dar valor probatorio a la referida declaración.

Aunado a lo anterior; el demandado plantea que la sociedad que se conformó con el demandante y la señora Irma Cecilia Cotrino era para adquirir unos vehículos para vincularlos con Cemex, en virtud de la cual él era el socio capitalista y los segundos socios "*operativos*"; no obstante, llama la atención de la Sala que, el 17 de agosto de 2006 la Empresa Cemex Transportes de Colombia S.A.[13] expidió orden de servicios para los vehículos de placas SRL705 y SRL706, y el demandante se hubiere vinculado tan solo hasta el 21 de noviembre de 2006; esto es, más de tres meses después de la

[13] Cfr fl 1763 – Cdno 4.

conformación de la sociedad referida por el demandado; y en todo caso tampoco hay medio de convicción que dé cuenta de la participación por parte del demandante en la toma de decisiones.

Ahora bien; no desconoce la Sala que tanto el demandante al absolver interrogatorio de parte, como los deponentes Vicente Octavio Bejarano y Roberto Carlos Urrego, refieren que para el desarrollo de su actividad como Conductor se entendían con la señora Irma Cecilia Cotrino; sin embargo, contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado, se advierte que el demandado en condición de propietario y contratista siempre tuvo el control de la actividad realizada por el demandante de cara al cumplimiento de los contratos de arrendamiento de vehículos y transporte de carga, mediante los cuales se vinculó con la empresa Cemex Transporte de Colombia S.A. y Cemex Colombia S.A.. Tan es así que tuvo la potestad de poner fin al vínculo que lo ataba con el demandante en forma unilateral, al indicarle que dejara el vehículo parqueado en la ciudad de Ibagué; de manera que el demandado Castro Rincón siempre contó con la facultad general de imponer órdenes o impartir instrucciones, aspectos propios de la subordinación, que a su vez es el elemento propio e identificador del contrato de trabajo; a pesar de que para ello se valió la injerencia de un tercero.

Se recuerda en este punto, conforme lo enseñó el tratadista Guillermo González Charry, haciendo alusión a la denominada subordinación jurídica que "*...se trata más de una posibilidad que de una realidad.*", de manera que, "*...la subordinación radica más fundamentalmente en el hecho de que el empleador pueda en cualquier momento, durante la vigencia del contrato, impartir órdenes o dar instrucciones o imponer reglamentos internos, y que cuando ello ocurre, el trabajador debe cumplirlas.*"; como en efecto ocurrió en el asunto en donde el demandante una vez se le indicó que debía dejar de conducir el vehículo y hacer entrega de las llaves del mismo, así lo hizo.

Conviene en este mismo sentido traer a colación el criterio sentado por la máxima Corporación de justicia laboral en la sentencia SL1439 de 2021, en donde en relación con los hechos indicadores de la existencia de la relación laboral reiteró:

"En relación con el criterio de la integración en la organización de la empresa, acogido en la Recomendación n.° 198 de la OIT, la Sala ha destacado su importancia en las dinámicas productivas actuales (CSJ SL4479-2020), dado que se trata de un indicador abierto, complejo -aglutina otros indicios- y relevante para resolver casos dudosos, como aquellos que se presentan en sectores económicos fragmentados por prácticas de tercerización laboral o de subcontratación en las que el juez se enfrenta a una pluralidad de empresas (relaciones multipartitas o redes empresariales) o trabajos caracterizados por el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

Este criterio da por descontado que la empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de su titular. Cuando el empleador organiza de manera autónoma sus procesos productivos y luego inserta al trabajador en ese ámbito para dirigir y controlar su labor, según esos fines empresariales, se estará ante un indicio claro de subordinación. El trabajador que no tiene un negocio propio, una organización empresarial suya con su propia estructura, medios de producción, especialización y recursos, sino que se ensambla en la de otro, carece de autonomía. No se trata de una persona que desarrolla libremente y entrega un trabajo para un negocio, sino que su fuerza de trabajo hace parte del engranaje de un negocio conformado por otro.

Sobre el particular, la doctrina autorizada ha señalado que el criterio en cita tiene la peculiaridad de englobar una tríada de conceptos: integración, organización y empresa. De modo tal que este indicio se traduce «en la inserción o disponibilidad del prestador de servicios dentro del ámbito de dirección y organización del beneficiario, esto es, en la esfera de la empresa a su cargo», premisa de la que se deriva suficientemente «el carácter dependiente o subordinado de la prestación de servicios»."

El anterior criterio resulta plenamente aplicable al caso que ocupa la atención de la Sala en tanto se advierte que el demandado Mario Aníbal Castro Rincón, de acuerdo con el certificado de Cámara de Comercio, tiene como actividad económica entre otros el "*TRANSPORTE DE CARGA POR CARRETERA*", que en ejercicio de la misma actividad y la condición de propietario de tres tractocamiones celebró diversos contratos de carácter comercial que celebró con la demandada Cemex Transportes de Colombia S.A., de manera que el demandante en condición de conductor se vinculó a dicha estructura conformada por el demandado Cortes Rincón para prestar su fuerza de trabajo; relación laboral que, conforme se advirtió, sí fue reconocida, al punto que al demandante se le pagaron las acreencias laborales propias de esa clase de vínculos.

En las condiciones analizadas no resta más que revocar la determinación que acogió en servidor judicial de primer grado, para en su lugar declarar la existencia de la relación laboral que se reclama entre el demandado y el demandado Mario Aníbal Castro Rincón; por el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2006 y el 21 de enero de 2015, aspecto éste último reconocido por el demandado Castro Rincón al absolver interrogatorio de parte.[14]

SOLIDARIDAD

Al respecto, es del caso señalar que el artículo 34 del CST dispone la existencia de responsabilidad solidaria, en materia laboral, entre el contratante de una obra y sus contratistas, respecto de las obligaciones laborales que surjan a cargo de éstos, a menos que lo contratado sean "*labores extrañas a las actividades normales*" de la empresa o negocio del contratante.

[14] Cfr minuto 39:40 CD fl 3110 Cdno 7.

Con esta previsión normativa se pretendió evitar que se diluya artificiosamente en terceros la responsabilidad que las normas legales asignan al empleador en la relación de trabajo, y al mismo tiempo permite al empresario la contratación de labores o servicios especializados sin asumir responsabilidades laborales que le resultarían extrañas por ser tales servicios ajenos a la órbita habitual de sus actividades.

Para definir si existe o no responsabilidad solidaria en el asunto, considera la Sala oportuno tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral tiene adoctrinado "*...que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste."(sentencia SL14692-2017 y SL4400-2014).*

En tal sentido, para definir si existe o no responsabilidad solidaria con un contratista independiente no basta con hacer una comparación simple de los objetos sociales de la empresa contratante y el aludido contratista; de manera que lo que el juzgador debe examinar, además de las actividades que describen el objeto social en documento como el certificado de Cámara y Comercio, es que aquellas se relacionen con el objeto social, bien porque las complemente o porque hagan parte de la transformación, manipulación o mantenimiento de la cadena productiva como forma de dar prevalencia a la realidad de la actividad desempeñada sobre las formalidades comerciales.

Dando alcance a las anteriores premisas al presente asunto, corresponde a la Sala tener en cuenta que, de conformidad con el certificado de existencia

y representación legal[15], el objeto social de la demandada Cemex Transportes de Colombia S.A. es "*LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE (sic) AUTOMOTOR, MODALIDAD DE CARGA, EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL, DE TODA CLASE DE BIENES O COSAS PORPIAS O DE TERCEROS. EL SERVICIO SERÁ PRESTADO POR EN VEHÍUCLOS PROPIOS O AJENOS...*"

En tal sentido, dado que la referida sociedad en el escrito de contestación de la demanda reconoció haber contratado al demandado Mario Aníbal Cortes Rincón para que le prestara el servicio de transporte terrestre automotor de carga; actividad que corresponde a la de su objeto social; de manera que es evidente su responsabilidad solidaria frente a las acreencias laborales del demandante.

PRESCRIPCIÓN

Por cuestiones de orden metodológico la Sala procede la Sala a pronunciarse en relación con la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, para lo cual, corresponde tener en cuenta que en los términos del artículo 91 del C.G.P. el demandante interrumpió el término prescriptivo el 29 de julio de 2015[16]; por lo tanto en los términos del artículo 151 del C.G.P. en concordancia con el artículo 488 del C.S.T.; los derechos que se causaron antes del 29 de julio de 2012 se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

HORAS EXTRAS

Reclama el accionante el reconocimiento y pago de horas extras diurnas, nocturnas, y en días dominicales y festivos; y para determinar su procedencia considera la Sala oportuno señalar que la jurisprudencia ha

[15] Cfr fls 1829 y ss Cdno 4.
[16] Cfr fl 1151 Cdno 3.

sido clara al determinar que la prueba para demostrarlo debe ser de una definitiva claridad y precisión, y que por esa misma razón, el juzgador no puede hacer cálculos ni suposiciones para deducir el tiempo extra trabajado; carga probatoria que al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP. <<aplicable al procedimiento laboral en cumplimiento al principio de integración normativa previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo>> se encuentra a cargo del accionante, pues es a él en su condición de trabajador a quien corresponde acreditar la prestación del servicio durante un lapso superior a la jornada legal ordinaria de trabajo.

En sentencia del 22 de junio de 2016 la Honorable Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 45.931, con ponencia del Honorable Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, sobre el particular indicó:

> *"Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. ..."*

Dando alcance al criterio jurisprudencial en cita al caso objeto de estudio advierte la Sala que no existe medio de convicción que le permita a la Sala establecer con la referida precisión y claridad el trabajo suplementario realizado por el demandante; aspecto que resulta fundamental para acceder al pago de las diferencias en las acreencias laborales deprecadas.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio advierte la Sala que no existe medio de prueba que le permita a la Sala establecer

con la referida precisión y claridad el trabajo suplementario realizado por el demandante.

Ahora; aun cuando los deponentes Vicente Octavio Bejarano y Roberto Carlos Urrego, señalan que para la prestación de servicios como conductores debían estar disponibles las 24 horas del día; lo cierto es, que fueron compañeros de trabajo del accionante tan solo hasta aproximadamente el mes de septiembre de 2009; periodos frente a los cuales ya se encuentran prescritos los valores que se reclaman por concepto de trabajo extra y suplementario; y en todo caso, hicieron alusión a su situación particular y no a la del accionante, de quien afirman, cumplía rutas diferentes.

En las condiciones analizadas no resulta procedente acceder al reconocimiento y pago del trabajo extra y suplementario en días de descanso obligatorio.

RELIQUIDACIÓN

Solicita el demandante la reliquidación del auxilio de cesantías de los años 2007 a 2013, de las primas de servicio de los años 2007 a 2014, de las vacaciones de los años 2008 a 2013, y de los intereses a las cesantías de los años 2007 a 2013; solicitudes que, de acuerdo con los supuestos fácticos de la demanda, se soportan en la no cancelación de trabajo extra y en días de descanso obligatorio, así como la no inclusión de comisiones.

La anterior pretensión se encuentra llamada a la improsperidad, ante el fracaso de la pretensión relativa al reconocimiento y pago del trabajo extra y en días de descanso obligatorio; y porque de los medios de convicción allegados no es posible establecer el valor de las comisiones que le fueron canceladas al accionante.

En efecto; si bien la parte actora aportó abundante prueba documental diversas relaciones de cuentas en el que se detalla el "*producido*" de cada vehículo, tales documentos se encuentran desprovistos de firma o algún signo distintivo que permitan establecer su autoría; así mismo a pesar de que también se incorporaron extractos bancarios, los mismo corresponden no a una cuenta del demandante sino de su hijo, sin que sea posible determinar que conceptos son los que le eran consignados y si estaban dirigidos al accionante o a su hijo, quien por demás también tuvo una relación contractual con el demandado Castro Rincón.

AUXILIO DE CESANTÍAS

Reclama el accionante el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2006, 2014 y 2015; y en tal sentido, dado que no se acredita dentro del plenario el pago de los referidos periodos, resulta procedente acceder a su reconocimiento teniendo en cuenta el criterio que en forma pacífica ha reiterado la máxima Corporación de Justicia Laboral desde la sentencia proferida el 24 de agosto de 2010 dentro del radicado 34.393, en torno a que el auxilio a las cesantías se causa a la finalización del contrato de trabajo.

Por tanto, en tanto no se acredita dentro del plenario que el accionante percibiera para el año 2006 suma superior al salario mínimo mensual legal vigente; sobre dicho valor se determinará el monto que por dicho concepto le corresponde; en tal sentido, una vez efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas se tiene que resulta procedente el reconocimiento a favor del demandante la suma de $45.334,oo.

En lo que respecta al reconocimiento del auxilio de cesantías respecto de

los años 2014 y 2015, se tendrá en cuenta un salario de $850.000,oo para cada anualidad en la medida que de acuerdo con los comprobantes de pago allegados es la suma que se reconoció para los años 2011 y 2012, y sobre la que se efectuó el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, monto que por demás resulta superior al salario mínimo mensual legal vigente de la época.

Acorde con lo anterior, se condenará a las demandadas en forma solidaria al reconocimiento y pago de la suma de $944.918,oo, por concepto del auxilio de cesantías de los periodos reclamados.

VACACIONES - PRIMAS DE SERVICIO – INTERESES A LAS CESATÍAS

Reclama la demandante el reconocimiento y pago de vacaciones de los años 2006, 2007, 2014 y 2015; primas de servicio de los años 2006 y 2015; y los intereses a las cesantías correspondientes a los años 2006, 2004 y 2015.

Al respecto de entrada advierte la Sala que de los anteriores derechos que se reclaman se encuentran prescritos aquellos que se causaron con anterioridad al 29 de julio de 2012, tal como se consideró al resolver la excepción de prescripción; y para determinar el valor de los derechos causados en los años 2014 y 2015, se tomará la suma de $850.000,oo por las mismas indicadas en el acápite anterior.

Así las cosas, conforme con lo establecido en los artículos 186 y 187 del C.S.T. que hacen referencia a las vacaciones, los artículos 306 y 307 de la misma obra, sobre las primas de servicios, y la Ley 52 de 1975 en relación con los intereses a las cesantías; y efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, resulta procedente ordenar el reconocimiento y pago de la suma de

$449.791,oo por vacaciones, por concepto de primas de servicios la suma de $899.584,oo y por intereses a las cesantías la suma de $102.347,oo.

APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Reclama el demandante se ordene el pago a Colpensiones de los aportes del año 2006, así como el pago de las diferencias entre el valor que se aportó a dicha entidad y el valor que le correspondía consignar de acuerdo con el monto de su salario, entre los años 2007 y 2015.

Al respecto considera la Sala que resulta procedente ordenar el pago de los aportes correspondientes al periodo comprendido entre el 21 de noviembre y el 31 de diciembre de 2006, para lo cual deberá tener en cuenta como ingreso base de cotización el salario mínimo mensual legal vigente de la época.

No se ordenará el reconocimiento y pago del reajuste del valor de los aportes, en tanto que, como se determinó en forma precedente, no se acreditó la existencia de un mayor valor salarial a aquél sobre el que estos se realizaron.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

De acuerdo con el criterio inveterado de la máxima Corporación de Justicia Laboral, es al demandante a quien le corresponde acreditar que el vínculo finalizó como consecuencia de la determinación de la sociedad accionada, y solo verificado este supuesto corresponde al empleador correr con la carga de la prueba de demostrar la justa causa de la terminación del vínculo.

En el asunto el demandado Castro Rincón al absolver interrogatorio de parte reconoció que dio por terminado el vínculo que lo unía con el demandante, al indicarle que dejara el tractocamión parqueadero; y en tanto se advierte que

dicha determinación no estuvo amparada en justa causa resulta procedente el reconocimiento de la indemnización deprecada.

En tal sentido, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2° del literal a artículo 64 del C.S.T. corresponde a reconocer al demandante por dicho concepto la suma de $4'911.111,oo.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

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

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

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

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio considera la Sala no resulta procedente el reconocimiento y pago de la sanción por no consignación de las cesantías de los años 2014 y 2015, pues el vinculo finalizó el 21 de enero de esta última anualidad de manera que no surgió la obligación de consignar cesantías respecto del año 2015, y no se había vencido el plazo para consignar las del año 2014, debiendo en consecuencia ser estas entregadas a la terminación del contrato de trabajo.

En lo que respecta al reconocimiento de la indemnización moratoria se advierte que se intentó ocultar la existencia del vínculo laboral del demandante, y si bien este constituyó depósito judicial el 25 de febrero de 2015, el mismo por si solo no tiene el efecto de liberarlo del pago de las obligaciones laborales insolutas, al no ser puesto a disposición del trabajador.

Al respecto corresponde a la Sala tener en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1657 del Código Civil en concordancia con numeral 2° del artículo 65 del C.S.T. el pago por consignación es forma

válida con cuenta el deudor, en este caso el empleador, para cumplir con la obligación de pago a su cargo; pero para ello, conforme lo reconoció el propio servidor judicial de primer grado, no basta con la constitución del título de depósito, si o que adicionalmente tiene que notificar al trabajador su existencia para que este cuente con la posibilidad de ir a reclamarlo.

Ahora bien, mediante la Circular 048 del 27 de junio de 2008 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura estableció el trámite que se debía impartir por parte de los empleadores para efectuar el pago por consignación de las acreencias laborales, estableciendo al efecto que en primer término el pago se debe realizar a la cuenta denominada "*DEPÓSITOS JUDICIALES PAGO POR CONSIGNACIÓN DE PRESTACIONES LABORALES*" del Banco Agrario, y luego de ello, junto con el correspondiente título debe allegar un formulario a la Oficina Judicial a efectos de que se someta a reparto, pues una vez allí el beneficiario puede solicitar su pago.

En tal sentido, se accederá al reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., y para ello, de acuerdo con la tesis mayoritaria de la Sala, y de la cual se separa respetuosamente la ponente, resulta procedente únicamente el reconocimiento de un día de salario por cada día de mora respecto de los primeros 24 meses y a partir del mes 25 el reconocimiento de intereses de mora a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta cuando el pago se verifique, sobre las sumas adeudadas por concepto de primas de servicio y cesantías.

Criterio que no comparte la ponente, quien considera que el entendimiento que debe darse a la sentencia C-781 de 2003, es el reconocimiento de la indemnización moratoria se debe extender en forma indefinida a razón de un día de salario por cada día de mora hasta la fecha en que se produzca el

correspondiente pago siempre que demande dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del vínculo, pues solo en caso contrario, esto es, cuando el trabajador inicia la acción judicial pasados esos 24 meses, a partir del de la iniciación del mes 25 y hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente, el empleador deberá reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

En consecuencia se condenará a las demandadas al reconocimiento y pago de la suma de $20'400.000,oo por los primeros 24 meses, y al reconocimiento de intereses de mora en la forma antes indicada a partir de la iniciación del mes 25.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en primera instancia a cargo de los demandados, y sin lugar a su imposición en la alzada ante la prosperidad del recurso.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el demandado Mario Aníbal Castro Rincón, por el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2006 y el 21 de enero de 2015,

de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO.- CONDENAR al demandado Mario Aníbal Castro Rincón al reconocimiento y pago de las siguientes sumas y conceptos: *a)* $944.918,oo por auxilio de cesantías; *b)* $899.584,oo por prima de servicios; *c)* $102.347,oo por intereses a las cesantías; *d)* $449.791,oo por vacaciones; *e)* el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 21 de noviembre y el 31 de diciembre de 2006, sobre el salario mínimo mensual legal vigente para la época ; *f)* por concepto de indemnización por despido la suma de $4'911.111,oo; y *g)* por concepto de indemnización moratoria la suma de $20'400.000,oo, y los intereses de mora causados a partir del mes 25 sobre las sumas adeudadas por concepto de primas de servicio y cesantías, en la forma establecida en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- CONDENAR a la demandada Cemex Transportes de Colombia al pago en forma solidaria de las condenas impuestas en contra del demandado Mario Aníbal Castro Rincón, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado lo están a cargo de los demandados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 1100013105-036-2016-00720-01. Proceso Ordinario de Diana Rocío Rosas Sosa contra Instituto de Seguros Sociales en Liquidación (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes frente a la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 7 de febrero de 2019; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante mediante el trámite del proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, conforme con el artículo 5° de la Convención Colectiva de

Trabajo, la que no tuvo solución de continuidad y por tanto tuvo una vigencia por el período comprendido entre el 2 de septiembre de 2010 y el 25 de marzo de 2014 y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, compensación de vacaciones, prima de vacaciones, prima técnica para profesionales no médicos y auxilio de transporte de carácter convencional por todo el tiempo que se mantuvo el contrato de trabajo, prima de antigüedad y prima de navidad, indemnización moratoria, indexación de las condenas impuestas, devolución del 10% por concepto del valor descontado por retención en la fuente, reconocimiento de bono pensional con destino al RPM, el valor de lo pagado por concepto de pólizas de cumplimiento y las costas del proceso; de forma subsidiaria, peticionó el reconocimiento del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones no disfrutadas, primas de vacaciones, primas de servicio, prima de navidad y auxilio de transporte de carácter legal, junto con la indemnización moratoria, la devolución por concepto de retención en la fuente y pólizas de cumplimiento, la indexación de las condenas, el reconocimiento del bono pensional y las costas del proceso.

Al desatar las pretensiones de la demanda la operadora judicial de primer grado, consideró que dentro del proceso existe prueba determinante de la existencia del contrato de trabajo, no obstante, advirtió una interrupción en la prestación de los servicios, por lo que se ocupó únicamente del último contrato que existió entre las partes y en razón a ello condenó a la demandada al reconocimiento parcial de los derechos. Textualmente sentenció[1]:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora DIANA ROCÍ ROJAS SOSA y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY LIQUIDADO, existió un contrato de*

[1] Fl. 232 y 233

trabajo a término indefinido entre el 26 de diciembre de 2012 y el 25 de marzo de 2014.

***SEGUNDO: CONDENAR** a la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A. – única y exclusivamente como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR ISS HOY LIQUIDADO, a pagar a La accionante:*

a. *$222.800 por auxilio de transporte.*
b. *$1.087.311 por prima de servicios convencionales.*
c. *$1.012.313,50 por primas de navidad.*
d. *$236.057 por cesantías.*
e. *$13.332 por intereses a las cesantías con sanción.*
f. *114.459 por vacaciones.*
g. *31.320 por devolución de sumas pagadas por pólizas de cumplimiento.*
h. *La indexación de las sumas adeudadas, desde el momento en que se hicieron exigibles y hasta cuando se produzca el pago efectivo.*

***TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.*

***CUARTO: ABSOLVER** a la SOCIEDAD DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A. – como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO de las demás pretensiones formuladas en su contra y a COLOMBIANA DE TEMPORALES SOCIEDAD ANÓNIMA COLTEMPORA S.A., de todas las pretensiones. (...)"*

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La apoderada de la parte demandante solicitó se revise la sentencia en su integridad, en el entendido que se acreditó una serie de contratos de prestación de servicios por el período comprendido entre el 2 de

septiembre de 2010 y el 25 de marzo de 2014, señalando, que el hecho de que exista una interrupción en dichos contratos, es un término mínimo como para la interrupción declarada, decisión que va en contra de los derechos de la demandante, pues afecta sus acreencias laborales e indemnizaciones a que tiene derecho. Así mismo, adujo inconformidad respecto a la absolución de la indemnización moratoria, ello por el tiempo que ha transcurrido para el reconocimiento de los derechos laborales, más aún, cuando el Decreto 797 de 1949 establece un término de 90 días para el reconocimiento de los derechos laborales, indemnización que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia como en las sentencias con radicado 37656, 47818, 42546, 64639, entre otras, en las que se ha determinado que existe mala fe con la suscripción de reiterados contratos de prestación de servicios, por lo que acreditado el contrato de trabajo y los reiterados contratos de prestación de servicios, hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria.

Por su parte, la litigante de la pasiva solicitó se revoque la decisión adoptada y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, en el entendido que no se comprende que tal como lo indicó la falladora, se tenga en cuenta el tiempo laborado a favor de la temporal, pues los Decretos de supresión y liquidación de la entidad le dieron facultades al liquidador no solo de efectuar el trámite de liquidación, sino de terminar con los contratos de prestación de servicios suscritos, así como el de contratar para el trámite liquidatorio, por lo que tal contratación se generó por intermedio de una empresa de servicios temporales, término en el cual se le pagaron sus prestaciones salariales y legales, situación que resulta contradictoria, en el sentido que dentro de las sumas asignadas al PAR, no se contempló emolumento alguno para pagar en favor de la

empresa Coltempora, por lo que la Fiducia no debería responder por tales conceptos y por ello se debería absolver de los mismos.

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

CONSIDERACIONES:

La controversia que suscita la atención de la Sala, se centra en primer término en establecer sí hay lugar a declarar la existencia de la relación laboral deprecada, así como los extremos temporales de la misma; y en caso afirmativo, analizar la procedencia del reconocimiento a favor de la demandante de las condenas impuestas en contra de la demandada, así como si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, al igual, que establecer quién debe proceder con el pago de las condenas impuestas.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, para que se configure la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos: 1. **La actividad personal o prestación del servicio** 2. **La dependencia o continuada subordinación**, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y; 3. **La existencia de salario.**

En el caso objeto de estudio se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios personales a favor de la demandada, aspecto que por demás se puede establecer de la certificación que expidió la propia entidad accionada, visible a folio 94 del expediente; prestación del

servicio que al tenor de lo dispuesto en el artículo 20[2] del Decreto 2127 de 1945, permite presumir la existencia de la relación laboral que se reclama.

En este punto a juicio de la Sala, resulta imperativo advertir que ha indicado la jurisprudencia que la referida presunción no se desvirtúa con la simple exhibición de los contratos de tipo comercial, civil, o incluso de naturaleza administrativa suscritos entre las partes, pues independientemente del rótulo que se le dé al contrato que estas suscriben, lo que resulta determinante es lo que sucede en el campo de los hechos, esto es, la forma como se ejecuta la prestación del servicio.

Y en tal sentido, de acuerdo con las declaraciones vertidas dentro del proceso por los testigos Carol Andrea Valencia Villamil, Jesús Peña Palacios y María Consuelo Cubides cruz personas que tuvieron una relación directa y constante con la demandante en desarrollo de los contratos de prestación de servicios, en cuanto eran compañeros de trabajo, y por ellos saben que el horario de trabajo era de lunes a viernes de 8 de la mañana a 5 de la tarde, que recibían órdenes por el jefe inmediato e incluso por correo electrónico, pues le fueron asignados equipos de cómputo y claves de acceso por parte de la entidad, que el jefe inmediato les indicaba los días sábados que debían laborar, así como, que para que le fueran concedidas vacaciones debían pagar el tiempo; que debían asistir de forma obligatoria a la entidad, pues no podían delegar funciones en terceros, ni desempeñar las labores fuera de la misma, pues no podían retirar los expedientes de dichas dependencias, por lo que cumplían las mismas funciones del personal de planta.

---

[2] " *El contrato de trabajos e presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.*"

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la determinación que sobre la existencia del vínculo laboral adoptó la operadora judicial; sin embargo, se debe proceder con el estudio planteado por la parte actora, referente a la existencia de una sola relación laboral, en el entendido que la aquo encontró acreditada la interrupción de la misma.

Para desatar el punto de inconformidad, se advierte que en la certificación de folio 94 del plenario, se encuentra una interrupción de 25 días, pues el contrato No. 5000029201 finalizó el 30 de noviembre de 2012 y el contrato No. 5000033153 inició el 26 de diciembre de 2012, por lo que se hace necesario traer a estudio lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicado No. 61644 del 24 de abril de 2019, M.P. Dra. Jimena Isabel Godoy Fajardo, en la que se indicó:

"Contrario a lo dicho, de forma reciente en sentencia CSJ SL981-2019, en un caso similar al presente, en el que se debatía lo correspondiente al contrato realidad, en litigio promovido contra la misma demandada, al examinar una interrupción de 22 días, dijo esta Corporación:

Lo anterior revela que el mayor espacio de tiempo entre contratos fue de 22 días, sin que ello implique solución de continuidad, situación fáctica que evidencia la equivocación del ad quem, cuando consideró la existencia de 2 contratos autónomos: uno del 26 de mayo al 31 de diciembre de 1992 -en el que incluyó los 22 días atrás reseñados- y otro del 4 de marzo de 1993 al 30 de noviembre de 2003, pues lo cierto es que no hubo interrupción entre diciembre de 1992 y marzo de 1993, ya que se reitera, a folio 13 se comprueba que el primer contrato se prorrogó 2 meses más y continuó vigente entre enero y febrero de 1993, para reanudarse la prestación del servicio el 4 de marzo de 1993, sin que el espacio de 4 días desvirtúe la continuidad del vínculo.
[...]

En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato ***median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes,*** *estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. (Negrillas fuera de texto)*

Por tanto, acatando este precedente, en el sub examine, contrario a lo argumentado por el fallador colegiado, no puede considerarse que las interrupciones precarias de 16 días en octubre de 1996, de 11 días en diciembre de 2006, de 6 días en diciembre de 2007, y de 10 días de suspensión en noviembre de 2006, tenga la virtud y la entidad suficiente para interrumpir el nexo contractual y dar origen a uno nuevo, pues como lo examinó el fallo antes aludido, «cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales (...)».

De acuerdo con lo anterior, debe precisarse que si bien se indicó por la alta Corporación la posibilidad de declarar la no solución de continuidad aún cuando se presenten interrupciones de máximo 30 días en los contratos, también lo es, que la misma indica, que se debe acreditar la intención de las partes de continuar con el vínculo laboral, precepto que no se encuentra demostrado al interior del proceso, pues como se indicó, existió una interrupción por 25 días, sin que se hubiese acreditado una prestación del servicio por parte de la ex trabajadora por dicho interregno e incluso, la entidad a los testigos escuchados les finalizó los contratos de prestación de servicios el 30 de noviembre de 2012, sin volverlos a vincular, por lo que no existe la certeza de que respecto de la señora Diana Rocío Rojas Sosa se hubiese querido continuar con el vínculo laboral, fundamentos por los cual se confirmará la decisión proferida por la falladora de primer grado, en el entendido que se acreditó al existencia de dos relaciones laborales con extremos temporales diferentes, debiéndose proceder con el estudio de las

condenas impuestas, de forma exclusiva respecto del vínculo generado a partir del 26 de diciembre de 2012.

Ahora bien, frente al extremo final del contrato de trabajo, es necesario advertir que de acuerdo con la certificación visible a folio 85 del plenario emitida por parte de Coltempora, la actora prestó sus servicios por el período comprendido entre el 1° de abril de 2013 y hasta el 25de marzo de 2014, siendo vinculada mediante contrato de obra o labor, para desempeñar sus servicios a favor del Instituto de Seguros Sociales, de lo que se puede concluir, que el último contrato de la demandante se generó en el interregno del 26 de diciembre de 2012 al 25 de marzo de 2014, como quiera que el contrato de prestación de servicios se suscribió el 26 de diciembre de 2012 y finalizó el 31 de marzo de 2013 y se suscribió el contrato de por obra o labor el 1° de abril de 2013 y finalizó el 25 de marzo de 2014, por lo que entre dichos contratos no se advierte interrupción alguna.

Frente al punto anterior, debe señalarse que tal como lo indicó la aquo, si bien es cierto la contratación con la empresa temporal de servicios no superó el término máximo de contratación, al computarse el mismo con el tiempo que prestó sus servicios la señora Rojas Sosa sí se superaría el término de contratación y por ello debe tenerse en cuenta, señalando que si bien el agente liquidador del Instituto de Seguros Sociales tenía la potestad de forma legal para terminar las vinculaciones de naturaleza civil con los contratistas y por ello, contratar con terceros para el suministro de personal para desempeñar las funciones propias de la liquidación, también lo es, que no se puede desconocer que durante la vigencia del contrato de prestación de servicios en efecto se materializó una relación laboral, que no puede ser desconocida.

En este punto, por razones de carácter metodológico interesa a la Sala analizar la procedencia de la excepción de prescripción, la cual se declaró no probada.

En consecuencia al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y S.S. se ha establecido que los derechos laborales prescriben cuando han transcurrido tres años a partir del momento en que se han hecho exigibles, no obstante, el reclamo escrito del trabajador frente a los derechos que pretende, genera interrupción del mismo por un término semejante.

Así las cosas, el contrato de trabajo finalizó el 25 de marzo de 2014, presentándose la reclamación administrativa ante el PAR del ISS el 3° de septiembre de 2016[3] y se radicó la demanda el 16 de diciembre de 2016, conforme se extrae del acta de reparto visible a folio 193, por lo que al no transcurrir el término de tres años de que trata la norma, no es posible declarar el efecto prescriptivo.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la persona que debe responder por las eventuales condenas que se impongan, es necesario precisar que si bien el PAR del ISS en principio no tendría obligación de responder por los derechos laborales respecto de la contratación originada con Coltempora, también lo es, que en primer lugar, existe un período respecto del cual se generó el contrato realidad con el propio Instituto de Seguros Sociales, y en segundo lugar, por cuanto las condenas impuestas por la Juez de primer grado respecto al contrato de trabajo con dicha temporal, obedecen a los derechos surgidos con ocasión de la Convención Colectiva de Trabajo que fue suscrita por el Instituto de Seguros Sociales, derechos que no se encuentran establecidas en Coltempora y por los cuales no debe responder,

[3] Cfr. Fl. 13 a 17.

sin embargo, como se acreditó el pago de algunos emolumentos por el EST, los mismos serán descontados del valor que deba ser reconocido por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales.

DERECHOS CONVENCIONALES

Para establecer la procedencia del reconocimiento de los derechos convencionales solicitados, basta a la Sala tener en cuenta que dentro de la documental aportada se encuentra el acuerdo colectivo[4], el que por demás se aportó con la correspondiente constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo, y en éste se advierte, que el sindicato firmante actuaba como mayoritario, por así señalarlo en su artículo 1°, y que en razón a ello, serían beneficiarios de la misma todos los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal, aspecto que ratificó en su artículo 3°. En consecuencia para no hacer extensivos los beneficios convencionales a la demandante, era necesario que la accionada acreditara que la referida organización sindical con posterioridad a la suscripción del acuerdo extralegal, no contaba con el número de afiliados necesarios para el efecto o que la señora Rojas Sosa hubiere renunciado de forma expresa a los mismos.

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Sala ningún reparo merece la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo a favor de la demandante.

PRIMA DE SERVICIOS

Respecto a la pretensión del título, corresponde advertir que para el reconocimiento de tal condena la operadora judicial de primer grado acudió al texto extralegal, el cual en su artículo 50 contempla que los

[4] Cfr. Fl. 18 a 87.

trabajadores oficiales tienen derecho a 2 primas al año, causadas en forma semestral, cada una de ellas equivalente a 15 días de servicio de salario para quienes hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa, pagaderos en los primeros 15 días de junio y en los primeros 15 días de diciembre y sobre los salarios devengados para el 30 de mayo y el 30 de noviembre respectivamente.

En ese orden de ideas, una vez efectuadas las operaciones de rigor se encuentra que por este concepto se arroja la misma cifra que la juzgadora de primera instancia, ya que se realizó el descuento respectivo con ocasión del pago efectuado por parte de Coltempora, por lo que se ha de confirmar la sentencia en este punto.

AUXILIO DE CESANTÍAS

Esta prestación se liquida de acuerdo con lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo, la cual en su artículo 62 sobre el tema de las cesantías estableció que el ISS debía proceder a liquidarlas a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, y a partir del 31 de diciembre del año 2002 y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente; lo que significa que en el asunto su liquidación debe realizarse de forma anualizada, tal como lo realizó la operadora judicial de primer grado, razón por la que se confirmará la determinación adoptada en la decisión impugnada, atendiendo además que generó el mismo resultado aritmético de primera instancia.

INTERESES A LA CESANTÍA

Advierte la Sala que en el artículo 62, quedó consagrado que a partir del 31 de julio de 2002, las cesantías se liquidarían anualmente y por las mismas se reconocerían intereses a la tasa del 12% anual por el respectivo año objeto de liquidación.

Así las cosas, una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor y de proceder con el descuento referente al pago realizado por la EST, arrojó la suma de 13.332, con su respectiva sanción, idéntica suma a la establecida por la aquo.

VACACIONES

Sobre el particular corresponde señalar que el artículo 8° del Decreto 3135 de 1968 prevé que los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a 15 días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio y el artículo 48 de la Convención Colectiva, a su turno señala que se reconoce ese mismo número de días cuando el trabajador tenga hasta 5 años de servicio pero si supera los 5 y no más de 10 años de servicio, se les reconoce 18 días y, finalmente, a quienes tengan más de 10 años de servicios, se les reconoce 20 días hábiles de vacaciones; descanso remunerado, que tal como lo dispone el artículo 47 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, prohíbe su compensación en dinero, a menos que el servidor público no las hubiere disfrutado y quede retirado del servicio.

En ese orden de ideas, como quiera que en ejecución del contrato la demandante no disfrutó de ningún periodo de descanso, corresponde reconocer a su favor las vacaciones causadas, debiéndose confirmar la decisión tomada por la falladora de primer grado, atendiendo a que la operación aritmética se efectuó en debida forma.

PRIMA DE NAVIDAD

La prima de navidad que fue objeto de condena por parte de la aquo, no obedece al de carácter convencional, sino legal, que se encuentra establecidos en los artículos 32 y 33 del Decreto 1045, que establece el pago de un mes de salario por cada año de servicios correspondiente al cargo que venía desempeñando al 30 de noviembre de cada año y en caso de no prestarse el servicio por la anualidad completa, dispone derecho al pago de forma proporcional al tiempo laborado, derecho que fue objeto de pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicado SL 981 de 2019.

Así las cosas, se advierte que efectuadas las operaciones matemáticas correspondientes, respecto de los días laborados por parte de la señora Diana Rocío Rojas Sosa, la misma arrojó idéntico valor al obtenido por la aquo, por lo que se confirmará dicho ítem.

AUXILIO DE TRANSPORTE

Dicho auxilio se encuentra establecido en el artículo 14 de la Ley 15 de 1959, que hace extensible dicho beneficio a los trabajadores oficiales, situación por la cual una vez realizada la operación aritmética de rigor, se tiene que la misma refleja el monto en que condenó la aquo, situación por la cual se ha de confirmar por este pedimento.

DE LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO

En efecto la parte actora peticionó la devolución de las sumas pagadas por pólizas de cumplimiento en la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito con la demanda, por lo que al acreditarse la existencia

del contrato realidad, tales pagos no debieron ser efectuados por la trabajadora, por lo que es procedente la devolución de los mismos, no obstante, así como lo adujo la falladora de primer grado, de tal concepto se dispondrá su devolución respecto del contrato generado entre el 26 de diciembre de 2012 y el 31 de marzo de 2013, el que asciende a la suma de $31.320, por lo que de igual forma se confirmará la decisión de primer grado en tal sentido.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Sobre el particular, recuerda esta Colegiatura que insistentemente la jurisprudencia laboral, ha señalado que la sanción establecida en el Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática, ya que para determinar su viabilidad debe examinarse la conducta del acreedor y si de ese análisis se colige que el no pago o el pago deficitario de salarios, prestaciones o indemnizaciones se debe a la creencia de no deber suma alguna hay que exonerar por este concepto.

En ese sentido, para imponer o exonerar de esta sanción, no es suficiente por una parte, la mera declaración de la existencia del vínculo laboral, como por otra, no basta con que el empleador señale o contraponga a la declaratoria del contrato de trabajo otro tipo de vínculo, ya que en este último evento se requiere de un examen de los medios de prueba para verificar hasta qué punto el convencimiento del empleador tiene tal fuerza para excusarlo de haber negado el reconocimiento y pago de los derechos laborales de su verdadero trabajador y no simple contratista.

En el asunto, a juicio de la Sala la demandada en realidad no estuvo revestida de buena fe para negar las acreencias laborales de la trabajadora; y en efecto, no puede existir una creencia sincera y convincente por parte de la pasiva de haber desarrollado desde el inicio

un contrato de prestación de servicios para suplir ciertas necesidades propias del giro normal de actividades de la accionada y adicionalmente quedó establecido el cumplimiento de un horario que le imponía la entidad, obligaba a descartar cualquier tipo de independencia para desarrollar la labor contratada. Por tanto, si por disposición legal se sabe que cualquier intento de suprimir la libertad de horario del contratista dentro de una entidad pública, conlleva a que se presente un elemento típico de subordinación, aquella no puede persistir en su idea de seguir contratando bajo esa figura, así como tampoco seguir dando órdenes, solicitando permisos del contratista, trasladándolo y en general asimilando o dándole el mismo trato que a un trabajador de su planta de personal, sin hacer ninguna distinción, pues lo único que los diferencia será el rótulo de la contratación, pero en general se trata del mismo tipo de trabajador, tal como se puede establecer dentro del proceso de la prueba testimonial recepcionada.

Sin embargo, contrario a lo que consideró la juez de primer grado, la misma se limita con ocasión a la liquidación definitiva, esto es, al 31 de marzo de 2015, fecha en la cual se suscribió el acta final de liquidación de la demandada, pues a partir de ese momento quien ostentó la condición de empleadora dejó de ser sujeto de derechos y de obligaciones, y no a partir del momento en que se expidieron los decretos de liquidación, pues si bien el Liquidador no podía suscribir contratos de trabajo, ni actuaciones fuera del objeto mismo de la liquidación, tampoco lo es, que se desconozcan los derechos laborales de sus trabajadores.

Razón por la que se revocará parcialmente la determinación que frente a éste tópico acogió la servidora judicial de primer grado, la que efectuada las correspondientes operaciones aritméticas asciende a la suma de $7'358.782, correspondiente a 277 días de mora, comprendidos entre el

25 de junio de 2014 y el 31 de marzo de 2015, y se modificará lo correspondiente a la actualización de las condenas, en el sentido que la indexación se calculará a partir del día siguiente a la última fecha en que se computó la indemnización moratoria, esto es, a partir del 1° de abril de 2015 y hasta el momento en que se efectúe el pago respectivo.

Por último, debe acotar esta Sala de Decisión que no efectuará pronunciamiento alguno respecto de las restantes pretensiones elevadas en contra de la entidad demandada, como quiera que las mismas fueran objeto de absolución por parte de la Juzgadora de primera instancia, sin que se efectuara reproche o contradicción alguna mediante el recurso de apelación.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias a cargo de la demandada.

DECISIÓN:

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

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, en el sentido de condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria por el período comprendido entre el 25 de junio de 2014 y el 31 de marzo de 2015, por la suma de $7.358.782, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el **LITERAL H** del numeral **SEGUNDO** de la decisión, en el sentido de condenar a la

demandada al pago de la indexación de las condenas impuestas a partir del 1° de abril de 2015 y hasta le momento en que se efectúe su pago, atendiendo las consideraciones de la sentencia.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

CUARTO.- COSTAS de ambas instancias a cargo de la demandada; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $400.000,oo M/cte. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-038-2018-00507-02. Proceso Ordinario de Edgar Ismael Urrego Vergara contra la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES:

El señor Edgar Ismael Urrego Vergara, a través de apoderado, convocó a juicio a la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., para que mediante los trámites propios del proceso ordinario, se declare que entre las partes existió una relación laboral mediante contrato

de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 7 de febrero de 2000 y hasta el 15 de septiembre de 2016, así como que le es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y el sindicato Sintravalores y como consecuencia de las anteriores, se condene al pago de las primas semestrales convencionales de junio por la suma de $42.910.414, las primas semestrales convencionales de diciembre por el monto de $41.387.045, las primas de vacaciones convencionales por la suma de $2.909.755, dejados de reconocer en vigencia de la relación laboral, así como, a la reliquidación de las cesantías, teniendo en cuenta los factores convencionales anteriores, la sanción por la terminación sin justa causa del contrato de trabajo, la indemnización convencional por finalización del contrato de trabajo, la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T. y las costas del proceso.

Como sustento de dichas súplicas, señala el libelo que laboró al servicios de la demandada por el período comprendido entre el 7 de febrero de 2000 y hasta el 15 de septiembre de 2016, desempeñando el cargo de escolta conductor ATM, devengando una asignación mensual que varió para cada anualidad; que el actor fue contratado mediante intermediación por las sociedades Emposer Ltda. y Seguridad Cosmos Ltda., para desempeñar labores propias del objeto social de Prosegur , sociedades que entre sí, comparten similitud en su objeto social e identidad de propietarios, no obstante, ni Emposer Ltda., ni Seguridad Cosmos Ltda., están autorizadas para el suministro de personal; que Prosegur de Colombia S.A. capacitó, supervisó, impuso horarios, órdenes e instrucciones al demandante durante la vigencia de la relación laboral; que dentro de la demandada existe el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia "SINTRAVALORES", organización sindical a al cual estaba afiliado el

actor a partir del 12 de septiembre de 2016, siendo notificado el empleador de dicha afiliación en la misma fecha; que se encuentra vigente Convención Colectiva de Trabajo, que se aplica sin distinción a todos los trabajadores de la compañía, conforme lo disponen los artículos 3° y 5° de la Convención Colectiva de Trabajo, así como, que se establece la imposibilidad de contratar personal mediante compañías de suministro de personal para realizar actividades del giro propio de sus negocios.

Adujo igualmente, que mediante resolución No. 0556 del 17 de octubre de 2013, confirmada mediante el acto administrativo No. 0354 del 30 de septiembre de 2014, se sanción a Prosegur de Colombia S.A., por la violación del artículo 5° de la Convención Colectiva de Trabajo, por contratar personal mediante empresas intermediarias, dentro de las que se encuentra Emposer Ltda., y Seguridad Cosmos Ltda.; que la demandada adeuda al trabajador los beneficios convencionales contenidos en los artículos 26 a 30, concernientes a las primas extralegales de junio y diciembre, prima de vacaciones, bonificación de antigüedad, reconocimiento de prestaciones sociales por los años que duró la relación laboral e intereses a las cesantías; que la encartada decidió no prorrogar el contrato de trabajo del actor, generando un despido sin justa causa el 15 de septiembre de 2016, adeudándose la indemnización convencional y la reliquidación de las cesantías, dentro de lo que se debe tener en cuenta los factores salariales convencionales.

El aquo despachó desfavorablemente las súplicas del accionante, señalando que en las diligencias operó el fenómeno de Cosa Juzgada, como quiera que dentro del plenario se encontró transacción suscrita entre el demandante y Emposer Ltda., así como de Prosegur de Colombia S.A., en la que se estableció que el vínculo laboral se originó con la primer sociedad mencionada, por lo que no era posible afectar dicho

contrato, más aún, cuando la parte actora no peticionó la declaratoria de nulidad o ineficacia de la transacción, por lo que no se podía acceder a las pretensiones de la demanda.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia, para en su lugar imponer condena en contra de la demandada, teniendo como sustento, que el despacho tuvo como sustento para negar las pretensiones, el acuerdo transaccional suscrito con Emposer y que al parecer, vinculaba a Prosegur de Colombia, no obstante, el despacho no lo aclaró de tal forma, advirtiéndose en tal sentido, que no se resolvió el litigio, pues no se desató lo concerniente con la declaratoria del contrato realidad, el que debió descartarse mencionando por qué no se tenía razón frente a dicha pretensión, advirtiendo que si bien el Juez tienen la libre formación del convencimiento y la libre valoración probatoria, también lo es, que no puede escapar a la inferencia lógica de los medios de prueba, toda vez, que no se puede decir que el testigo no dio luces acerca de la relación laboral, por cuanto el mismo señaló que era trabajador de Prosegur y que el demandante fue su compañero, mencionando que prestaba sus funciones dentro de la demandada, pues había un letrero de la compañía, que los vehículos eran de la misma, en el entendido que estaba plasmado su nombre, que la papelería era de Prosegur y recibía y entregaba dinero a clientes que eran recibidos dentro de la misma empresa, que portaba las armas de Prosegur de acuerdo con el salvoconducto de cada una de ellas, que tenía chaleco de seguridad con la misma descripción de la empresa y marcación con un serial, de lo que se acredita la prestación personal del servicio, advirtiendo, que si bien el testigo fue tachado, no se resolvió dicha tacha en el fallo y el Juez desde el momento en que brindó su declaración no quería entender el dicho del testigo. Adujo, que la prestación personal del servicio quedó acreditada además del testimonios,

con los desprendibles de pago, están las actas de entrega y recibo de dinero, quedando acreditado el contrato realidad, sin que pueda tener certeza el apoderado, de cuál sería el medio de prueba idóneo para acreditar el vínculo laboral. Sin embargo, el Juez da plena prueba al contrato de transacción que exonera el vínculo a Prosegur, sin que mencione de forma directa que en efecto la contratación se originó con dicha empresa, sin que fuera dable solicitar la nulidad de la transacción, pues Emposer nunca fue empleador del demandante, sino que por el contrario, el contrato se generó con Prosegur de Colombia S.A., a tal punto, que incluso existe un álbum, en el que la hoy demandada le dice a terceros que el actor es su trabajador, para que pudiere efectuar la entrega y recibo de dineros.

Así mismo, señaló que se aportó como medio de prueba el carné otorgado por la empresa, que se entrega a los trabajadores de la misma, lo que genera el poder subordinante respecto del trabajador, además, que se adujo que no existían derechos ciertos e indiscutibles, pues se pide la indemnización moratoria, con ocasión de la falta de pago completo de prestaciones sociales, en especial de las cesantías, que es un derecho legal, que se afecta por las concesiones convencionales dejadas de reconocer y que debían ser liquidadas con la totalidad de factores salariales devengados por el trabajador, advirtiéndose, que la transacción se originó respecto de derechos que el trabajador no podía transar, fundamentos por los cuales se debe revocar la decisión proferida.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con las peticiones elevadas por el actor, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar la existencia de la relación laboral reclamada y de encontrarse probada, establecer si es o no procedente la concesión de las prestaciones sociales convencionales y sanciones reclamadas.

En ese orden, en cuanto las pretensiones de la demanda recaen sobre la declaratoria de existencia de contrato de trabajo, corresponde a la Sala tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.[1] basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

[1] Subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990.

De acuerdo con lo anterior, atendiendo los medios de prueba aportados al plenario, se acreditó la prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de Prosegur de Colombia S.A., situación que incluso admitió la pasiva en su contestación, pues la misma afirmó que el actor prestó servicios a su favor, con ocasión de un contrato comercial que suscribió dicha sociedad con Emposer Ltda., en la que Emposer se comprometía a brindar servicios de reforzamiento de seguridad de los vehículos e infraestructura de Prosegur.

No obstante lo anterior, no se puede pasar por alto la afirmación que realiza la encartada, en cuanto existía un vínculo comercial entre la demandada Prosegur de Colombia S.A. y Emposer Limitada para la prestación de un servicios, que obra a folio 569 y siguientes, en el que se pactó:

"...

*3. Que **EL CONTRATISTA** se encuentra debidamente autorizado mediante resolución 13177del 13 de diciembre de 1999, expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, para prestar el servicio de vigilancia con armas.*

*4. Que **EL CONTRATANTE** requiere servicios de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego en razón a su objeto social, a la grave situación de orden público que afronta el País, así como por la imposibilidad de auto proveerse de dicho servicio.*

...

***PRIMERA. OBJETO** El objeto del presente contrato consiste en el suministro por parte del **CONTRATISTA** y en favor del **CONTRATANTE** del servicio de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego en los lugares,*

instalaciones y bienes muebles e inmuebles que EL CONTRATANTE requiera al nivel nacional, y los cuales acordarán previamente las partes de acuerdo con la necesidad del ***CONTRATANTE*** *y disponibilidad del CONTRATISTA para el efecto. Para tal efecto, el servicio de vigilancia aquí contratado se prestará con el número de hombres armados que sean requeridos previamente por* ***EL CONTRATANTE****, los cuales estarán altamente calificados y completamente uniformados y dotados con el equipo necesario para llevar a cabo y en buen término el objeto del presente contrato. Los elementos y armas que deberá portar los hombres suministrados por* ***EL CONTRATISTA*** *serán dispuestos en cada requerimiento de servicio que realice* ***EL CONTRATANTE****.* ***PARÁGRAFO PRIMERO****. Para el efecto,* ***EL CONTRATANTE*** *indicará previamente al* ***CONTRATISTA*** *los lugares, bienes, personas o áreas a los cuales deberá prestar el servicio.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO****. No obstante lo anterior,* ***EL CONTRATANTE*** *podrá exigir que el personal designado por* ***EL CONTRATISTA*** *para la prestación del objeto del presente contrato, utilice los uniformes, dotación, carnés, y demás elementos necesarios que contengan la razón social o el nombre del* ***CONTRATANTE****, lo cual no implica en ningún sentido la existencia de subordinación alguna entre* ***EL CONTRATANTE*** *y el personal del* ***CONTRATISTA****. (...)".*

Así mismo, reposa en el plenario copia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año que suscribió el hoy demandante con la empresa Emposer Limitada el 5 de septiembre de 2002, así como las constancias de prórroga del vínculo laboral, de lo que se puede concluir que si bien es cierto se prestaron los servicios en favor de Prosegur de Colombia S.A., también lo es, que fue producto del contrato comercial suscrito entre la hoy encartada y la sociedad Emposer Ltda., advirtiendo, que si bien el testigo Juan Pablo Moreno Rodríguez informó que observó al señor Urrego Vergara prestar sus servicios para Prosegur de Colombia, con la indumentaria y los recursos propios de dicha empresa, también lo es, que en el mismo documento que plasmó el vínculo comercial, se indicó que el quien fuera a prestar sus servicios debería utilizar uniformes, dotación,

carnés y demás elementos necesarios que contengan la razón social o el nombre del contratante, que era, Prosegur de Colombia S.A., por lo que no debía ser raro que el hoy demandante prestara sus servicios con dotación y en vehículos de Prosegur, aunado, con que el testigo, no dio precisión del cual era el vínculo que ostentaba el actor con la encartada, para poder determinar que en efecto el mismo se rigió mediante un contrato de trabajo.

Así mismo, es necesario precisar que el mismo señor Edgar Ismael Urrego Vergara en todo momento reconoció que su empleador era la empresa Emposer Ltda., a tal punto que suscribió contrato de transacción visible a folio 383 y siguientes, en el que las partes acordaron:

> *"**1. OBJETO**. El objeto de esta transacción es dar por desistidas y terminadas las diferencias que hubieren podido surgir entre las Partes en relación con la existencia y terminación del contrato de trabajo y especialmente por el pago de la totalidad de acreencias laborales presentes y futuras, tales como el pago de salarios, prestaciones sociales, pago de indemnizaciones por despido, indemnización plena de perjuicios, vacaciones y cualquier otra diferencia directa o indirectamente relacionada con cualquier derecho del EXEMPLEADO relacionada o no en el presente documento, derivado de la relación laboral que existió con el EMPLEADOR, con sus subsidiarias, filiales y sociedades controlantes y frente a cualquier otra persona que pudiera responder solidariamente por estos mismos hechos. Así mismo, la de transar los derechos inciertos y discutibles respecto de una supuesta declaración de un contrato realidad entre el Sr. **URREGO VERGARA EDGAR ISMAEL** y PROSEGUR toda vez que la relación laboral que considera existió el Sr. **URREGO VERGARA EDGAR ISMAEL** la niega PROSEGUR por no darse los elementos necesarios para su configuración.*

extremo activo que nos encontramos frente a unos derechos ciertos e indiscutibles, pues el pago legal de las prestaciones sociales fue efectuado por parte de Emposer Ltda, y lo pretendido serían los posibles derechos convencionales, sin embargo, para ello se debería establecer en primera media la existencia del contrato de trabajo, que en todo caso, no se originó con Prosegur de Colombia S.A. y por tanto, al ser un sindicato de empresa y no haber sido contratado por la misma, no podría ser beneficiario de las cláusulas convencionales.

Finalmente, es necesario precisar, que contrario a lo aducido por el apoderado del demandante, para no dar aplicación a la cosa juzgada con ocasión del contrato de transacción, sí se debía peticionar la nulidad o ineficacia de dicho contrato, bajo el entendido que si bien se reclama un vínculo laboral y se desconoce el ostentado con Emposer, también lo es, que en el documento suscrito por las partes, se plasmó una realidad diferente, que no es otra, que si bien el actor prestó sus servicios para Prosegur de Colombia S.A., también lo es, que fue con ocasión del contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la sociedad Emposer Ltda.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. No hay lugar a costas en esta instancia, las de primer grado quedan a cargo de la demandante.

DECISIÓN:

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

de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. **COSTAS.** Se confirman las de primera instancia y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-038 2019 00370 01. Proceso Ordinario de Pedro Antonio Villamil Avendaño contra Colpensiones. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de abril de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que en condición de beneficiario del régimen de transición tiene derecho a la pensión de vejez que establecen los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 o la Ley 71 de 1989; se ordene a la demandada su reconocimiento y pago incluyendo la totalidad de factores salariales devengados a partir del momento en que adquirió el estatus de pensionado.

Como fundamento de las pretensiones señaló en esencia que para el año 1994 contaba con 44 años de edad y para el año 2005 con más de 750 semanas de cotización.

Adujo que laboró como servidor público durante 16 años y 7 meses que equivalen a 868,4 semanas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 para los trabajadores oficiales y que la demandada reconoció que contaba con 463 semanas cotizadas directamente y que para el 1° de abril de 1994 contaba con 44 años de edad.

Indicó que mediante resoluciones GNR 227457 del 4 de septiembre de 2013, GNR 43074 del 18 de febrero de 2014 y GNR 72197 del 7 de marzo de 2016, la demandada negó el reconocimiento de la pensión de vejez por no contar con 1000 semanas cotizadas.

Una vez notificada, la entidad accionada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que si bien el demandante acreditó los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, también lo era que no cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, la Ley 71 de 1988 y la Ley 797 de 2003: Propuso las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que si bien el demandante era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y tenía derecho a su aplicación hasta el 31 de diciembre de 2014, lo cierto era que no reúne la cantidad de semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión de vejez, al tenor de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 o el Acuerdo 049 de 1990.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente en esencia que la demanda se basó en los actos administrativos expedidos por la demandada, en los que se reconoció que el accionante cuenta con 1.025,27 semanas y que sumando los diferentes tiempos de cotizaciones hasta el año 2014 acumula un total de 1.001 semanas; y por esa razón tiene derecho al reconocimiento del derecho pensional deprecado.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente le corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación de vejez en condición de beneficiario del régimen de transición.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que, no es objeto de discusión entre las partes que el demandante nació el 23 de octubre de 1950 y que se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que en razón a ese presupuesto en principio es beneficiario del régimen de transición que la misma estableció en su artículo 36 frente a las pensiones de vejez y que en virtud del mismo tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto corresponde a la Sala precisar que con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional y entre ellos, estableció en su parágrafo transitorio número 4[1] un límite temporal a la vigencia del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 al señalar que no podría aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el 29 de julio de 2005 hubieren acumulado por los menos 750 semanas de cotización, pues para este grupo de afiliados el régimen se mantiene hasta el año 2014.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que conforme con lo dispuesto en el artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, los hombres pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en él establecida con 60 años de edad y la cotización de 500 semanas en los 20 años anteriores a su cumplimiento o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Ahora bien; tal como lo señaló el servidor judicial de primer grado, corresponde tener en cuenta que la Corte Constitucional, en sentencia SU-769 de 2014 bajo el principio de favorabilidad laboral, concluyó que para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, era posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al ISS, en consideración a que dicha disposición no exigía que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a la edad, el número de semanas cotizadas y el monto aplicable, donde no se encuentra aquel referente al

---

[1] *"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

El anterior criterio también fue acogido por la máxima Corporación de Justicia Laboral en las sentencias SL1947, SL1981 y SL2557 todas del año 2020, en la última de las cuales indicó:

> *"... ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas."*

Dando alcance a los criterios jurisprudenciales expuestos al presente asunto, tal como lo señaló el *aquo,* resulta procedente la sumatoria de los tiempos públicos que el accionante acumula por cuenta de los servicios que prestó a la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá con la densidad de semanas que acumula en el régimen de prima media con prestación definida actualmente administrado por Colpensiones.

En tal sentido, de acuerdo el Certificado de Información Laboral visible a folio 48 del expediente, el demandante prestó servicios a la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá entre el 9 de abril de 1981 y el 4 de noviembre de 1997 y del referido periodo se efectuaron aportes en su favor a la Caja de Previsión del Distrito desde el inicio del vínculo hasta el 31 de diciembre de 1995 y al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de enero de 1996 hasta el 3 de noviembre de 1997.

Así mismo, de acuerdo con el reporte de semanas cotizado visible a folios 46 y el accionante acumula entre el 12 de marzo de 1979 y el 31 de enero de 2016 un total de 257 semanas cotizadas, incluido el periodo en que el accionante

prestó servicios en la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá entre el 1° de enero de 1996 y el 3 de noviembre de 1997.

Se precisa en este punto al recurrente que no es dable entonces adicionar la totalidad del tiempo en que el accionante prestó servicios a la Secretaría de Obras Públicas del Distrito a la densidad de semanas acumuladas en el Instituto de Seguros Sociales; pues ello implicaría tener en cuenta doble vez el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1996 y el 3 de noviembre de 1997, en tanto que, tal como se advirtió, el referido periodo fue cotizado al entonces Instituto de Seguros Sociales.

En consecuencia, el accionante acumula un total de 1.025,57 semanas hasta el 31 de enero de 2016 sumando el tiempo de servicios públicos y los aportes efectuados al régimen de prima media administrado actualmente por Colpensiones; densidad de semanas de las cuales contaba con 955,86 semanas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es el 29 de julio de 2005; y con 981,63 semanas hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así mismo, del total de semanas acumuladas, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años, esto es, entre el 23 de octubre de 1990 y el mismo día y mes del año 2010, tan solo cuenta con 366,71.

De acuerdo con los anteriores supuestos, ningún reparo merece a la Sala la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado, en cuanto el accionante no reúne los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento del derecho pensional; pues hasta la fecha límite de vigencia del régimen de transición que impuso por el Acto Legislativo 01 de 2005 el accionante acumuló tan solo 981,63 semanas de cotización y dentro de los 20 años en que cumplió la edad mínima para el reconocimiento del derecho reunió 366,71 semanas.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Ante la improsperidad del recurso las costas en esta instancia se encuentran a cargo del recurrente.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de abril de 2021 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- COSTAS a cargo del demandante, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $150.000,oo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 039 2019 00104 01. Proceso Ordinario de Diana Patricia Correa Castillo contra Centro de Expertos para la Atención Integral -CEPAIN- IPS SAS. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral que, previa declaración de la existencia de una relación laboral con la demandada, desde el 4 de diciembre de 2015 hasta el 3 de diciembre de 2017, en virtud de la cual devengó como contraprestación por sus servicios un salario promedio mensual de $12'807.725,oo; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir desde el 29 de febrero de 2016 hasta el 3 de diciembre de 2017, así como al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, y

primas de servicio de la totalidad de la relación laboral; así como la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicita se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios entre el 4 de diciembre de 2016 y el 3 de diciembre de 2017, que informó a la demandada su estado de embarazo antes de que se diera por terminado el contrato; se condene a la demandada al pago de los honorarios dejados de cancelar desde el 1° de marzo hasta la fecha en que se produjo el parto <<2 de septiembre de 2017>>, la licencia de maternidad y lactancia por 126 días, así como el pago de la indemnización por despido.

Como sustento de sus súplicas afirmó en esencia que el 4 de diciembre de 2015 se vinculó con la demandada mediante contrato de prestación de servicios por el término de un año, en virtud del cual se desempeñó como Médico Especialista en Neurología, cumpliendo un horario de 7:00 am a 4:20 pm, con 20 minutos para almorzar.

Afirmó que convino con la demandada que su remuneración sería de $100.000,oo por hora de consulta, $180.000,oo cuando tuviera que desplazarse fuera de Bogotá, $150.000,oo por cada aplicación de Toxina Boutolínica, $60.000,oo por cada bloqueo central; devengando en promedio la suma de $12'807.725,oo mensuales.

Indicó que el contrato se venció el 3 de diciembre de 2016, prorrogándose de manera inmediata hasta el 3 de diciembre de 2017; sin embargo, la demandada tomó la determinación de finalizarlo el 28 de febrero de 2017; luego de que se solicitara una cita prioritaria en la que se determinó que contaba con 9 semanas y 1 día de gestación, condición de la que dio cuenta al Gerente General Suplente el 27 de febrero de la misma anualidad.

Que en virtud de acción de tutela que promovió en contra de la demandada, se condenó a esta al pago de aportes al sistema de seguridad social durante todo el tiempo de gestación teniendo en cuenta como base de cotización la suma de $5'910.000,oo; sin embargo la demandada tan solo canceló los aportes de marzo a agosto de 2016 y sustrajo del pago correspondiente al mes de septiembre de la misma anualidad.

Una vez notificada la accionada contestó la demanda en oposición a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que suscribió con la demandante dos contratos de prestación de servicios, que se encontraban supeditados a la agenda establecida y aprobada por la propia demandante. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: ejecución de un contrato de carácter civil entre la demandante, en calidad de contratista y mi representada, en calidad de contratante; inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso concreto; inexistencia de subordinación; inexistencia de obligación laboral; cobro de lo no debido; entre otras.

La *aquo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar, de un lado, que entre las partes no existió un contrato de trabajo; y por otro, que frente a las pretensiones subsidiarias existía cosa juzgada. Conclusiones a las que arribó al considerar en esencia que la demandada desvirtuó la presunción de contrato de trabajo prevista en el artículo 24 del C.S.T. y de otro, porque las pretensiones subsidiarias ya habían sido planteadas en la acción de tutela que la demandante promovió en contra de la demandada.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, al considerar de un lado, que en el presente asunto se ocultó la existencia de una relación laboral, al existir una subordinación, un horario de trabajo y una remuneración enmarcada en los artículos 22 a 24 del C.S.T., así como en los principios constitucionales.

Aduce en el mismo sentido el recurrente que no se valoró en debida forma las pruebas aportadas, particularmente las cuentas de cobro en donde se extracta la palabra salario; y tampoco se tuvo en cuenta el hecho de que a pesar de que no había disponibilidad de agenda, su representada no podía sustraerse de la noche a la mañana de la prestación del servicio; de donde a su juicio deviene la existencia de un contrato realidad, aplicando el principio de favorabilidad.

De otra parte, señala que la excepción de cosa juzgada debía ser alegada dentro del proceso y que si el despacho había advertido algo anómalo debió manifestarlo desde el inicio; además que la acción de tutela se promovió para proteger un daño irremediable y que si en su momento no se impuso condena fue debido a que no se aportaron las pruebas de las cuentas de cobro que fueron exigidas a la demandada ya que no contaba con estas para el momento en que se elaboró la acción de tutela

Finalmente, señaló no estar de acuerdo con la condena al pago de agencias en derecho por la suma de $1'200.000,oo, pues a parte de que no se le protege el derecho al trabajo y a la maternidad se soslaya su derecho al mínimo vital.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver lo pertinente previas las siguientes consideraciones.

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.PT. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir si es procedente el reconocimiento de la existencia de la relación laboral entre la demandante y la demandada; y si como consecuencia de ello es procedente el reconocimiento y pago de las acreencias laborales deprecadas; de lo contrario verificar si acertó la servidora judicial de primer grado al declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.[1] basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia,

[1] Subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990.

a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

Por lo tanto, a efectos de acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 166 del CGP, le corresponde a la demandante a lo sumo acreditar la prestación personal del servicio en el periodo frente al que reclama la existencia del vínculo laboral, para que en aplicación de la presunción a la que se ha hecho alusión se entienda acreditada la relación de trabajo que reclama.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso que ocupa la atención de la Sala, se advierte que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado con la documental aportada que la demandante efectivamente prestó servicios personales para la demandada como Médico Especialista en Neurología, en el periodo comprendido entre el 4 de diciembre de 2015 y el 28 de febrero de 2017, en virtud de la suscripción de dos contratos de prestación de servicios.

En el mismo sentido la representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte señaló en relación con la forma de prestación del servicio por parte de la demandante que ésta suministraba una disponibilidad de los días en que podían prestar los servicios y de acuerdo con la misma se agendaban las citas de los pacientes; precisó que los servicios eran prestados en las instalaciones de la demandada, pero que no tenían asignado un consultorio específico.

En similar sentido la demandante reconoció que aproximadamente con dos meses de antelación presentaba una relación de los días en que se encontraba disponible para prestar el servicio para formar la agenda, que para el pago por la contraprestación de sus servicios tenía que presentar cuentas de cobro que

variaban de mes a mes de acuerdo con el número de horas y servicios prestados, y que si llegaba tarde a los horarios programados se les efectuaba llamados de atención; indicó que fuera de la disponibilidad suministrada se programaban turnos de atención neurológica fuera de las instalaciones, para los cuales los llamaban previamente y podían o no asistir, precisó que en su caso particular sólo asistió a una jornada en la ciudad de Tunja; refirió que para atender capacitaciones debía solicitar permisos para su correspondiente autorización a la Dra. Bernal, quien aduce era su jefe inmediato; así mismo indicó que verbalmente se les prohibió que los servicios contratados fueran prestados por profesionales diferentes.

Se recepcionó la declaración del testigo Alejandro Hoyos Cerón, quien afirmó haber sido compañero de trabajo de la demandante en condición de Médico Neurólogo, realizando actividades de consulta externa de neurología y aplicación de toxina bulolílica; refirió que tenían contrato de prestación de servicios y facilitaban a la demandada una disponibilidad de tiempo en la que ofrecían la cantidad de días, la que si por alguna razón tenía que se modificada, debían solicitarlo con alguna anticipación para hacer el reagendamiento de los pacientes, de manera que muchas veces tenían que reponer el tiempo igualmente de acuerdo con su disponibilidad de tiempo, de manera que les solicitaban las nuevas fecha, indicó que la consecuencia de no presentar las disponibilidades era que no podían realizar actividades y presentar la cuenta de cobro correspondiente; frente al tema de ausencias por estudios y capacitaciones indicó que debían tenerlos en cuenta al momento de remitir las horas de disponibilidad; así mismo reconoció que contaban con la posibilidad de ser cubiertos por otro médico neurólogo que hiciera parte del equipo y afirmó desconocer si se podía realizar con un profesional ajeno a la demandada.

Se advierte así mismo que se allegaron al proceso correos electrónicos[2] relacionados con la apertura de agendas, en los que se adjuntan los cuadros de disponibilidad de la demandante, en los que se advierte que para el mes de octubre de 2016 la programación de 15 días del mes, 7 días para el mes de noviembre de 2016, 7 días para el mes de diciembre de la misma anualidad y 10 días para el mes de enero de 2017; y a también se allegó las cuentas de cobro presentadas por la demandante de acuerdo con los servicios prestados[3] junto con las planillas de pago de aportes efectuados por la accionante como trabajadora independiente.

Así las cosas; del análisis sereno y ponderado de los anteriores medios de convicción, considera la Sala que, si bien la demandante prestó servicios a favor de la sociedad demandada en condición de Médico Especialista en Neurología, y que de acuerdo a ello es posible establecer la existencia de la relación laboral conforme con lo que al efecto establece el artículo 24 del C.S.T.; también lo es que la misma se encuentra desvirtuada.

Así se afirma en tanto, de acuerdo tanto con la documental aportada como de las declaraciones recepcionadas se establece que en realidad la accionante prestaba sus servicios personales como Médico Especialista en Neurología de acuerdo con su disponibilidad, de manera que, si bien la demandada se encargaba de agendar la cita de los pacientes, lo hacía teniendo en cuenta los días que le indicara la demandante de acuerdo al tiempo que tuviera disponible para el efecto; y si bien el deponente Hoyos Cerón hizo alusión a la reprogramación de citas cuando se les presentaba alguna eventualidad una vez ya se habían agendado, no pasa desapercibido el hecho de que este también refiere que la reprogramación se realizaba de acuerdo con la disponibilidad con la que contaran y que además el turno podía ser realizado por otro profesional de la misma especialidad.

---

[2] Cfr Expediente digitalizado fls 33 y s.s. archivo "03ExpedienteDigital…"
[3] Cfr Ibidem fls 1 y s.s. del archivo "04ExpedienteDigital…"

En tal sentido, advierte la Sala que la demandada no contaba con esa posibilidad de disponer libremente de la fuerza de trabajo de la demandante o de ejercer un control sobre la actividad que ésta desarrollaba; lo que de contera permite descartar la existencia de la relación laboral que se reclama ante la ausencia de un elemento propio e identificable de esta clase de vínculos como lo es el de la subordinación; razón por la que ningún reparo merece la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado.

Ahora; en lo que respecta a la procedencia de declarar en forma oficiosa la excepción de cosa juzgada, basta a la Sala señalar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso "*...cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda*" (Resalta la Sala); de manera que ningún reparo merece a la Sala el hecho de que la servidora judicial de primer grado en forma oficiosa declarara probado dicho medio exceptivo.

En este punto considera la Sala oportuno señalar que no se equivocó la *aquo* al declarar probado el referido medio exceptivo, en relación con el pago de honorarios desde la fecha de desvinculación de la accionante hasta la fecha del parto, pues tal aspecto quedó definido por el juez de tutela con un amparo definitivo al ordenar al respecto únicamente el reconocimiento y pago de aportes al sistema general de pensiones.

Al respecto la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL15882 de 2017, reiterada en la sentencia SL2574 de 2021; indicó:

"*... La cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los ius fundamentales, se proyecta sobre el proceso ordinario. En efecto, si desde el prisma de la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal –que hoy se redimensiona e integra en un plano constitucional- la protección no tiene cabida.*

La coherencia del sistema jurídico se asegura en la medida en que cada uno de sus enunciados normativos es compatible entre sí, lo cual se vería comprometido si se aceptara que al abrigo de las normas constitucionales un sujeto tiene un derecho pero en el nivel legal no lo tiene. Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos –no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.

De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.

Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho."

En tal sentido, dado que en la sentencia del 30 de mayo de 2017 con la cual la jurisdicción de tutela protegió los derechos fundamentales alegados por la activa, ordenando sin ninguna limitación únicamente el pago de los aportes al sistema de los aportes al sistema de seguridad social en salud, de cara a la desvinculación de la demandante en esta de gravidez, no es procedente en esta

oportunidad desconocer tal determinación para adoptar una decisión diferente, so perjuicio de desconocer el carácter inmutable de las decisiones judiciales.

Los argumentos expuestos a juicio de la Sala son suficientes para confirmar la sentencia recurrida. Ante la improsperidad del recurso las costas en esta instancia se encuentran a cargo de la demandante.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto.

SEGUNDO.- COSTAS en ésta instancia a cargo de la demandante, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $200.000,oo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-039-2019-00203-01. Proceso Ordinario de Myriam Liliana Arteaga Sogamoso contra Solmedical S.A.S. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de enero de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 2 de abril de 2012 y el 2 de octubre de 2018, la que fue terminada sin justa causa comprobada por la demandada, al no incurrir en las faltas graves aducidas y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, en el equivalente a 140 días y las costas del proceso

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que fue vinculada a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 2 de abril de 2012, para desempeñar el cargo de Directora Técnica y Asuntos Regulatorios para Orphanpharma S.A.S. y Zonezpharma S.A.S. y demás empresas del grupo Empresarial como Biotefar y Pharmaquila, devengando como salario la suma de $5.200.000 y para el año 2018, el monto de $5.800.000; que fue despedida mediante carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa el 2 de octubre de 2018; que la actora cumplió a cabalidad las funciones para las que fue contratada desde el inicio hasta el final de la relación laboral, ya que nunca tuvo llamados de atención en su hoja de vida; que la demandante nunca incurrió en una falta grave durante la ejecución del contrato; que el computador que utilizó el señor Francisco no tenía clave de acceso, por lo que los argumentos expuestos en la carta de terminación no pueden ser establecidos como faltas graves para la terminación del contrato de trabajo.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las súplicas elevadas en su contra, ya que la causal expuesta en la carta de terminación se encuentra debidamente acreditada en el plenario, pues de los medios de prueba se logra extraer que en efecto la actora incumplió el reglamento interno de trabajo al no autorizar el ingreso de personal ajeno a la compañía, así como, por haberle permito al mismo la utilización de los equipos de cómputo de la empresa, estableciendo tales supuestos, como falta grave en el contrato de trabajo y en el reglamento interno de trabajo, por lo que bajo tales supuestos, la encartada sí podía despedir a la trabajadora ante el incumplimiento a sus deberes contractuales y reglamentarios, sin que se hubiere generado el pago de la indemnización por despido.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida y en su lugar, se accedan a las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto si bien

el despacho hace un estudio basado en los escritos de descargos, también lo es, que el problema jurídico se fundó en la carta de terminación del contrato de trabajo, dentro de la cual no se incluyeron los descargos, siendo manifestaciones diferentes a las establecidas en el documento que se finalizó el vínculo laboral, pues en la misma solamente se indica que la demandante no tenía autorización para el ingreso, pese a tener conocimiento, de lo que se advierte que la carta es ambigua. Aunado a lo anterior, la Juez indica que también se pudo generar una violación por acceso a la información, no obstante, dicho presupuestos tampoco se indicó en la carta de terminación, ni se acreditó tal afectación en la información, de lo que se puede concluir, que en efecto la demandante es acreedora a la indemnización por despido, más aún, cuando la comunicación de solicitud de permiso a gerencia era del año 2014, esto es, que había transcurrido más de 4 años, tiempo en el cual hay variación en el orden jerárquico y por ello, existía el cargo de coordinador administrativo que era desempeñado por el señor Wilson, respecto de quien se solicitó la autorización de ingreso, situación por la que no se puede imputar el error de dicho tercero a la demandante, frente al acceso del señor Francisco, fundamentos por los cuales se debe revocar la decisión de primer grado.

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

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, sus extremos temporales, así como, que quien finalizó el vínculo laboral fue la encartada; el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar si en efecto en la carta de terminación del contrato de trabajo se establecen los supuestos para la finalización del vínculo laboral o si por el contrario, con ocasión de la redacción y ambigüedad de la misma, no es posible determinar las causas que originaron

la finalización de la relación contractual, caso en el cual, se debe determinar la procedencia para el reconocimiento de la indemnización deprecada.

De acuerdo con lo anterior, para desarrollar el problema planteado, se hace necesario traer a estudio la carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 2 de octubre de 2018, aportada por la demandada, en la que se indicó:

*"**ASUNTO: TERMINACIÓN DE CONTRATO CON JUSTA CAUSA***

En m calidad de representante legal de SOLMEDICAL S.A.S., por medio de la presente de la manera más respetuosa nos permitimos informar que la empresa ha resuelto dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo con justa causa.

Esta terminación es efectiva desde el 2de octubre de 2018.

La causa de la terminación de trabajo es la contemplada en el artículo 58 Numeral 1 y Literal A, Numeral 6° del artículo 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo:

*"**ARTÍCULO 58 OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. Son obligaciones especiales del trabajador.***

***Numeral 1**. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento interno y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el ordenamiento jerárquico establecido.*

***ARTÍCULO 62 Y 63 TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA**. Modificado por el art. 7, decreto 2351 de 1965. **El nuevo texto es el siguiente**: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

Num 6. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en los pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos".*

Esta decisión está fundamentada en los hechos que se trataron en la diligencia de Descargos rendida por escrito el día 29 de septiembre de 2018, y en la ampliación a los mismos de fecha 1 de octubre de 2018, de conformidad a las faltas laborales cometidas en el desarrollo de sus labores para las cuales ha sido contratada y que fueron aceptadas por usted, ya que mediante escrito de descargos de fecha 28 de septiembre de 2018, usted manifiesta:

"Efectivamente, el martes 18 de septiembre de 2018, a las 10:10 a.m., llame al señor Wilson Forero, (Coordinador Administrativo y de Producción) y le pedí el favor de autorizar en el sistema de Zona Franca, el ingreso de mi compañero permanente, el Señor Francisco de Paula Rey Navas, a las oficinas de Pharmaquila"...

"El señor Rey, así como ha sucedido anteriormente con otros familiares de colaboradores de Pharmaquila, ingresó a las oficinas de Pharmaquila. La señora Adriana Kronfly ha traído a su esposo, la Sra. Amanda ha traído a su hija, y yo también he traído a mi hijo. Cuando traje a mi hijo hice una llamada previa a Adriana comentando la situación. E este caso en concreto acepto que olvidé llamarla para que me autorizara e informarle sobre el ingreso de mi esposo asumí erróneamente que ella estaba en la oficina" ...

"Después del almuerzo (de 1:08 a 1:50) Francisco me solicitó si podía usar un computador por el momento con le fin de comprar tiquetes pues tenía que viajar con urgencias al otro día; de los dos computadores disponibles, el de la Sra. Adriana Kronfly y el del Comercial, le sugerí que usara el computador de la Comercial, quien tampoco se encontraba en ese momento, además dicho computador no cuenta con clave de acceso" ...

*De conformidad con lo anteriormente transcrito, queda claro, que usted en calidad de **RESPONSABLE DE ASUNTOS REGULATORIOS INTERNACIONALES**, infringió el reglamento interno de trabajo, al no solicitarle autorización a la gerencia genera[l] para el ingreso de un tercero a las instalaciones de la compañía y más aún permitirle utilizar los equipos de cómputo para fines personales, incumpliendo con los establecido en el Reglamento Interno de Trabajo en su artículo 45 numerales 8, 11, 14 y 15.*

Así mismo, en aplicación de descargos realizada el 1° de octubre de 2018, se le realizaron las siguientes preguntas, en cuyas respuestas usted confirma que transgredió el reglamento interno de trabajo:

*- **PREGUNTA:** ¿Diga cómo es cierto sí o no, que por políticas de la empresa SOLMEDICAL S.A.S. y PHARMAQUILA S.A.S. y las empresas del GRUPO EMPRESARIAL, está prohibido el ingreso de familiares o personal ajeno a la empresa, a las instalaciones de PHARMAQUILA S.A.S. y las empresas del GRUPO EMPRESARIAL?*

***RESPUESTA:** Si señor, lo que tengo entendido es que uno no puede ingresar familiares y si lo hace debe informar a la gerencia para que autorice el ingreso.*

*- **PREGUNTA:** ¿Manifiesta quien dio la instrucción para la autorización de ingreso del señor Francisco Rey, a la zona franca de la empresa SOLMEDICAL S.A.S. y PHARMAQUILA S.A.S., el día martes 18 de septiembre de 2018?*

***RESPUESTA:** Yo le solicite a Wilson, que autorizara el ingreso a la zona franca.*

*- **PREGUNTA:** ¿Manifiesta quien dio la autorización de uso de equipo de cómputo al señor Francisco Rey, en las instalaciones de la zona franca de la empresa SOLMEDICAL S.A.S. y PHARMAQUILA S.A.S., el día martes 18 de septiembre de 2018?*

RESPUESTA: *Yo le dije a Francisco, que no veía problema que utilizara el computador de la comercial.*

- PREGUNTA: *¿Sírvase informar con que clave ingresó el Sr Francisco Rey, al equipo de cómputo que utilizó desde las 2:17 pm hasta las 5:30 pm, en las instalaciones de la zona franca de la empresa PHARMAQUILA S.A.S., el día martes 18 de septiembre de 2018?*

RESPUESTA: *Primero el equipo no contaba con clave de acceso y el Señor Francisco lo utilizó después de la 1:50 pm de manera interrumpida hasta las 5:34 pm, es decir, lo usaba, paraba, hablaba, no contaba con clave el equipo.*

- PREGUNTA: *¿Es de su conocimiento que realizar tareas en beneficio de un tercero, es una falta grave al reglamento interno de SOLMEDICAL S.A.S. y PHARMAQUILA S.A.S. o de las empresas del GRUPO EMPRESARIAL, junto con los acuerdos de confidencialidad?*

Nota: La trabajadora pide aclaración de la pregunta, la cual fue realizada por el Doctor José Mauricio Atapuma.

RESPUESTA: *Si señor.*

- PREGUNTA: *En su escrito de contestación a descargos del 28/09/2018, manifestó los siguiente "reconozco que dado mi situación emocional y de estrés pasé por alto una directriz del reglamento interno de trabajo" ¿Sírvase informar cual fue la directriz que pasó por alto?*

RESPUESTA: *No me comuniqué con la gerencia para autorizar el ingreso de un familiar, como ya lo había hecho antes cuando ingreso mi hijo.*

Por todo lo anterior, la empresa con fundamento en los hechos objeto de los descargos aportados por escrito de fecha 18 de septiembre de 2018, y ampliación de los mismo[s] de fecha 1 de octubre de 2018, declara la terminación de su contrato individual de trabajo a término indefinido con justa

causa, de conformidad con lo establecido en el literal a, numeral 6 de los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 43 del Reglamento Interno de Trabajo, al finalizar su jornada laboral, del día dos (2) de octubre de Dos Mil Dieciocho (2018).

Así mismo, le informo que contra la presente decisión no caen recursos.

Agradecemos los servicios prestados por usted a esta institución.".

Atendiendo la carta de terminación del contrato de trabajo, se advierte que contrario a lo aducido por el apoderado de la parte actora, en dicho documento sí se plasmaron los motivos que generaron la terminación del contrato de trabajo, no solo en lo referente a la autorización de ingreso a las instalaciones de la demandada por parte de terceros ajenos a la actividad, sin la debida autorización por parte del gerente, sino también, respecto del uso de los equipos de cómputo de la compañía, supuestos que fueron admitidos por la ex trabajadora en los descargos que fueron presentados y que si bien presentan contradicción con el interrogatorio de parte rendido ante la falladora de primer grado, también lo es, que en dicho momento pretende modificar las afirmaciones dadas en los escritos de descargos, tales como que se pidió la autorización para el ingreso del señor Francisco Rey al señor Wilson Forero quien desempeñaba el cargo de Coordinador Administrativo y de Producción, para que este a su vez pidiera la autorización a la gerencia general, no obstante, tal como refirió en los descargos, tal no era el procedimiento determinado, pues mencionó que el trámite a seguir, era solicitar de forma previa la autorización de ingreso de un familiar, situación que fue pasada por alto y respecto de la que si bien se adujo que tal directriz era del año 2014 y por la variación del orden jerárquico de la compañía era el Coordinador Administrativo quien otorgaba la autorización, también lo es, que tal afirmación no cuenta con respaldo alguno, pues lo acreditado es que mediante recomendación del día 9 de abril de 2014, se les informó a los

trabajadores *"4. Recordemos que el ingreso a nuestras oficinas a Nivel nacional solamente está permitido personal que labora con cada una de las empresas, o visitantes autorizadas, ya sea Proveedores o* ***las personas autorizadas por la Gerencia General****. Ningún familiar debe ingresar a las instalaciones de la compañía (Hij@s, sobrin@s, espos@s, novi@s, compañer@s, prim@s, abuel@s, tí@s, amig@s). Lo anterior con el fin de prevenir un accidente al interior de las empresas, situación que afectaría el aspecto legal de la empresa en cuanto a Responsabilidad Civil se refiere"*, por lo que no se advierte que la pauta informada a los trabajadores haya variado.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la gravedad de la falta, debe mencionarse que el numeral 1° del artículo 43 del Reglamento Interno de Trabajo, en el que se indica:

> *"**ARTÍCULO 43**. Son obligaciones especiales del trabajador, además de las que establezca la ley, y el contrato de trabajo y el presente reglamento, las siguientes, que no son limitativas, así:*
>
> *Las consagradas en la Ley:*
>
> *1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido. (...)".*

No obstante, en el inciso final de dicha norma, se establece que *"Cualquier violación a las anteriores obligaciones del trabajador, se califican como faltas graves y por tanto constituyen una justa causa para terminar el contrato de trabajo"*, disposiciones que no se pueden entender por sí solas, sino acompañadas de los demás supuestos manifestados en la carta de

finalización, como las consagradas en los numerales 8°, 11, 14 y 15, que regulan:

*"**ARTÍCULO 45**. Se prohíbe a los trabajadores:*

8. Usar los útiles o herramientas suministradas por la empresa en objetivos distintos del trabajo contratado (CST. Art. 60).

11. Suministrar la contraseña de ingreso personal al computador asignado por la empresa o la contraseña de ingreso al sistema contable de un tercero.

14. Incurrir en conducta que conlleve a un conflicto de intereses.

15. Incurrir en una conducta que conlleve a divulgar información reservada.".

Así las cosas, no solamente se advierte que en efecto la causal para la terminación del contrato de trabajo fue consagrada como grave ene l reglamento interno de trabajo y no es otra que el de observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que imparta el empleador o sus representantes, situación que fue omitida por la ex trabajadora en dos oportunidades, la primera de ellas frente a la solicitud de ingreso, directriz impartida vía correo electrónico y la segunda, la de permitir el acceso a un equipo de cómputo por parte de un tercero, y respecto de la que si bien no se advierte la divulgación de información, ello no implica que se deba acreditar un perjuicio para que la causal se torne justa o injusta para la finalización del vínculo laboral; y en todo caso, de no haberse establecido la gravedad de las conductas aducidas, las mismas deberían ser calificadas por el fallador, causales que fueron acreditadas por la parte demandada y que en todo caso, daría lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa; fundamentos por los que se confirmará la decisión de primer grado.

Hasta acá el análisis del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo de la demandante y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 19 de enero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. Costas de primera instancia cargo de la demandante y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado