



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **008 2014 00701 01**
DEMANDANTE: ANA ROSS MARY GÓMEZ VERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
- COLPENSIONES

Bogotá DC, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su calidad de esposa del causante Hernando Gómez, junto con los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que contrajo matrimonio por el rito católico con Hernando Gómez el 12 de mayo de 1983, con quien convivió hasta la fecha de su muerte; que procrearon un hijo de nombre Hernando Gómez Gómez quien tiene 29 años; que el 22 de diciembre de 2021, radicó petición ante la Alcaldía Municipal de Ortega Tolima, a fin de que se le reconociera la pensión de sobrevivientes; que el 10 de octubre de 2011, radicó solicitud de pensión ante el ISS, en el formato

requerido por la entidad y diligenciado por la Alcaldía Municipal de Ortega Tolima; que mediante Resolución n.º GNR 217881 del 28 de agosto de 2013, expedida por Colpensiones, fue negada su solicitud con fundamento en que el afiliado acreditaba 214 semanas; que el 18 de noviembre de 2013, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra del mencionado acto administrativo, pues según la certificación de la Alcaldía del municipio de Ortega, Tolima el causante prestó sus servicios por 1.161 días; que mediante la Resolución n.º GNR 163578 del 12 de mayo de 2014, Colpensiones confirmó lo resuelto en el acto administrativo n.º GNR 217881 del 28 de agosto de 2013 (f.º 3 a 9).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 2 de febrero de 2015, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 33).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que el causante no contaba con las semanas requeridas para que su cónyuge adquiriera el derecho por su fallecimiento, ya que únicamente reportaba 214 semanas, sin que fuera posible conmutar los tiempos cotizados a otras cajas y sin que 150 de ellas hubieran sido cotizadas dentro de los 6 años anteriores al deceso o 300 en cualquier tiempo. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (f.º 36 a 40).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio (f.º 34).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 26 de octubre de 2021, absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra (f.º 132).

Consideró la juez de primer grado, que debido a que el causante había

fallecido el 6 de octubre de 1985 y cotizado al ISS un total de 214,57 semanas a través de Empolina SA del 1º de mayo de 1972 al 9 de mayo de 1974, no reunía las semanas requeridas en la norma que estaba vigente para el momento del deceso para acceder a la prestación pensional, esto es, el art. 20 del Acuerdo 224 de 1996, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, modificado por el Acuerdo 019 de 1983 aprobado por el Decreto 232 de 1984.

Sobre los tiempos de servicio público certificados por la Contraloría Departamental del Tolima, señaló que la entidad de seguridad social no estaba obligada a tenerlos en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, en la medida en que según el precedente jurisprudencial la sumatoria de tiempos públicos y privados solo procede cuando se trata de pensiones reguladas por el Acuerdo 049 de 1990 y que se causen con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Agregó que a pesar de que en el plenario reposaba constancia del jefe de personal de Empolina SA en la que se había hecho constar que el causante laboró desde el 5 de febrero de 1962 hasta el 9 de abril de 1976, lo cierto es que ello no guardaba relación con lo reportado en el sistema de pensiones; y, que tampoco era procedente incluir el tiempo aducido con la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Gobernación del Tolima, ya que tales entes habían certificado que no se encontraba información alguna sobre la vinculación del causante a esas entidades.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** argumentó que en el expediente está demostrado que el causante laboró en Empolina SA desde 1962 hasta 1976, es decir, por 5176 días, equivalentes a 739,42 semanas y por 278,42 semanas en la Alcaldía Municipal de Ortega Tolima, sin embargo, en la historia laboral solo están reportadas 214, lo que indica que a pesar de que Colpensiones cuenta las herramientas jurídicas para hacer el cobro de tales tiempos, no lo hizo o simplemente existe una inconsistencia y se cumple el requisito de las 300 semanas que exige el Decreto 3041 de 1966, debido a que el fallecimiento ocurrió el 6 de octubre de 1985.

Alegó que no estaba de acuerdo, con lo indicado sobre la certificación

de la Registraduría del Estado Civil, debido a que en la del 15 de enero de 2007, hace constar que el causante, fue electo suplente del concejal Leoncio Corrales para el período constitucional 1976 a 1978, en el municipio de Ortega, por lo que dicho tiempo también debe ser contabilizado.

Adicionalmente, puso de presente que debía tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial sentado en las sentencias SL1981-2020 y SL412-2021, sobre la suma de tiempos públicos y privados, en las que se consagró esa posibilidad en aplicación del régimen de transición, al que hizo Colpensiones mención en sus actos administrativos, por lo que procede el reconocimiento procurado en virtud de los principios de condición más beneficiosa del afiliado y de favorabilidad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 9 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 135).

Las partes presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda, en la sustentación del recurso de apelación y en el escrito de contradicción, respectivamente (f.º 136 a 142).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en establecer si el afiliado fallecido dejó causada la pensión de sobrevivientes, y si para ello, conforme a la normatividad aplicable, era dable sumar los tiempos de servicios del sector público no cotizados al Instituto de Seguros Sociales con los cotizados a dicha entidad; y en caso afirmativo, si la demandante acreditó su condición de beneficiaria de la prestación.

Se encuentra demostrado que el causante Hernando Gómez falleció el 6 de octubre de 1985 (Pág. 6, archivo 1), por lo que la norma aplicable para resolver la

controversia, vigente para la fecha de la muerte, es el art. 20 del Acuerdo 224 de 1996, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que consagra que habrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando un asegurado del Instituto de Seguros Sociales reúna las condiciones de tiempo y densidad de cotización que se exigen en el art. 5º de la misma disposición, para las pensiones de invalidez, el cual fue modificado por el Acuerdo 019 de 1983 aprobado por el Decreto 232 de 1984, que exige tener acreditadas 150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I.V.M., dentro de los 6 años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.

En ese orden, en torno a la normatividad aplicable, es menester precisar que contrario a lo sostenido en la alzada, como el deceso del afiliado tuvo lugar en 1985, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no es factible recurrir a la aplicación del régimen de transición previsto en esa disposición, sin que a su vez, se derive del Acuerdo 224 de 1996, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, un figura similar o la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, tal como se coligió por el Órgano de Cierre de esta especialidad en la sentencia CSJ SL5291-2021.

Con esto, al pasar a la comprobación del cumplimiento de las exigencias aplicables, advierte la Sala que fue acertado el análisis que llevó a la *a quo* a negar las pretensiones, pues está demostrado que Hernando Gómez solo aportó al ISS por medio del empleador Empolima SA un total de 214,5714 semanas, en el período comprendido del 1º de mayo de 1972 al 9 de mayo de 1974, es decir, que no alcanzó a computar 150 semanas en los 6 años previos al deceso, esto es, entre el 1º de noviembre de 1980 y el 6 de octubre de 1985, ni 300 en toda la vida laboral.

Adicionalmente, se precisa que no pueden ser tenidas en cuenta las semanas que se echan de menos frente a dicho empleador del 5 de febrero de 1962 al 30 de abril de 1976 y que pretenden acreditarse por medio de la certificación laboral expedida por el Jefe de Personal de la empresa el 12 de mayo de 1980 (f.º 13), en la medida en que en ese período no se prueba que haya mediado afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones, y en ese evento, la obligación de trasladar el cálculo actuarial al fondo está en cabeza exclusivamente del empleador, por lo que no es factible exigir a la entidad de seguridad social ejercer algún tipo de acción de cobro (CSJ SL5089-2020).

Por su parte, en lo que concierne a los tiempos de servicios del sector público no cotizados al Instituto de Seguros Sociales, para los cuales se arrimaron las certificaciones expedidas el 12 de diciembre de 1979 por la Contraloría Departamental del Tolima (f.º 12) y por la Registraduría Nacional del Estado Civil el 15 de enero de 2007 (f.º 14), se tiene que al margen de la discusión surgida sobre la validez de lo allí certificado, lo cierto es que tales períodos tampoco pueden ser contabilizados, toda vez que el Acuerdo 224 de 1996, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, no admitía la sumatoria de tiempos públicos no cotizados al ISS y los que sí fueron realizados en su momento a esa administradora, y así fue concluido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL5291-2021, en la que se realizaron específicas consideraciones, que se acogen en su integridad, en torno a la imposibilidad de esa sumatoria o acumulación, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para acceder a una pensión como la que ocupa ahora la atención de la Sala, causada con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Bastan entonces las razones expuestas para desestimar los argumentos del recurso y confirmar la sentencia apelada.

Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021, por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkH-KM_LpWBAjO-NbxwqdL4BQdgZIfdpvNqBU2799R199A?e=c5TUJ5](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkH-KM_LpWBAjO-NbxwqdL4BQdgZIfdpvNqBU2799R199A?e=c5TUJ5)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c4e72906f752efc5a32f93a9906ee2b5d37732a809de2424b23a60670d6b88b8**

Documento generado en 15/02/2023 10:23:13 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **033 2020 00089** 03
DEMANDANTE: RUBIELA BENITES LAGUNA
DEMANDADO: MÁSTER SEGURIDAD PRIVADA LTDA. Y MANSAROVAR
ENERGY COLOMBIA LTD.

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1° de octubre de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la responsabilidad solidaria a título de culpa patronal de las demandadas por los daños y perjuicios ocasionados, debido al fallecimiento de su hija Maribel Benites Laguna en el accidente de trabajo ocurrido el 10 de agosto de 2013, así mismo, que este ocurrió por el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo. En consecuencia, que se condene al pago de los perjuicios materiales en lo correspondiente al daño emergente y lucro cesante, consolidados y futuros, de los perjuicios morales objetivados y subjetivados y de los perjuicios a la vida de relación en el mayor valor entre 100 y 1000 SMLMV, junto con los intereses corrientes, los intereses moratorios y la indexación.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, la demandante expuso que Maribel Benites Laguna ingresó a laborar mediante contrato de

trabajo a la empresa Máster Seguridad Privada Ltda. a partir de septiembre 2012, donde desempeñó el cargo de vigilante; que la jornada era de 8 horas diarias, más las extras que se generaran; que el 10 de agosto de 2013, sufrió un accidente de trabajo, en el que perdió la vida, mientras se transportaba en una motocicleta de marca Yamaha Modelo FZ de placas CAJ59C, a las instalaciones del campo petrolero “*Campo Velásquez*”, cuyo beneficiario o dueño era la sociedad Mansarovar Energy Colombia LTD.; que la empresa Mansarovar Energy Colombia LTD., suscribió Convención Colectiva de Trabajo con la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo “USO” el 25 de septiembre de 2012, vigente por el período 2012-2015; que Maribel Benites Laguna se encontraba afiliada a la USO y era beneficiaria de la CCT; que la sociedad Mansarovar Energy Colombia LTD. incumplió la obligación de seguridad con los trabajadores que laboran en campos petroleros, contenida en la CCT, consistente en suministrar transporte diario entre Puerto Boyacá, Puerto Perales Nuevo, Velásquez y viceversa y donde llegare a operar, provisto de sillas cómodas y bien construidas; y, que las demandadas no cumplieron con diversas obligaciones relacionadas con la seguridad y salud de sus trabajadores.

Agregó que es la madre de la trabajadora y que aquella asumía su sostenimiento económico; que a raíz del deceso ha soportado una situación económica difícil, se ha afectado su vida exterior y ha tenido sentimientos de frustración (f.º 3 a 22).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió luego de ser subsanada el 15 de junio de 2021, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (arch. 6).

Mansarovar Energy Colombia LTD. dio respuesta con oposición a todas las pretensiones, argumentando que tal como se admitió en la demanda, la señora Maribel Benites Laguna era trabajadora de la empresa contratista Máster Seguridad Privada Ltda., y que a su vez, debía tenerse en cuenta que el accidente de tránsito sufrido por aquella fue de origen común y no de trabajo, pues no se prueba que el vehículo en el que aquella se transportaba era de propiedad o había sido suministrado por el empleador y que el referido suceso tuvo lugar por culpa exclusiva de la víctima, pues en el informe oficial

n.º 002162 se indicó que la señora Benites Laguna se movilizaba con exceso de velocidad e invadió el carril contrario. Agregó que no existe identidad entre el objeto de esa sociedad y el del contrato comercial celebrado con Máster Seguridad Privada Ltda., de manera que no se cumplen los presupuestos para que opera la responsabilidad solidaria consagrada en el art. 34 del CST. En su defensa formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción (f.º 139 a 151 y 310 a 324).

Máster Seguridad Privada Ltda. dio respuesta a través de Curador Ad Litem, quien se opuso a las pretensiones y propuso como excepción de mérito la de inexistencia del accidente de trabajo (f.º 302 a 309).

En auto del 3 de marzo de 2020, se declaró probada la excepción previa de falta de jurisdicción y se dispuso la desvinculación de Ecopetrol SA (f.º 358), determinación que fue confirmada por esta Corporación en auto del 29 de septiembre de 2020 (f.º 366 a 369).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 1º de octubre de 2021, declaró que en el accidente que Maribel Benites Laguna sufrió el 10 de agosto de 2013 y que le ocasionó la muerte, no se encuentra incurso en la culpa patronal prevista en el art. 216 del CST, por parte de Máster Seguridad Ltda., y absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, el juez de primer grado señaló que debido a que se había logrado establecer que la motocicleta en la que se transportaba la trabajadora cuando ocurrió su deceso, no era de propiedad de la sociedad empleadora Máster Seguridad Privada LTDA., no podía catalogarse dicho suceso como un accidente de trabajo y por ello tampoco podía hablarse de la culpa en la modalidad subjetiva, ya que la demandada no podía controlar o circunscribir el riesgo.

Expuso que a pesar de que la activa sustentó su hipótesis en la aplicación del art. 22 de la CCT que estaba vigente del año 2012 al 2015, lo cierto es que dicha disposición expresamente estableció que era aplicable

exclusivamente a los trabajadores de Mansarovar Energy Colombia LTD., por lo que los beneficios allí contenidos no se extendieron en favor de Maribel Benites Laguna, máxime cuando no se probó tal situación y no existe identidad en los objetos de las demandadas. Explicó igualmente que lo dispuesto en la Ley 1503 de 2011, no era aplicable a Máster Seguridad Privada LTDA., comoquiera que la exigencia relativa a diseñar e implementar un Plan Estratégico de Seguridad Vial en función de su misionalidad y tamaño solo es aplicable para las empresas que cuenten con una flota de vehículos automotores o no automotores superior a diez (10) unidades, o que contrate o administre personal de conductores.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** expuso que en la sentencia de primer grado no se analizaron las evidencias que se presentaron a fin de probar que el suceso ocurrido a Maribel Benites Laguna fue un accidente de trabajo y el porqué no se tuvo en cuenta que debido a cómo se verificó el deceso, era responsable solidariamente la sociedad Mansarovar Energy Colombia LTD. como beneficiaria de la obra.

Expuso que si bien la Ley 1562 de 2012, excluye de la definición de accidente de trabajo los eventos en los que el transporte no es suministrado por el empleador, para resolver debió acudir a la Decisión 584 de la Comunidad Andina de Naciones que sustituyó el Instrumento Andino sobre Seguridad Social y Seguridad y Salud en el Trabajo, que establecen que en toda la cadena que se presenta de empleadores y trabajadores junto con contratistas y demás, en casos como el de Maribel Benites Laguna, se trata de un accidente de trabajo, pues se consideran trabajadores todas aquellas personas que se desempeñan en una actividad laboral, por cuenta ajena remunerada, incluidos los que no estén relacionados directamente con un contrato de trabajo en el lugar dispuesto para ello; a su vez, que el lugar de trabajo es todo sitio o área donde los trabajadores permanecen y desarrollan su trabajo donde tiene que acudir por razón del mismo y que siempre que dos empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar son solidariamente responsables, por la aplicación de las medida de prevención de riesgos. En ese orden, expuso que se debe tener en cuenta que Maribel Benites Laguna el día 10 de agosto de 2013, se desplazaba en una moto prestada hacia

su lugar de trabajo, así como también que el testigo Julio Contreras refirió que por medio de diferentes ejercicios de negociación colectiva se ha solicitado a Mansarovar Energy Colombia LTD. que se incluyeran como beneficiarios de las medidas de protección y seguridad de esa empresa a los trabajadores de los contratistas, por lo que al ser la trabajadora una afiliada de la Organización Unión Sindical Obrera que buscó y promovió dicha organización con la demandada en solidaridad, le deben aplicar la extensión en la protección de los riesgos que atentan contra la seguridad, la vida y la integridad.

Con eso, señaló que Mansarovar Energy Colombia LTD. se abstuvo de suministrar el servicio de transporte seguro y adecuado a los diferentes trabajadores, lo que si se hizo después del deceso de la trabajadora

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 9 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 382).

La parte demandada Mansarovar Energy Colombia LTD. presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso (f.º 385).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, así como acorde con lo pretendido, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar, en primera medida, la existencia de la relación de trabajo entre Maribel Benites Laguna y la sociedad Máster Seguridad Privada Ltda., en caso afirmativo se estudiara si el accidente de tránsito sufrido por la primera fue de trabajo; en tal caso, si existió culpa del empleador en la ocurrencia de dicho suceso; y si, como consecuencia de ello, procede el reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados por la demandante.

Para empezar, es preciso indicar que contrario a lo que pareció colegir el *a quo* en la decisión de primer grado, en este asunto no fue indiscutida, ni admitida, ni debía ser excluida del debate probatorio, la existencia del contrato de trabajo que alega la demandante se celebró entre Maribel Benites Laguna y la sociedad Máster Seguridad Privada Ltda., por lo que para analizar la procedencia de los demás pedimentos, consecuenciales de ese supuesto fáctico, es menester establecer si fue o no acreditado en el trámite.

En ese orden, se recuerda que los elementos esenciales del contrato de trabajo se encuentran previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1º de la Ley 50 de 1990 y son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibidem*, modificado por el 2º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, CSJ SL10118-2015, CSJ SL1420-2018, CSJ SL1081-2021, y CSJ SL781-2022).

Atendiendo a lo anterior, debe precisar la Sala que en este asunto ninguno de los elementos de convicción arrimados permite colegir con un mínimo grado de certeza, que Maribel Benites Laguna prestó personalmente sus servicios a Máster Seguridad Privada Ltda., y que en razón de ello, ejecutaba las labores de guarda de seguridad en las instalaciones de Mansarovar Energy Colombia LTD., en la medida en que las pruebas documentales que reposan en el plenario no dan cuenta de esa situación, ya que solo se arrimaron los certificados de existencia y representación legal de las demandadas (f.º 24 y 25 a 29); un informe policial de accidentes de tránsito (f.º 54 a 59); la copia de la cédula de ciudadanía y los registros civiles de nacimiento y de defunción de Maribel Benites Laguna (f.º 60, 61 y 126); la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Mansarovar Energy Colombia LTD. y la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo “USO” el 25 de septiembre de 2012, vigente por el período 2012-2015 (f.º 62 a 124); la cédula de ciudadanía de la demandante (f.º 125); dos declaraciones extrajuicio

rendidas ante Notario por la demandante, por Alexa Jovana Cardozo Briñez y por Reinaldo Hernández Real, en las que se hizo referencia a la dependencia económica que tenía la promotora del proceso frente a su hija (f.º 127 a 128); y, el contrato MOR-462-21 celebrado entre Mansarovar Energy Colombia LTD. y Máster Seguridad Privada Ltda. cuyo objeto fue la prestación del servicio de vigilancia y seguridad de la Asociación Nare (f.º 152 a 161).

Y en lo que concierne a las declaraciones de los testigos Yeny Yaneth Villarraga Benítez, Julio Contreras Escobar y Patrocinio Carozo Galeano, se tiene que de la valoración conjunta de sus dichos, no se derivan las situaciones de modo, tiempo y lugar en las que se dio el supuesto de hecho analizado, ya que todos los deponentes afirmaron que no laboraron ni prestaron sus servicios en favor de las demandadas.

A su vez, aunque todos refirieron que Maribel Benites Laguna trabajaba en Máster Seguridad Privada Ltda., la primera únicamente dijo conocer esa situación por ser la hermana de aquella; el segundo, porque era dirigente sindical de la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo “USO”, y en virtud de ello, estuvo en el sitio del accidente de tránsito y conocía a los afiliados de dicha organización, sin establecer bajo qué contexto interactuó con Maribel Benites Laguna, tanto así que expuso que no sabía si el incumplimiento referido en la demanda, del que se pretende derivar la culpa patronal, era de Máster Seguridad Privada Ltda. o de otra operadora; y, finalmente, el tercero mencionó que era pensionado de Texas Petroleum Company, que conocía a la familia de la causante porque ellos vivieron toda la vida en Campo Velásquez, que era el sector en el que prestaba sus servicios, y porque fue Concejal y líder de todo el sector de Puerto Boyacá, y que el día del accidente se acercó al lugar en su vehículo particular y por ello estuvo haciendo investigaciones sobre el caso.

Es así que, para la Sala tales versiones y afirmaciones resultan insuficientes, debido a que no se extraen de ellas hechos concretos, que les consten de manera personal y directa a los deponentes, y que ubiquen sus declaraciones temporal y especialmente, en los términos que se adujo en el escrito inicial.

De ese modo, ante la deficiencia probatoria advertida, no era viable pasar a analizar los pedimentos de la demanda, ya que todos ellos son consecuenciales y se derivan de la existencia del vínculo laboral alegado, que no fue acreditado.

En todo caso, si en gracia de discusión se tuviera por acreditada la relación de trabajo, estima la Sala que tampoco habría lugar a impartir condena alguna en contra de las demandadas, pues se tiene que bajo el amparo de lo normado en el art. 216 del CST, hay lugar a la indemnización total y ordinaria de perjuicios cuando existe culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional; y, según lo normado en el art. 3º de la Ley 1562 de 2012, se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

En este asunto, se probó con la confesión de la demandante y la versión de Yeny Yaneth Villarraga Benítez, que el vehículo en el que se transportaba Maribel Benites Laguna, cuando perdió la vida, no había sido suministrado por la empresa Máster Seguridad Privada Ltda., respecto de quien tampoco se logró demostrar que tuviera a su cargo la obligación de proporcionar tal servicio a sus empleados, pues además, la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Mansarovar Energy Colombia LTD. y la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo “USO” el 25 de septiembre de 2012, de la que se pretende derivar tal situación, no previó que su articulado fuera aplicable a los trabajadores de los contratistas de la primera, sin que se enmarque este asunto en lo normado en el Decreto 284 de 1957, comoquiera que el contrato suscrito entre las llamadas a juicio tenía por objeto la prestación del servicio de vigilancia y seguridad y en la demanda se alegó que la causante se desempeñaba como guarda de seguridad, es decir, que no realizaba labores esenciales ni propias del negocio u objeto social de la demandada en solidaridad relacionado con la exploración, explotación, producción y transporte de petróleo (f.º 25 a 29).

En consecuencia, habrá de confirmarse la absolución dispuesta en la sentencia apelada, pero las razones expuestas en esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 1º de octubre de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, pero de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcs-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ehf16J-xx19AoeOqYExSQ2kBBBYcj1ZLxeAbyle6I7dyQ?e=X9GiJF

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3fea0d64225de1f5f824bd7e57724379f893f7316a85c8bac3d36f97be552fc9**

Documento generado en 15/02/2023 10:23:15 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **038 2020 00213 01**
DEMANDANTE: CLAUDIA ELVIRA JIMÉNEZ FONSECA
DEMANDADO: SERVIENTREGA SA, TALENTUM TEMPORAL SAS y T&S
TEMSERVICE SAS

Bogotá DC, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con Servientrega SA, entre el 9 de octubre de 2006 y el 15 de julio de 2019, por tanto, que Talentum Temporal SAS y T&S Temservice SAS actuaron como simples intermediarias; en consecuencia, solicitó se condene a Servientrega SA y solidariamente a Talentum Temporal SAS y a T&S Temservice SAS a pagar *«los períodos de vacío laboral que no fueron pagados»*, más los reajustes indexados de las cesantías, de los intereses a las cesantías, de las primas de servicios y de las vacaciones teniendo en cuenta el *bono de servicio* como factor salarial al retribuir la prestación de sus servicios, más los intereses a las cesantías causados durante la vigencia de la relación laboral. Así mismo, solicitó las indemnizaciones reguladas en los arts. 99 de la Ley 50 de 1990, 64 y 65 del CST, y en subsidio de esta última, la indexación de las sumas constitutivas de salarios o prestaciones sociales (págs. 4, 5 arch. 1.1 C01).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, señaló que prestó sus servicios a Servientrega SA entre el 9 de octubre de 2006 y el 15 de julio de 2019, desempeñando el cargo de Auxiliar de Logística en la ciudad de Bogotá y dentro de las oficinas de Servientrega; para tal efecto, celebró varios contratos de trabajo con Talentum Temporal SAS, en las siguientes fechas; 9 de octubre de 2006, septiembre de 2007, 16 de septiembre de 2008, 15 de octubre de 2009, 1º de octubre de 2010, 6 de octubre de 2011, 20 de septiembre de 2012, 3 de octubre de 2013, 4 de septiembre de 2014, 5 de agosto de 2015 y el último del 3 de agosto de 2016 al 13 de julio de 2017. Así mismo suscribió 2 contratos como trabajadora en misión con T&S Temservice SAS, del 15 de agosto de 2017 al 17 de julio de 2018 y desde el 8 de agosto de 2018 hasta el 15 de julio de 2019.

Añadió que como último salario devengó \$832.242 y adicionalmente las empresas temporales le pagaban mensualmente \$50.000, que denominaban bono de servicio, empero, para la liquidación de primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y aportes a pensión, se tomaba como base un salario distinto e inferior al realmente percibido. Sostuvo que durante su vinculación laboral no le consignaron las cesantías en forma completa y oportuna; cada año “*la dejaron unos días en vacío laboral antes de ponerla a firmar un nuevo contrato de trabajo*”; el 15 de julio de 2019, redactó su carta de renuncia bajo instrucciones de T&S Temservice SAS, sin embargo, no le fueron pagadas sus prestaciones en forma completa (págs. 2-4 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 19 de enero de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 4 *idem*).

Talentum Temporal SAS, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante. Adujo, que celebró con la demandante varios contratos autónomos e independientes y desempeñó diferentes cargos en la empresa usuaria como trabajadora en misión en períodos específicos, con labores disímiles y equipo de trabajo diferente, es decir, suministró personal a la empresa usuaria en atención a los requerimientos de personal de aquella. Añadió que el bono de servicio que pagaba a la demandante sí era constitutivo de salario y hacía parte de la base para liquidar prestaciones y seguridad social. Formuló como excepciones las de compensación, inexistencia de la obligación, inexistencia

de una relación laboral indefinida con la beneficiaria de la obra o labor contratada, carencia de norma jurídica, buena fe, improcedencia de las indemnizaciones y falta de causa para pedir, más la previa de prescripción que fue diferido su estudio al momento de la sentencia (archs. 6.1, 7.1, 14.11, 20, 21).

Servientrega SA, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Señaló que nunca ha existido ningún vínculo laboral con la demandante, pues estuvo vinculada por medio de las empresas de servicios temporales convocadas en calidad de trabajadora en misión. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causa y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de los supuestos de hecho en los que soporta sus pretensiones la demandante, prescripción, pago y compensación (archs. 8.1, 13.1, 14).

T&S Temservice SAS, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto vinculó a la demandante mediante dos contratos de trabajo por obra o labor determinada completamente autónomos e independientes entre sí, que tenían por objeto el suministro de personal de carácter temporal para los casos expresamente autorizados por el art. 71 de la Ley 50 de 1990; respecto de los cuales actuó como verdadero empleador de la demandante. Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, compensación, prescripción y buena fe (archs. 9.1, 12).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 22 de febrero de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda, se relevó del estudio de las excepciones propuestas y condenó a la demandante al pago de las costas procesales.

Explicó que, a partir del material probatorio recaudado, se demuestra que la contratación de la demandante no tuvo como fin desarrollar alguna actividad ocasional o transitoria en la empresa usuaria; por el contrario, la demandante desarrolló en forma interrumpida durante casi 13 años desde el 1º de septiembre de 2007, actividades propias del giro ordinario de los negocios de Servientrega SA; que los contratos celebrados no superan el término de seis meses con su prórroga, pero sí vulneran la prohibición contenida en el parágrafo del art. 6º del Decreto 4369 de 2006, pues vencido el primer contrato, celebrado con Talentum

Temporal SA, no era posible suscribir con la trabajadora un nuevo contrato bajo la misma modalidad y cargo de Auxiliar, incluso con otra empresa de servicios temporales.

Concluyó que con el actuar de las demandadas al haber suscrito 13 contratos con la demandante bajo la misma modalidad, se desnaturalizó la contratación de trabajadores en misión por medio de empresas de servicios temporales y en consecuencia debería entenderse como verdadero empleador de la actora a Servientrega SA, quien estaría llamada a responder en forma directa por los derechos de la trabajadora, mientras las EST convocadas tendrían la condición de responsables solidarias al actuar como simples intermediarias. A pesar de ello, consideró que no es procedente atender las súplicas de la demanda relativas a la existencia de una única vinculación a término indefinido con la empresa usuaria, en la medida que medió una significativa solución de continuidad de 30 días y más entre cada uno de los contratos de trabajo celebrados con Talentum Temporal SA, y en dichos períodos no se acreditó actividad laboral dependiente por parte de la actora a favor de Servientrega SA. Además, frente a los contratos celebrados con T&S Temservice SAS, se acreditó la presentación de cartas de renuncia por parte de la trabajadora, lo que a su juicio denota la intención de terminar los vínculos contractuales y conlleva a determinar la pluralidad de nexos laborales, sin que la demandante lograra acreditar que esas renunciaciones correspondieran a una directriz de la empresa de servicios temporales o que existieran vicios del consentimiento frente a la suscripción de estos documentos.

Por lo anterior, impartió absolución por cuanto que en el trámite procesal no se debatió la existencia de varios contratos de trabajo, lo que en su sentir, imposibilita adelantar un análisis en dicho sentido, en tanto que ello implicaría modificar el querer de la parte actora, quien planteó sus pretensiones a partir de la declaratoria de un solo contrato de trabajo con Servientrega SA (archs. 24-26 C01).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apeló con el argumento de que las empresas temporales demandadas no cumplieron las disposiciones legales respecto de su vinculación como trabajadora en misión, dado que este tipo de vinculación procede cuando se trata de labores accidentales o transitorias, reemplazos de personal en

vacaciones, licencias o incapacidades, para atender aumentos de producción o en las ventas y la prestación de estos servicios solo puede extenderse por seis meses prorrogables hasta por otro término igual; sin embargo, prestó sus servicios a favor de Servientrega SA por más de cinco años, quebrantando de esta forma los lineamientos legales para la vinculación de personal en misión, aunado a que las labores que desempeñó corresponden al giro ordinario de los negocios de la empresa usuaria, siendo complicado demostrar que era obligada a firmar unos documentos para la terminación del vínculo, aunque sus compañeras de trabajo así lo manifestaron, por ende, tenía que obedecer ante el poder subordinante de las empresas.

En relación a los bonos de servicios afirmó que, si bien las demandadas señalaron en sus contestaciones que sí constituían salario, en la realidad este concepto no era tenido en cuenta para los aportes a pensión, ni en la liquidación de prestaciones.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de marzo de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02).

Servientrega SA y T&S Temservice SAS presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en las contestaciones (págs. 1-11, arch. 5 C02). Y en relación con los escritos provenientes de la parte demandante visibles de las págs. 12 a 31 del archivo 5 del cuaderno C02, debe advertirse que no se admitirán por parte de la recurrente, argumentaciones adicionales que no expuso dentro de la audiencia de que trata el art. 10 de la Ley 1149 de 2007, al tenor de lo dispuesto en el art. 66 del CPTSS.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, corresponde a la Sala determinar *i)* si hay lugar a declarar la existencia de un solo contrato de trabajo con Servientrega SA o diferentes contratos laborales con dicha demandada, respecto de los cuales

Servientrega SA fungió como verdadero empleador de la demandante y Talentum Temporal SA y T&S Temservice SAS como simples intermediarias y *ii*) la procedencia de las pretensiones económicas.

En primer lugar, para determinar la verdadera naturaleza jurídica del vínculo de la demandante, se debe acudir a lo dispuesto en los arts. 23 y 24 del CST, atinentes a los elementos esenciales del contrato de trabajo y a la presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo; de igual forma es necesario remitirse a la Ley 50 de 1990 en sus arts. 71 y ss, que reguló la existencia de las empresas de servicios temporales, así como las condiciones de contratación y envío de trabajadores en misión a las empresas usuarias.

En ese sentido, en el art. 77 de la última normativa en cita, se previeron los casos en los que las usuarias podían contratar con las empresas de servicios temporales, para colaborar «*en forma temporal*» con el desarrollo de sus actividades, conforme las siguientes situaciones generales: *i*) para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del empleador; *ii*) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad; y *iii*) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más.

Vencido el plazo máximo previsto en la citada norma, si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlos directamente sin que sea dable prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006), por lo que se tiene que, de contrariar dichas disposiciones, se desvirtúa el servicio temporal, la empresa usuaria tendría la calidad de verdadera empleadora y la EST, la de una simple intermediaria (CSJ SL2797-2020, SL3520-2018).

Las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salario, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas

de compensación familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono.

En el presente caso, de la documental aportada al expediente (arch. 1.2) se constata que la demandante y las demandadas Talentum Temporal SAS y T&S Temservice SAS, celebraron 13 contratos de trabajo en la modalidad de duración de la obra o labor determinada, con el fin de que la demandante se desempeñara como trabajadora en misión en favor de Servientrega, que tuvieron los siguientes extremos temporales, lo cual no fue objeto de reproche alguno:

No.	Vinculación con EST y cargo	Fecha inicial	Fecha final	Páginas en pdf
1	Talentum Temporal SAS (Auxiliar Masivos)	9-oct-06	15-ago-07	31, 32 arch. 1.2, págs. 1-4 arch. 14.5
2	Talentum Temporal SAS (Auxiliar)	1-sep-07	30-ago-08	5-10, 12, 13, 14, 15 arch. 14.5
3	Talentum Temporal SAS (Auxiliar Masivos)	16-sep-08	15-sep-09	33, 34 arch. 1.2, págs. 11, 18, 19 arch. 14.5
4	Talentum Temporal SAS (Auxiliar Masivos)	15-oct-09	15-sep-10	35, 36 arch. 1.2, págs. 15, 17, 20-23 arch. 14.5
5	Talentum Temporal SAS (Auxiliar)	1-oct-10	15-sep-11	37, 38 arch. 1.2., págs. 24--27 arch. 14.5
6	Talentum Temporal SAS (Auxiliar)	6-oct-11	30-ago-12	39, 40 arch. 1.2., págs. 28-31 arch. 14.5
7	Talentum Temporal SAS (Auxiliar)	20-sep-12	12-sep-13	41, 42 arch. 1.2., págs. 32-35 arch. 14.5
8	Talentum Temporal SAS (Auxiliar)	3-oct-13	15-ago-14	43, 44 arch. 1.2, págs. 36-39 arch. 14.5
9	Talentum Temporal SAS (Auxiliar Masivos)	4-sep-14	15-jul-15	45, 46 arch. 1.2., págs. 40-43 arch. 14.5
10	Talentum Temporal SAS (Auxiliar Masivos)	5-ago-15	13-jul-16	47, 48 arch. 1.2., págs. 44-47 arch. 14.5
11	Talentum Temporal SAS (Auxiliar Masivos)	3-ago-16	13-jul-17	49-60 arch. 1.2., arch. 14.3, págs. 48-51 arch. 14.5
12	T&S Temservice SAS (Auxiliar)	15-ago-17	17-jul-18	61, 65, 66, 81-102 arch. 1.2, págs. 1, 6, 8 arch. 18.1
13	T&S Temservice SAS (Auxiliar)	8-ago-18	15-jul-19	61-63, 67, 68, 103-124 arch. 1.2, págs. 2, 9, 10 arch. 18.1

Tampoco se discutió que las citadas empresas de servicios temporales celebraron sendos contratos comerciales con Servientrega SA para el suministro de trabajadores en misión, hecho que fue aceptado por las partes y consta en el material probatorio aportado, así:

Empresa contratista	n.º contrato	Fecha suscripción	Páginas en pdf
Talentum Temporal SAS	Sin n.º	15-sep-2005	1-, arch. 14.4
Talentum Temporal SAS	Sin n.º	15-ene-2013	20-23 arch. 14.4
T&S Temporales y Sistempora SAS (Hoy T&S Temservice SAS)	GGE.621-15	Año 2015 sin fecha específica	31-39 arch. 181
T&S Temporales y Sistempora SAS (Hoy T&S Temservice SAS)	Otrosí n.º 1 al CPS n.º GGE.621-15	1-marz-2017	40, 41 arch. 181

Sin embargo, revisado el objeto contractual de estos últimos documentos se puede verificar que es demasiado amplio y genérico, de ellos se desprende que entre las empresas se pactó el suministro de personal en misión, para los casos señalados en el art. 77 de la Ley 50 de 1990 y demás normas vigentes o que la sustituyan y que el servicio objeto de dichos contratos será prestado por el contratista a través del número de trabajadores acorde con el volumen de trabajo a desarrollar, el cual será convenido entre los contratantes, o para el desarrollo y cumplimiento de las estrategias dentro del concepto y necesidad de la sustentabilidad adoptado por la empresa contratante. Adicional a ello, del único contrato aportado de T&S Temservice SAS no se puede observar el contenido de las cláusulas 10 y 11.

Los otros contratos aportados por Talentum Temporal SAS, fueron suscritos con Timón SA y Servientrega Internacional SA, siendo la última, una sociedad totalmente distinta a la aquí demandada, según se desprende del Nit indicado en dichos documentos (págs. 5-19, 24-51 arch. 14.4) y el que se refleja en el certificado de existencia y representación de Servientrega SA (arch. 8.2); de modo que no son relevantes para el caso bajo estudio.

Aunado a ello, en los contratos de trabajo por duración de obra o labor determinada que la demandante suscribió con cada empresa, no se especificaron en detalle las obligaciones y funciones que debería evacuar en los mencionados cargos para los cuales fue contratada, simplemente se indicó como objeto genérico de los mismos, que el empleador contrata los servicios personales de la trabajadora para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de la empresa usuaria Servientrega SA, de acuerdo con el contrato comercial vigente entre esta y la EST y que el trabajador manifiesta conocer.

Existen además unas órdenes de servicios y memorandos para empresas temporales y otros formatos denominados ‘término de contrato’ y ‘renovación contrato’, suscritos por el líder del proceso y el administrador de beneficios de Servientrega SA. De las órdenes de servicio se desprenden unos cuadros para ser marcados con una ‘X’ dependiendo de la empresa temporal (Talentum, Dar Ayuda, Acción u otro), diligenciados con el nombre de la demandante, en donde se especifica que por incrementos en la prestación de los servicios se requiere la vinculación de un nuevo colaborador en misión, por lo que se sugiere efectuar la contratación de Claudia Jiménez en el cargo de Auxiliar para macro proceso *Mece*, procesos *masivos* o *logística urbana y masiva*, subprocesos *distribución* o *procesamiento de envíos*, para lo cual se indica que para la autorización del ingreso de ella es requisito indispensable adjuntar la hoja de vida actualizada, el pasado judicial vigente y la copia de la cédula de ciudadanía. Y en los memorandos el único cambio es el atinente a la mención del subproceso a *nacional*.

En los formatos de ‘término de contrato’, al culminar los vínculos, Servientrega SA pone a disposición de la temporal respectiva a la misma trabajadora con la nota ‘quien termina su misión para la cual fue contratada en Servientrega SA’, documento que debe ser enviado 20 días antes de la fecha en que finaliza la misión. Y en los últimos formatos de renovación, se indica el nombre de la demandante con fecha de terminación, la fecha del nuevo ingreso y al finalizar, una nota relacionada con que el formato debe enviarse 20 días antes de la fecha en la que el colaborador va a tomar el descanso, quien también deberá acercarse a la temporal correspondiente a firmar el nuevo contrato con 5 días hábiles de antelación a la fecha de reinicio de labores (archs. 14.8, págs. 3, 4 arch. 18.1 C01).

Las únicas órdenes de servicios para empresas temporales, en donde se enuncian con detalle por parte del Líder del Proceso y con papelería de Servientrega SA, las funciones de la demandante atinentes al alistamiento a los clientes de documento masivo (emparejar, embolsar, ensobrar, plegar, sellar-rotular con sticker) en el proceso de logística urbana y masiva a cargo de Talentum SAS, son las relativas a las fechas de ingreso del 5 de agosto de 2015 y 3 de agosto de 2016 a cargo de Talentum SAS (págs. 14, 15 arch. 14.8).

Como pruebas adicionales, se recaudaron las siguientes **declaraciones**:

Martha Patricia Soto Sarmiento, conoce a la demandante desde hace 13 años, dado que fueron compañeras de trabajo en Servientrega SA y estuvieron vinculadas por medio de las empresas temporales, por esa razón le consta que Claudia firmó contratos con Talentum una vez cada año; dijo que en la empresa les decían que debían acercarse a la temporal, donde les hacían firmar una carta de renuncia para que les pagaran la respectiva liquidación, y aunque no constató presencialmente que la demandante firmara dichas cartas de renuncia, insistió en que todos los trabajadores en misión debían hacerlo cuando la temporal Talentum los citaba en sus instalaciones para terminar el contrato, tras lo cual les pagaban la liquidación de prestaciones. Refirió que la demandante al igual que ella estuvieron vinculadas mediante T&S Temservice SAS durante los dos últimos años de servicios a Servientrega SA. Explicó que además del salario mínimo mensual que devengaban, recibían un bono de \$50.000 y sostuvo que la demandante se desempeñó como auxiliar en varias áreas de la empresa; inicialmente en el área de archivo, donde se organizaban las guías del correo que se entregaban, luego la rotaron en diferentes procesos y por último fue auxiliar del área de devoluciones.

Frente a esta testigo ha de indicarse que el hecho de que tenga una demanda en contra de T&S Temservice SAS, no es suficiente para tenerla como interesada en este proceso (CSJ SL 13 jun. 2012 rad. 41198), por ende no resulta avante la tacha formulada por dicha sociedad, en la medida en que no se allegó otro medio probatorio del cual se pueda desprender que en efecto resulta tener un interés directo en las resultados de este proceso, aunado a que su declaración fue clara y transparente al indicar las razones de la ciencia de su dicho al tenor de lo dispuesto en el art. 221 del CGP.

Además, sus manifestaciones concuerdan con lo dicho por la otra testigo, Consuelo Santa Luna, quien fue compañera de trabajo de la demandante y también prestó sus servicios a Servientrega SA a través de empresas de servicios temporales, por ende, le consta que la demandante empezó a trabajar por medio de Talentum en el año 2006, donde duró por diez años, porque luego la pasaron a la temporal T&S donde duró dos años. Explicó que antes de cumplir el año de servicios, tenían un periodo de vacío laboral de quince o treinta días, les hacían firmar una carta y les pagaban la liquidación, para luego volver a ser contratadas.

Por su parte, Juan Carlos Atehortúa, Director de Negocios de T&S Temservice SAS, no conoce personalmente a la demandante, pero le consta el

vínculo laboral que la unió con la citada temporal mediante dos contratos; afirmó que a la actora le fueron pagados todos los salarios y prestaciones causados durante dichos nexos contractuales, y que el bono de servicios que se le reconocía sumaba para la liquidación de prestaciones y seguridad social. Aseguró que la demandante nunca presentó ante esa temporal ninguna reclamación relativa a la forma de terminación de sus contratos de trabajo.

Así las cosas, se concluye que los testigos indicaron con claridad y coherencia los motivos por los cuales les constó lo relatado en cuanto a las labores que desarrolló la demandante en favor de Servientrega SA, sin que exista una sola prueba que acredite que la demandante desarrolló actividades excepcionales o transitorias, como para deducir que en efecto se encontraban claramente definidas en el art. 77 de la Ley 50 de 1990; por el contrario, sus labores estaban enmarcadas en el giro ordinario de los negocios de la usuaria Servientrega SA, según se observa del certificado de existencia y representación legal visible en el archivo 8.2 (págs. 3-6), desvirtuándose así la transitoriedad que enmarca la contratación en misión de la que fue objeto.

Lo anterior, aunado a que si bien cada uno de los contratos no superó el término de seis meses, prorrogables hasta por otros seis meses más, la demandante siguió siendo vinculada en 12 oportunidades más, bajo la misma modalidad de trabajo en misión, sin superar la vigencia máxima de un año, con 2 empresas de servicios temporales, por espacio de casi 13 años, contrariando así lo dispuesto en el art. 6º del Decreto 4369 de 2006, lo que deja al descubierto, tal como lo anunció el *a quo*, que por parte de la usuaria Servientrega SA, se hizo uso ilegal de la vinculación de la actora como si en realidad se tratara de una trabajadora en misión y por ende, fungió como verdadera empleadora y las temporales convocadas al juicio, actuaron como simples intermediarias, para que la demandante prestara sus servicios en aquella entidad; de ahí que Claudia Jiménez sea considerada como trabajadora de Servientrega SA.

Ahora bien, se solicitó en la demanda, se declare la existencia de un solo contrato de trabajo entre la actora y Servientrega SA, entre el 9 de octubre de 2006 y el 15 de julio de 2019, pretensión a la que no accedió el *a quo*, por advertir que entre cada uno de los contratos por obra o labor determinada siempre existió una significativa solución de continuidad de 30 días o incluso superior a ese tiempo, por ende, consideró que no es posible la declaratoria de un único vínculo contractual, por cuanto la demandante en su interrogatorio aceptó que en estos

periodos de desvinculación no había desarrollado ninguna actividad laboral a favor de Servientrega SA.

Sin embargo, ha de precisarse que, según lo adoctrinado por nuestro Máximo Órgano de Cierre, las interrupciones breves, generadas por la suscripción de diferentes contratos, no deben desfigurar la continuidad en la prestación de los servicios del trabajador, si se trata de cortes efímeros e intrascendentes (CSJ SL 7 jul. 2010, rad. 36897, SL8936-2015), de manera que incluso observando las notas preelaboradas impuestas por Servientrega SA en los formatos de 'renovación de contrato' ya reseñados, puede concluirse de manera razonable que algunas interrupciones entre uno y otro contrato, que no todas, corresponderían al periodo de descanso o vacaciones a que tienen derecho los trabajadores por cada año de servicio prestado (art. 186 del CST - CSJ SL 18 nov. 2009 rad. 37321), porque como se vio en el presente caso, incluso la trabajadora tenía que estar disponible para *«firmar el nuevo contrato con 5 días hábiles de antelación a la fecha de reinicio de labores»*, así que estas renovaciones de contrato eran una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora, quien al cabo de un nuevo contrato seguía desempeñando el mismo cargo y las mismas funciones.

Empero, ello no ocurre en 2 ocasiones: el tercer contrato celebrado con la demandante terminó el 15 de septiembre de 2009 y el cuarto contrato tuvo su inicio el 15 de octubre de la misma anualidad, es decir, se presentó una solución de continuidad de 30 días calendario; y el contrato n.º 11 culminó el 13 de julio de 2017, mientras que n.º 12 inició el 15 de agosto de 2017, con una interrupción de 32 días calendario, sin que se hubiera acreditado por la parte demandante haber prestado sus servicios a favor de Servientrega SA o haber estado disponible durante estos períodos; por ende, a juicio de esta Corporación, estas dos interrupciones resultan lo suficientemente reales y prolongadas, como para concluir que existieron rupturas en el nexo contractual, que imposibilitan declarar la unicidad contractual (CSJ SL4816-2015 y SL5165-2017).

Así las cosas, se debe **revocar** la sentencia de primer grado, por cuanto probatoriamente se evidencia la existencia de 3 verdaderos contratos de trabajo a término indefinido entre la demandante y Servientrega SA, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas, así:

1. Del 9 de octubre de 2006 al 15 de septiembre de 2009.

2. Del 15 de octubre de 2009 al 13 de julio de 2017.
3. Del 15 de agosto de 2017 al 15 de julio de 2019.

En tal sentido, como la demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, se tendrá en cuenta y **declarará** únicamente la última relación que unió a las partes, para efectos de analizar las condenas que pretende, a cargo de su verdadera empleadora (CSJ SL 19 oct. 2006 rad. 27371, SL5165-2017); es decir, respecto del contrato de trabajo que se extendió entre el 15 de agosto de 2017 y el 15 de julio de 2019.

Acreecias laborales. Factor salarial. Solicitó la demandante que se declare que el “*bono de servicio*” que mensualmente percibió constituye factor salarial, y como consecuencia de ello, se condene a Servientrega SA y solidariamente a Talentum Temporal SAS y T&S Temservice SAS, a pagar los reajustes indexados de las cesantías, de los intereses sobre las cesantías, de las primas de servicios y de las vacaciones, incluyendo dicho factor de salario.

Frente a esta pretensión, las demandadas fueron coincidentes en afirmar que el denominado “bono de servicio” por valor de \$50.000 que mensualmente percibió la demandante constituía factor de salario y era tenido en cuenta para la liquidación de prestaciones, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social. Y en lo que interesa al último contrato determinado por la Sala, así lo manifestó el testigo Juan Carlos Atehortúa, Director de Negocios de T&S Temservice SAS y se constató tanto con memorandos de Servientrega dirigidos a esa temporal (págs. 3, 4 arch. 18.1) como con los otrosíes de los 2 contratos de trabajo que se suscribieron con dicha compañía, el 15 de agosto de 2017 y el 3 de agosto de 2018 (págs. 66, 68 arch. 1.2), en donde se establece que dicho bono será recibido en forma adicional al salario pactado para cada anualidad (2017: \$740.000 y 2018: \$784.000) y que tendrá incidencia prestacional.

A tono con lo anterior, en las páginas 64 y 124 del archivo 1.2 del cuaderno C01, obra la liquidación de prestaciones elaborada por la citada temporal con motivo de la terminación del vínculo laboral de la demandante, que ocurrió el 15 de julio de 2019, junto con el comprobante de pago de nómina. En dichos documentos se señaló como salario la suma de \$832.000, con el cual se liquidaron las siguientes sumas y conceptos para el año 2019: por prima de servicios \$38.778, por cesantías \$571.751, por intereses sobre las cesantías \$37.164, por vacaciones \$413.772.

De igual forma, en el plenario se allegaron comprobantes de pago de nómina y consignación de las cesantías, que obran en las páginas 89, 90, 92, 100,101,109, 110, 112, 119 y 121 del archivo n.º 1.2 C01, y el pág. 5 del archivo 18.1, se donde se desprenden valores pagados por concepto de primas de servicio e intereses a las cesantías de todo este último vínculo laboral (15 de agosto de 2017 a 15 de julio de 2019), más cesantías y vacaciones de los años 2018 y 2019.

Así las cosas, procedió la Sala a realizar las correspondientes operaciones aritméticas, a fin de determinar si para su liquidación se tuvo en cuenta como factor salarial la suma de \$50.000 correspondiente al bono de servicio, constatando que dichos pagos si incluyeron dicha suma para liquidar los rubros mencionados, por lo menos la del año 2019, en la medida en que los cálculos efectuados por la Sala arrojan un monto menor. No obstante, existen rubros respecto de los cuales no obra constancia de su pago completo, y atendiendo a los salarios demostrados, incluido el bono de servicio, y en su caso el auxilio de transporte, como se relacionan a continuación, así como a los pagos acreditados, se obtienen los siguientes valores adeudados:

Año	D. Laborados	Salario + bono	Aux. transporte
2017	137	\$790.000	\$83.140
2018	360	\$834.000	\$88.211
2019	195	\$882.000	\$97.032

Por concepto de auxilio de cesantías e intereses a las cesantías:

	Año		Valor a liquidar anualmente	Valor cancelado anualmente	Saldo insoluto anual
Cesantías	2017		\$ 332.278		\$ 332.278
	2018		\$ 922.211	\$ 403.579	\$ 518.632
	2019		\$ 530.309	\$ 571.751	\$ (41.442)
		Total	\$ 1.784.798	\$ 975.330	\$ 809.468
Intereses a las cesantías	2017		\$ 15.174	\$ 15.294	\$ (120)
	2018		\$ 110.665	\$ 19.237	\$ 91.428
	2019		\$ 34.470	\$ 37.164	\$ (2.694)
		Total	\$ 160.309	\$ 71.695	\$ 88.614

Por primas de servicio:

Año			Valor a liquidar anualmente	Valor cancelado anualmente	Saldo insoluto anual
2017-ii	Nº Días:	11,42	\$ 332.278	\$ 337.365	\$ (5.087)
2018-i	Nº Días:	15,00	\$ 461.106	\$ 466.084	\$ (4.979)
2018-ii	Nº Días:	15,00	\$ 461.106	\$ 411.079	\$ 50.027
2019-i	Nº Días:	15,00	\$ 489.516	\$ 527.887	\$ (38.371)
2019-ii	Nº Días:	1,25	\$ 36.750	\$ 38.778	\$ (2.028)
	Total	16,25	\$ 1.780.755	\$ 1.781.193	\$ (438)

Por vacaciones:

Año			Valor a liquidar anualmente	Valor cancelado anualmente	Saldo insoluto anual
2.017	Nº Días:	5,71	\$ 150.319		\$ 150.319
2.018	Nº Días:	15,00	\$ 417.000		\$ 417.000
2.019	Nº Días:	8,13	\$ 238.875	\$ 413.772	\$ (174.897)
	Total	28,83	\$ 806.194	\$ 413.772	\$ 392.422

Salario base de cotización. Si bien la demandante en su apelación echa de menos que sus aportes a pensión hayan sido pagados con la inclusión del bono de servicio, pese a que no se elevó una pretensión encaminada al reajuste de tales cotizaciones, aunque en los hechos del libelo introductorio se indicó que las empresas temporales omitían incluir ese rubro para el pago de los aportes a pensión y las demandadas sostuvieron que ello no fue cierto, debe precisarse que, con el certificado de aportes a pensión a favor de la demandante expedido por el fondo de pensiones Protección SA y las planillas de pago aportadas, se constata que el IBC allí reportado resulta ser superior a la sumatoria del salario básico de cada período más el bono de servicio (págs. 70-76 arch. 1.2, págs. 22-30 arch. 18.1).

Terminación del contrato. Por otra parte, solicitó la demandante se declare que fue despedida en forma injusta por parte de su empleador y como consecuencia de ello, se condene al pago de la indemnización del art. 64 del CST; empero para la prosperidad de esta pretensión, en primera medida corresponde a la parte demandante, demostrar que la decisión de terminación del contrato de trabajo provino del empleador. Sin embargo, del acervo probatorio se extrae, que con fecha 15 de julio de 2019, la demandante presentó a la empresa de servicios temporales T&S Temservice SAS, una carta con letra manuscrita mediante la cual manifestó su decisión de desvincularse y dejar de prestar sus servicios como Auxiliar Logístico en la sociedad Servientrega SA, la cual fue aceptada por la EST

el mismo día, siendo firmado este último documento emitido por T&S Temservice SAS, por la misma demandante en señal de aceptación (págs. 62, 63 arch. 1.2.)

Si bien frente a la citada carta, se afirmó en la demanda que ésta correspondía a una exigencia de la temporal a la terminación de cada uno de los contratos y no a la voluntad de la demandante, y en este sentido también lo manifestó la testigo Martha Patricia Soto Sarmiento, estas afirmaciones no tienen capacidad demostrativa alguna para dar por sentado que la demandante no tuvo la voluntad de terminar el contrato de trabajo, básicamente porque la testigo hizo referencia a esta situación desde su experiencia, pero no le consta de manera directa que la actora hubiera sido forzada a suscribir la citada carta de renuncia, afirmaciones que de ninguna forma pueden acreditar la ausencia de consentimiento o la presencia de vicios en el mismo, como la fuerza por parte de T&S Temservice SAS en la obtención de la renuncia de la demandante; de manera que, no hay lugar a emitir condena alguna al respecto.

Sanciones moratorias. En relación con las indemnizaciones reguladas en los arts. 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual y de consignar en forma anual las cesantías total o parcialmente, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles y razonables (CSJ SL1285-2016 y SL572-2021).

No obstante, se verificó que por parte del personal directamente vinculado con Servientrega SA, se emitían órdenes concretas a la demandante para ejecutar sus funciones como Auxiliar, sometiendo su actividad personal al control y seguimiento de jefes inmediatos, lo que en principio, dada la modalidad en que fue contratada, resultaría válido, sino fuera porque a través de las dos empresas de servicios temporales aquí demandadas, se utilizó en forma fraudulenta ese tipo de vinculación, que tiene carácter transitorio y excepcional en el ordenamiento jurídico, para cubrir con trabajadores en misión funciones permanentes en la entidad, lo que denota mala fe de Servientrega SA, sin que hubiera esgrimido en su defensa razones de peso o, por lo menos convincentes, que justificaran una creencia razonable de estar actuando bajo el amparo de la

legislación laboral; por ende, no podía desconocer las prescripciones de orden legal en cuanto a la contratación de personal a través de empresas de servicios temporales.

Por tal motivo, hay lugar a ordenar el pago de estas dos indemnizaciones, esto es, la sanción del art. 99 de la Ley 50 de 1990, que procede tanto por la no consignación como por el pago deficitario o parcial de las cesantías (CSJ SL3614-2020, SL1451-2018, SL403-2013), como ocurrió en este asunto, a partir de 15 de febrero siguiente a su causación y hasta la terminación del contrato de trabajo, fecha en la que ya procedía su pago directo al trabajador, y no su consignación, en la forma en la se detalla a continuación:

Cesantías año	Fecha inicial	Fecha final	Valor a liquidar
2017	15-feb.-2018	14-feb.-2019	\$ 9.480.000
2018	15-feb.-2019	15-jul.-2019	\$ 4.170.000
		Total	\$ 13.650.000

Y la indemnización moratoria del art. 65 del CST, por cuanto a la terminación del contrato de trabajo se adeudan prestaciones sociales por valor de \$898.082, calculada a razón de \$29.400 diarios por 24 meses, desde el 16 de julio de 2019 y hasta el 15 de julio de 2021, para un total adeudado por este concepto de **\$21.168.000**, y a partir del 16 de julio de 2021, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre la suma adeudada por auxilio de cesantías e intereses, hasta cuando se verifique su pago, por haber sido interpuesta la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo (13 de julio de 2020 –arch. 1.4 C01), siendo el salario superior al mínimo legal mensual vigente.

En relación con la responsabilidad solidaridad deprecada, considera la Sala que al quedar plenamente acreditado que las empresas temporales demandadas actuaron como simples intermediarias, resultan obligadas a responder solidariamente por las obligaciones a cargo de la usuaria, al tenor de lo dispuesto en el num. 2º del art. 35 del CST, por haber ocultado su calidad y debido a esa mala práctica, por la que la usuaria ficticia se consideró como verdadera empleadora de la demandante. En consecuencia, se condenará solidariamente a T&S Temservice SAS respecto de los rubros a cargo de Servientrega SA.

Por último, ha de indicarse que ninguna de las sumas en favor de la demandante se encuentran afectadas del fenómeno extintivo de la prescripción, en la medida en que la presentación de la demanda (13 de julio de 2020 –arch. 1.4 C01) ocurrió dentro del término trienal de que tratan los arts. 488, 489 del CST y 151 del CPTSS a partir del momento de su causación; y frente a la excepción de compensación propuesta tanto por Servientrega SA como por T&S Temservice SAS, que se basó en los pagos recibidos inicialmente por la demandante y provenientes de las empresas temporales de servicio como aparentes empleadoras, ha de indicarse que con la liquidación realizada se tuvieron en cuenta dichos pagos para efectos de imponer las condenas por las sumas insolutas a cargo de Servientrega SA, pues respecto de ellas no obra constancia de su pago efectivo, por tanto, se declarará probado parcialmente este medio exceptivo.

Sin costas en la alzada, y en la primera instancia a cargo de las demandadas Servientrega SA y a T&S Temservice SAS.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **DECLARAR** que entre Claudia Elvira Jiménez Fonseca y Servientrega SA existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 15 de agosto de 2017 al 15 de julio de 2019, que terminó por renuncia presentada por la trabajadora, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a Servientrega SA y en forma solidaria, a T&S Temservice SAS, al pago de las acreencias laborales insolutas en favor de la demandante, así:

a) \$ 809.468 por concepto de auxilio de las cesantías.

- b) \$ 88.614 por concepto de intereses a las cesantías.
- c) \$ 392.422 por concepto vacaciones.
- d) \$ 13.650.000 por concepto de sanción del art. 99 de la Ley 50 de 1990.
- e) \$ 21.168.000 por concepto de indemnización moratoria, del 16 de julio de 2019 al 15 de julio de 2021. A partir del 16 de julio de 2021, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre la suma \$898.082 y hasta su pago.

TERCERO: ABSOLVER a Servientrega SA y a T&S Temservice SAS de las restantes pretensiones incoadas en su contra; y, a Talentum Temporal SAS, de todas las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo considerado.

CUARTO: MODIFICAR el numeral **segundo** de la sentencia apelada, en el sentido de declarar **parcialmente probada** la excepción de compensación propuesta por Servientrega SA y T&S Temservice SA, y **no probadas** las demás, de acuerdo con lo considerado.

QUINTO: REVOCAR el numeral **tercero** de la sentencia apelada, para en su lugar imponer costas de la primera instancia a cargo de Servientrega SA y T&S Temservice SA, y en favor de la demandante.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose a los términos previstos en el Artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnpOUVCDGGpHoC8yTq6aIglBZTp55MxeveJCAwb_dfP1mA?e=flopZX](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnpOUVCDGGpHoC8yTq6aIglBZTp55MxeveJCAwb_dfP1mA?e=flopZX)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **dffaa554ee6943ad8a384e3bc42b475812f791094c6be3511abfb39705b292ef**

Documento generado en 15/02/2023 10:23:15 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **025 2019 00539 01**
DEMANDANTE: FERNANDO ANTONIO GAVIRIA
DEMANDADO: COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS
LLAMADA
GARANTÍA: COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA

Bogotá DC, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandada y la llamada en garantía, contra la sentencia proferida el 1° de octubre de 2021, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se condene a la AFP Colfondos SA a reconocer y pagar la pensión de invalidez desde el 30 de enero de 2007, en los términos previstos en el art. 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 8 de octubre de 1968; que durante su vida laboral efectuó aportes a la AFP Colfondos, donde cotizó 322 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que para el 1° de abril de 1994, contaba con más de 300 semanas; que mediante dictamen n.° 752/224/2008 del 6 de mayo de 2008, la Compañía de Seguros Bolívar determinó que tenía una pérdida de capacidad

laboral del 74,53% de origen común, estructurada el 30 de enero de 2007; que el 22 de febrero de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; y que, la administradora de fondos de pensiones convocada, mediante oficio 190222-000323, recibido el 29 de mayo de 2019, negó el reconocimiento pensional, con fundamento en que no había cobertura dada la fecha de estructuración y procedió a realizar la devolución de saldos (f.º 3 a 24).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 29 de agosto de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 71), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colfondos SA Pensiones y Cesantías, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que mediante oficio de fecha 6 de agosto de 2008, esa entidad brindó respuesta a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por el actor, informando que se determinó la pérdida de capacidad laboral del 74,53% de origen común estructurada el 30 de enero de 2007, sin embargo, al verificarse el cumplimiento de las semanas que dan derecho a la pensión de conformidad con lo normado en el art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1º de la Ley 860 de 2003, se evidenció que no cumplió con las 50 semanas mínimas exigidas por concepto de cotización al sistema general de pensiones, en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, sino que alcanzó a cotizar 8 semanas, por lo cual se rechazó su solicitud y se le informó que procedía la devolución de saldos, que se reclamó formalmente el 26 de febrero de 2009 y fue pagada el 27 de marzo siguiente por valor de \$7.702.350, de modo que la cuenta de ahorro individual del gestor se encuentra cancelada. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y pago y buena fe (f.º 92 a 101).

La convocada a su vez, llamó en garantía a la **Compañía de Seguros Bolívar SA**, quien dio respuesta al llamamiento y a la demanda, con oposición a los pedimentos del mismo con fundamento en que para que esa aseguradora cancele el valor de la suma adicional, para financiar un posible pago de pensión, deben encontrarse plenamente probados los supuestos legales para

su reconocimiento, y en este asunto, el demandante al momento de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, no había logrado cotizar las 50 semanas que exige el art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1º de la Ley 8600 de 2003. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 111 a 122).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 1º de octubre de 2021, condenó a Colfondos SA Pensiones y Cesantías a reconocer al demandante la pensión de invalidez desde el 22 de febrero de 2016, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente para ese año, correspondiente a \$689.455, junto con las mesadas adicionales e incrementos año a año. Así mismo, a pagar los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima hasta el momento del pago por la suma de \$49.782.411,23, pudiéndose descontar las sumas pagadas por ese concepto. A su vez, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, sobre las mesadas e intereses no reclamados en tiempo. Finalmente, condenó a la Compañía de Seguros Bolívar SA a cancelar la suma adicional para financiar el pago de la pensión decretada.

Para resolver, el juez de primer grado señaló que a pesar de que el demandante no reunía el requisito de semanas mínimas para acceder a la pensión de invalidez, bajo el amparo de lo normado en el art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1º de la Ley 860 de 2003, para decidir, era menester recurrir al criterio planteado por la Corte Constitucional en sentencias T-372-2015 y T-046-2019, en las que concluyó que para efectos del reconocimiento de la aludida prestación, debían contabilizarse las semanas posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, en caso de enfermedad degenerativa y crónica, teniendo en cuenta el momento en el que perdió en forma definitiva y permanente la capacidad para ejercer una actividad laboral.

En ese orden, encontró que en el dictamen practicado al promotor del proceso, se señaló que aquel padecía de insuficiencia renal crónica, enfermedad, que según la página web de *Mayo Clinic* como líder mundial de atención médica, investigación y educación para todo tipo de personas,

implica “una pérdida gradual de la función renal. Los riñones filtran los desechos y el exceso de líquidos de la sangre, que se eliminan a través de la orina. La enfermedad renal crónica avanzada puede provocar la acumulación de niveles peligrosos de líquido, electrolitos y desechos en el organismo. En las etapas tempranas de la enfermedad renal crónica, puede que tengas pocos signos o síntomas. Es posible que no te des cuenta de que tienes una enfermedad renal hasta que la afección esté avanzada. El tratamiento de una enfermedad renal crónica se centra en retrasar el avance del daño renal, por lo general, mediante el control de la causa. Sin embargo, incluso el control de la causa podría no impedir que el daño renal progrese. La enfermedad renal crónica puede avanzar hasta convertirse en una insuficiencia renal en etapa terminal, la cual es mortal si no se realizan filtraciones artificiales (diálisis) o un trasplante de riñón”.

En ese orden, estimó que dado el avance gradual y degenerativo de la enfermedad sufrida por el demandante, de acuerdo con el criterio jurisprudencial reseñado y la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, se colegía el cumplimiento del requisito de semanas, ya que después de la fecha de estructuración, el actor había cotizado más de las 50 semanas exigidas por la norma, pues entre ese momento y la fecha en que fue proferido el dictamen registró 60 semanas.

Con base en lo anterior, determinó que la pensión se había causado el 31 de julio de 2010, por ser la fecha en la que el afiliado dejó de cotizar, pero al haberse formulado la excepción de prescripción debía ordenarse el pago de las mesadas que se hicieron exigibles desde los tres años anteriores a la solicitud elevada el 22 de febrero de 2019, es decir, desde el 22 de febrero de 2016.

Sobre el monto de la prestación, sostuvo el *a quo* que era menester remitirse a lo previsto en el art. 40 de la Ley 100 de 1993, por lo que había lugar a ordenarla en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, pudiendo descontarse los valores pagados por la devolución de saldos probada en el expediente, correspondiente a \$7.702.350.

De otro lado, en cuanto al llamamiento en garantía refirió que en virtud de la póliza previsional 5030-0000002-04 para invalidez y sobrevivientes, la Compañía de Seguros Bolívar SA, debía cancelar el valor de la suma adicional

para financiar el pago de la pensión de invalidez condenada.

Sobre los intereses moratorios, reseñó que los mismos también se veían afectados por la prescripción parcial, por lo que se contabilizarían desde el 22 de febrero de 2016 y hasta el momento del pago de las mesadas, según la tasa máxima legal establecida; y, agregó que si hipotéticamente se liquidaran a la fecha de la sentencia corresponderían a la suma de \$49.782.411,23.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colfondos SA Pensiones y Cesantías expuso que para resolver debió acudir al criterio jurisprudencial sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ser dicha Corporación el órgano de cierre de esta jurisdicción, según el cual, en este tipo de asuntos la normatividad aplicable es la vigente al momento de la invalidez, es decir, la Ley 860 de 2003, que exige 50 semanas con anterioridad a la fecha de estructuración de la PCL, requisito que no se acreditó por el gestor.

Pidió que se tenga en cuenta, que en el escrito de demanda se solicitó, que para resolver sobre la procedencia de la prestación reclamada, se aplicara lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, y así se planteó en los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho, de manera que aunque en la jurisdicción ordinaria laboral los jueces están investidos de las facultades ultra y extra petita, lo cierto es que en este caso, el fallador tuvo en cuenta para proferir la sentencia hechos que no fueron discutidos dentro del proceso, sobre los cuales ese fondo de pensiones no pudo ejercer su defensa, de ahí que la providencia apelada no se encuentra ajustada a derecho, ya que lo que correspondía era el análisis de los planteamientos realizados en el escrito introductorio.

De otro lado, en cuanto a la excepción de prescripción, expuso que dicho fenómeno jurídico no podía entenderse interrumpido con la reclamación realizada en el año 2019, ya que ello tiene lugar por una única vez y el demandante había solicitado en 2008 o 2009 el reconocimiento pensional, de modo que para el efecto, debía recurrirse a la fecha de la presentación de la demanda.

Sobre la condena de intereses moratorios, sostuvo que de acuerdo con

el precedente de la Corte Suprema de Justicia, los mismos no se causan cuando en la vía administrativa la AFP actúa conforme a derecho, como ocurrió en este caso, en el que la negativa de reconocer la pensión tiene como fundamento legal la falta de acreditación de la densidad de semanas necesarias para adquirir el derecho a la pensión y el pago de la prestación surge en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, que se da al haberse remitido el *a quo* al precedente de la Corte Constitucional.

Finalmente, respecto a la excepción de compensación, dijo que aunque el juez de primer grado indicó que del retroactivo podrán descontarse las sumas pagadas, para dar cabal cumplimiento al fallo, lo que correspondía era declarar probado dicho medio de defensa y por vía del mismo autorizar la deducción; y, en cuanto a la condena en costas, sostuvo que la misma no guardaba relación con las actuaciones del proceso, ya que Colfondos siempre actuó de buena fe y aplicó las normas vigentes, el trámite se resolvió con el análisis de pruebas documentales únicamente, la gestión del actor no fue de tal envergadura y la condena se basó en un criterio jurisprudencial.

La **Compañía de Seguros Bolívar SA** en la alzada expuso que aunque la condena de la pensión dispuesta en la sentencia de primer grado, se basó en la excepción de inconstitucionalidad, lo cierto es que la norma a la que acudió Colfondos para negar el reconocimiento de la prestación, que es la Ley 860 de 2003, se encuentra vigente, no ha sido materia de control constitucional y es aplicable en el ordenamiento jurídico, sumado a que las sentencias de tutela de la Corte Constitucional citadas tienen efectos *inter partes*, por lo que no podían ser aplicadas al caso en concreto.

Agregó, que para que la póliza de riesgos previsionales active su cobertura, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos dispuestos legalmente y no jurisprudencialmente, y en este caso el demandante no acreditó haber cotizado 50 semanas dentro de los años que precedieron la fecha de estructuración de la invalidez.

En cuanto a lo resuelto sobre la excepción de prescripción adujo que acompañaba los razonamientos expuestos en el recurso interpuesto por Colfondos SA Pensiones y Cesantías.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 9 de diciembre de 2021 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las demandadas; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 149).

Las parte demandante y Colfondos SA presentaron alegaciones reiterando, respectivamente, los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación (f.º 146 a 170).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en establecer si las razones de hecho que tuvo por demostradas el juez de primer grado, para reconocer la prestación reclamada van en contravía del principio de congruencia. En caso afirmativo, se analizará si había lugar a disponer el pago de la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, si operó el fenómeno de la prescripción, si es procedente la condena de intereses moratorios; si la llamada en garantía debe responder en virtud de la póliza de seguro previsional; y, si era procedente la condena en costas del proceso.

Para resolver, es preciso anotar que se encuentra probado en el cuaderno: *ii*). Que mediante dictamen proferido por la Compañía de Seguros Bolívar SA el 30 de mayo de 2008, se determinó que el demandante tenía una pérdida de capacidad laboral de origen común del 74,53%, estructurada el 30 de enero de 2007; *ii*). Que Colfondos SA Pensiones y Cesantías mediante oficio del 6 de agosto de 2008, negó el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en que el afiliado no cumplió los requisitos previstos para el efecto en el art. 1º de la Ley 860 de 2003, debido a que no acreditó 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que únicamente reporta 8 semanas en ese interregno (f.º 102 a 104); *iii*). Que el actor el 26 de febrero de 2009, solicitó la devolución de los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual (f.º 105); y el

Principio de congruencia y facultades extra petita.- De acuerdo con lo previsto en el art. 281 del CGP “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*”, disposición aplicable por remisión normativa de art. 145 del CPTSS.

Así mismo, cumple indicar que en materia laboral existe la posibilidad de decisiones judiciales extra o ultra petita, las cuales son una excepción al principio de congruencia, ya que según lo normado en el art. 50 del CPTSS, el juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los **hechos** que los originen hayan sido **discutidos en el proceso** y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

Sobre dichas facultades, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3614-2020, expuso:

(...) la facultad extra petita –por fuera de lo pedido– requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

Por su parte, la ultra petita –más allá de lo solicitado– exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que del juicio no emerja que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.

A su vez, en la decisión CSJ SL4087-2017, rememoró:

(...) Conviene agregar, que las pretensiones de una demanda, además de reunir las exigencias propias de su formulación, requieren ser claras y precisas y traer consigo los supuestos fácticos que las apoyen o las respalden, que es lo que finalmente permite al Juez del trabajo resolverlas, pues la claridad y precisión de las peticiones y los hechos son fundamentales. De allí que se sostenga que una demanda deficiente perjudica al propio accionante, en la medida que el juez no puede sustituirlo en la afirmación de los hechos omitidos, ni modificarlos cuando la manifestación es defectuosa, a más que ello iría en contra del derecho de defensa que le asiste al demandado.

(...)

Igualmente, en casación del 23 de mayo de 2001 radicado 15771, reiterada en sentencia del 13 de octubre de 2006 radicación 28130, la Sala puntualizó:

“(...) El derecho de defensa y el debido proceso exigen que la relación jurídica procesal quede delimitada ab initio en el juicio. Es por eso que el demandante, al elaborar su demanda laboral, debe ser cuidadoso no sólo al formular las pretensiones, sino de

manera muy especial al presentar los hechos que constituyen la causa petendi. Si bien las falencias en cuanto a las primeras pueden ser reparadas en los juicios del trabajo por el juzgador de primer grado, en el desarrollo de la facultad extra petita, a condición de que los hechos que le sirven de apoyo hayan sido planteados y discutidos en juicio, no puede ese mismo funcionario, ni ningún otro, corregir el rumbo del proceso trazado por el accionante, alterando la causa petendi en que éste fincó su acción.”

Adicionalmente, en cuanto al juicio de adecuación normativa, respecto al principio de consonancia y las facultades extra y ultra petita, la Corporación de cierre de esta jurisdicción en decisión CSJ SL13877-2016, reiteró la postura sentada al respecto, y explicó:

La Corte, en sentencia de revisión CSJ SL17741-2015, del 11 de nov. 2015, rad. 41927 explicó ampliamente este postulado en el sentido que siendo la causa para pedir del demandante el conjunto de hechos constitutivos del derecho pensional reclamado, el juez está vinculado a los mismos, para de allí aplicar la norma que gobierna el caso, que aun cuando de manera literal no se plasme en la demanda, con todo, su indicación le compete al juzgador resolver la pretensión en controversia, sin que al ocurrir ello se afecte en manera alguna la relación entre la petición, la decisión y la causa del proceso; por el contrario, con ello se cumple el principio iura novit curiae que se desprende de los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, así como el aforismo latino que regla la actividad judicial «mihi factum, dabo tibi ius» (dadme los hechos, yo te daré el derecho- «son los hechos las voces del derecho».)

Agregó la Sala en esa oportunidad que el juicio de adecuación normativa no es asunto que compete propiamente al demandante en el proceso, sino que es de la esencia del rol del juzgador del proceso, sin que por ello se inhíba a aquél de que lo proponga, acertada o equivocadamente, pues aparte de servir a la orientación de la controversia y su resolución, en algunos casos sí demarca los límites de la providencia judicial, como cuando la naturaleza de la pretensión es la de ser constitutiva del derecho, cuestión que no es predicable de casos como el estudiado.

Con esto y al descender al caso bajo examen, se advierte que el demandante en el escrito inicial procuró que para el reconocimiento de la pensión de invalidez se recurriera a lo normado en el art. 6º del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pedimento que fundó concretamente en el hecho relativo a que para el 1º de abril de 1994, había cotizado más de 300 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Adicionalmente, se verifica que a partir de ello, se dio el desarrollo de los fundamentos y razones de derecho (f.º 3 a 24); así como también, se ejerció el derecho de contradicción y defensa por parte de la demandada y la llamada en garantía (f.º 92 a 101 y 111 a 122).

Por otra parte, el juez de primer grado en la fijación del litigio anunció que el problema jurídico al que se circunscribiría el debate consistiría en establecer si se debía o no condenar a reconocer y a pagar la pensión de invalidez del demandante desde el 30 de enero de 2007, en los términos del art. 6º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, junto con el retroactivo, las mesadas adicionales, los intereses moratorios, las

sumas debidamente indexadas o que se lograra probar extra y ultra petita, y para resolver, encontró acreditado con un concepto extraído de la página web de *Mayo Clinic*, con el dictamen de pérdida de capacidad laboral (f.º 28 a 29) y con el detalle de aportes al sistema general de pensiones (f.º 26 a 27), que una de las patologías incluidas para determinar la invalidez, particularmente, la insuficiencia renal crónica, se constituía en una enfermedad degenerativa, y por ello, en virtud del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional planteado en las sentencias T-372-2015 y T-046-2019, para efectos del reconocimiento pensional debían incluirse las semanas de cotización que se habían registrado con posterioridad a la fecha de estructuración de la PCL.

Sobre esa posibilidad estudiada jurisprudencialmente, se tiene que la Corte Constitucional en asuntos como este, en las sentencias referidas por la primera instancia, así como en la SU588-2016, en las que precisó, para el caso de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que se debían tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, pues de lo contrario, se impondría una condición imposible de cumplir, además, se estarían desconociendo principios constitucionales y los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, por lo que debía verificarse si los pagos realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, no se realizaron con el único fin de defraudar el sistema de seguridad social y que fueron aportados **en ejercicio de la capacidad laboral residual del afiliado**, que según lo indicó la alta Corporación en la citada providencia, «...se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad».

Así mismo, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias CSJ SL2153-2020 y CSJ SL5183-2021, se pronunció sobre el particular, y en la primera de ellas precisó:

Así las cosas, al eludir la naturaleza propia de la patología, es decir, desconocer que aquella avanza lenta y paulatinamente, «y fijar como fecha de la estructuración de la invalidez, la de la aparición de los primeros síntomas», sin advertir que después de tal data el paciente laboró, evidencia al menos el desconocimiento de un dato fundamental por parte de la autoridad que así lo calificó, dentro de un período en el que, se insiste, realmente no lo fue, al punto que prestó servicios; este hecho da al traste con la posición técnica que lo cataloga equivocadamente de la manera ya indicada, en un período, se repite, en el que el paciente demostró tener capacidad para trabajar.

(...) En línea con lo expuesto existen situaciones específicas como, verbi gracia, enfermedades congénitas o aquellas calificadas como enfermedades crónicas o degenerativas, que le permiten a la persona gozar de capacidad laboral, y que al actuar como trabajador activo lo obliga a realizar los respectivos aportes para cubrir inclusive los riegos de invalidez y muerte que ofrece el sistema; cotizaciones éstas que resultan ser plenamente válidas, y con las cuales puede alcanzar el reconocimiento inclusive de una pensión de vejez.

Y es precisamente en estos casos puntuales que la posición mayoritaria de esta Sala, habilita la contabilización de las semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez (sentencia CSJ SL3275-2019).

Entonces, el funcionario judicial debe ponderar varias aristas del asunto a definir, entre otras, el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, la continuidad de las cotizaciones y la fecha en que se declaró la pérdida permanente de capacidad laboral del 50% o superior por parte de la entidad calificadora habilitada legalmente para tales efectos. Y únicamente a partir de dicho estudio global, debe determinar si la fecha de estructuración fijada en el correspondiente dictamen coincide con el momento en que el afiliado perdió la capacidad laboral en el 50% o más o si, eventualmente a la data en que así se declaró, ello no era viable por cuanto el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo.

(...)Lo anterior sin que ello implique la usurpación de competencias de los organismos interdisciplinarios llamados a fijar específicamente la clase de la dolencia física o psicológica que aqueje al afiliado, el grado de invalidez y el origen de la enfermedad, entre otros aspectos técnicos que solamente ellos pueden determinar; pero no así en lo que se refiere a la fecha de estructuración de la invalidez, cuando por ejemplo se trate de enfermedades congénitas, degenerativas o crónicas, pues las evidencias que se aportan en los procesos judiciales les brinda a los funcionarios judiciales, un mejor espectro de todas las circunstancias que rodean al afiliado, y les permite con mayor claridad poder reconocer si para la data fijada por la Junta de Calificación, el afiliado aún conservaba capacidad laboral y, por tanto, si es preciso concluir que solo en el momento en que se practicó el dictamen, se cuenta con la seguridad de que aquel ya era inválido; para, a partir de allí, contabilizar los tres años hacia atrás, con el fin de establecer si cotizó 50 semanas en ese espacio temporal, a efecto de reconocerle la pensión de invalidez

De ese modo, partiendo de los presupuestos fácticos a los que es menester recurrir para aplicar el criterio sentado por las Altas Corporaciones, estima esta Sala de Decisión, que para ser analizados en la primera instancia, debieron ser incluidos en la *causa petendi*, si a partir de estos se aspiraba obtener el reconocimiento pensional, pues lo cierto es que, en el escrito inicial el demandante no expresa inconformidad, ni desacuerdo con la fecha de estructuración tenida en cuenta por la entidad de seguridad social para negarle el derecho, así como tampoco alegó ni se dirigió a probar, que con posterioridad a la misma su capacidad laboral residual le permitió seguir efectuando aportes, y en razón de ello, los mismos debían ser contabilizados para la causación de la prestación y mucho menos que las patologías por él padecidas podían catalogarse como crónicas, degenerativas o congénitas.

Bajo ese escenario, se considera que más allá que de que la decisión primigenia en estricto sentido haya conducido a la condena de la pensión pretendida en la demanda, no era dado al *a quo* pasar al análisis de supuestos

fácticos que no fueron discutidos en el trámite, en la medida en que la demandada no tuvo la oportunidad de ejercer adecuadamente su defensa sobre los hechos que se encontraron probados en la primera instancia, así como tampoco de derruirlos y controvertirlos en el debate probatorio.

De ahí que el análisis del fallo apelado no pueda enmarcarse en el ejercicio de adecuación normativa, antes explicado, así como tampoco ajustado a las facultades *extra o ultra petita*, al haberse partido de unos fundamentos de hecho que fueron totalmente ajenos a las partes y al litigio, y que en todo caso, en sentir de esta Corporación, tampoco se encuentran debidamente acreditados con los elementos de convicción arrimados, pues de manera primigenia, se estima que el reporte de semanas aportadas para pensión, a pesar de ser una prueba indicativa de la capacidad laboral residual del afiliado, por sí sola no demuestra que con posterioridad a la fecha de estructuración establecida en el dictamen arrimado, aquel hubiera permanecido activo desarrollando un determinado rol o trabajo. Y es que debido a que no fue materia de debate en el juicio el aspecto que se tuvo probado por el juez de primera instancia, se desconoce, por ejemplo, si el demandante se encontraba gozando o no de incapacidad temporal prescrita por el médico tratante que le hubiera imposibilitado reincorporarse a la fuerza de trabajo, o si efectivamente se encontraba desempeñando una actividad laboral, remunerada, que permitiera concluir la verdadera existencia, en su caso, más allá de la fecha determinada de estructuración de su invalidez, de esa capacidad laboral residual.

Por lo expuesto, pasará la Sala a estudiar la procedencia de la pensión reclamada, partiendo de los supuestos fácticos invocados en la demanda.

De la pensión de invalidez - De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene decantado de manera pacífica y reiterada, que por regla general en materia de pensión de invalidez la norma aplicable es la vigente en la fecha de estructuración de ese estado (CSJ SL2203-2016, SL6397-2016, SL3660 de 2020, SL4261 de 2020 y SL5157 de 2020); en este caso, la invalidez de Fernando Antonio Gaviria se estructuró el 30 de enero de 2007 (f.º 28 a 29), por lo que la norma aplicable es el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, la cual exige que el afiliado haya sido declarado inválido, esto es, que tenga una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral, y acreditado este supuesto, que haya cotizado como

mínimo 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, condiciones que no se cumplen en su integridad en este asunto, en tanto que, conforme al dictamen emitido por la Compañía de Seguros Bolívar, se determinó que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor es del 74,53%, de origen común, estructurada el 30 de enero de 2007 (f.º 28 a 29), y registra 6,28 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a esa fecha (f.º 26 a 27).

En cuanto al principio de la condición más beneficiosa que pretende la parte demandante le sea aplicado para efectos de establecer el cumplimiento de los requisitos para la causación del derecho a la pensión de invalidez, de conformidad con lo dispuesto en el A. 049 de 1990, y obtener con ello el reconocimiento de la prestación, ha sido reiterada y pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al precisar que para efectos de su aplicación, solo es posible la aplicación de la norma inmediatamente anterior a aquella que se encuentra vigente en la fecha de estructuración de la invalidez, pues no puede hacerse un recorrido histórico en búsqueda de una norma respecto a la cual el afiliado cumpla con los requisitos, precedente que acoge esta Sala en su integridad (CSJ SL2448-2018, CSJ SL2269-2018, CSJ SL4650-2017, CSJ SL3647-2022, CSJ SL4294-2022).

Con lo anterior, se aparta esta Sala de manera respetuosa, de las consideraciones de la Corte Constitucional en sentencia SU 442-2016, por criterio de razonabilidad, por cuanto se estima, como lo hace el Órgano de cierre de esta especialidad, que para efectos de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa es menester que se verifique un tránsito legislativo que no prevea un régimen de transición, siendo su finalidad proteger las expectativas legítimas de quienes ante el cambio abrupto en torno a los requisitos para la causación de un derecho pensional, pese a cumplir con la densidad mínima de cotizaciones prevista y en vigencia de la normativa derogada, no acrediten las requeridas en aquella que la reemplaza, para que no les sorprenda la modificación y tengan un periodo de transición, aunque no haya sido previsto por el legislador, por lo que riñe con la finalidad con la que fue adoptada la aplicación de ese principio, que se efectúe una búsqueda histórica y se adapte la normatividad a cada situación, pues no se estaría en frente de expectativas legítimas, ni podría pensarse que le sorprende al afiliado el cambio, cuando ha pasado un tiempo considerable, menos aun cuando ya incluso se ha verificado una nueva modificación legislativa.

Por otra parte, tampoco cumple el promotor del proceso con los requisitos previstos en el art. 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues debía acreditar para ello 26 semanas cotizadas en el año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, por cuanto, registraba únicamente 6,28 (CSJ SL2358-2017), además, tal estructuración debía verificarse antes del 26 de diciembre de 2006, pues fue esa la fecha límite prevista por la jurisprudencia en cita para dar aplicación a la normatividad anterior en virtud del mencionado principio, sin que cumpla la demandante ninguna de las condiciones anotadas.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada y a la llamada en garantía de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada ante su no causación. Las de primera instancia, a cargo de la parte demandante, según la liquidación que efectúe el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 1º de octubre de 2021 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **ABSOLVER** a Colfondos SA Pensiones y Cesantías y a la Compañía de Seguros Bolívar SA, de todas las pretensiones incoadas en su contra, por lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia, a cargo de la parte demandante, según la liquidación que efectúe el *a quo*.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace expediente:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ep3d4Y-4QMVCqp1hWipJI-IBgagRBYcITyyo4fwzkgUjQ?e=3Gy47w

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7c33cb5d74aa10a6fedf6819a574ea3830bbbba5bce6470f7532a0164225deeb**

Documento generado en 15/02/2023 10:23:14 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>