

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MAURICIO GARCÍA CRUZ contra EPS SALUD TOTAL, TALENTUM S.A y GOLD RH S.A.S. Radicación No. 11001-31-05-006-**2017-00313**-01.

Bogotá D. C. dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha 7 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra las entidades antes referenciadas con el objeto que se declare que entre él y la demandada GOLD RH SAS existió un contrato de trabajo "*mediante sustitución patronal*" con la CTA Talentum en Liquidación, "*por tratarse del mismo objeto de trabajo sin interrupción alguna, bajo las mismas condiciones*", desde el 1º de enero de 2005 al 13 de enero de 2014, por lo que Gold RH S.A.S. asume "*toda la responsabilidad*" hasta el 12 de diciembre de 2014; que fue despedido sin justa causa "*por no haberse realizado el debido proceso, conforme a lo establecido en el (...) literal a, numeral 9, artículo 62 del CST y el Decreto Reglamentario N° 1373 de 1966*"; y que devengaba un salario de \$1.414.622. Como consecuencia, solicita se condene "*a la demandada*" a reliquidar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones, de los años 2010 a 2014; al pago de la sanción por no consignación completa de las cesantías, a la indemnización por despido sin justa causa, a la sanción moratoria por no pago de prestaciones, al "*monto actuarial liquidado por el fondo de pensiones*", lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que laboró para la EPS SALUD TOTAL desde el 1º de enero de 2005 *"bajo contrato de trabajo con la cooperativa (...) TALENTUM hasta enero 13 de 2014 cuando se hizo la sustitución patronal con la empresa GOLD RH SAS"*; indica que el salario era variable y que el que devengó en enero de 2014, cuando se realizó el cambio de empleador, ascendió a \$1.414.622, valor que se mantuvo hasta diciembre de ese año; indica que el cargo que ejerció era asesor en salud en el área de afiliaciones, posventa y asesoría en SALUD TOTAL, sin que le fueran reconocidas las horas extras laboradas; de otro lado, señaló, que a partir del 13 de enero de 2014 se presentó la sustitución patronal *"con el fin de seguir trabajando y ejerciendo las mismas condiciones y funciones laborando a favor SALUD TOTAL EPS bajo el pago de nomina (sic) por medio de la empresa GOLD RH SAS"*; agrega que la empresa GOLD RH SAS le entregó una carta de despido *"argumentando el no cumplimiento de las metas"*, sin que se le hubiese garantizado el debido proceso *"para determinarlo como justa causa"*, pues no comprobó su rendimiento deficiente, mencionó una causal de terminación diferente a la que debió invocar, no realizó un proceso disciplinario, y no demostró *"la continuada baja en la productividad del trabajador, bajo un procedimiento establecido en el Decreto Reglamentario N° 1373 de 1966"*; de otra parte, mencionó que cumplió su contrato bajo subordinación de la EPS, *"atendiendo en la extensión 233 del conmutador 4858141 de SALUD TOTAL EPS"*, y que las demandadas Gold RH S.A.S. y Salud Total EPS, no han pagado la indemnización por despido sin justa (PDF 04).
- 3.** La demanda se presentó el 9 de mayo de 2017 (PDF 02), siendo inadmitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante auto de fecha 11 de agosto de 2017 (PDF 06), y luego de ser subsanada, con auto del 3 de octubre de 2017, se admitió, ordenándose notificar a la parte demandada (PDF 08).
- 4.** Las diligencias de notificación se cumplieron así: de manera personal a la demandada GOLD RH S.A.S., el 25 de mayo de 2018 (PDF 23); y mediante aviso a la demandada EPS SALUD TOTAL (PDF 32).
- 5.** La demandada GOLD RH S.A.S., por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda, con oposición a las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con el contrato de trabajo, aunque aclaró que el mismo se dio del 14 de enero al 12 de diciembre de 2014; respecto a los demás manifestó no constarle los mismos; indicó que no suscribió sustitución

patronal alguna, que el salario pactado con el actor ascendió a \$734.200, y si bien en el contrato se pactó como medios de transporte "los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice", se hizo con carácter no salarial; de otro lado, indica que notificó al demandante las metas de su cargo, sin embargo, las incumplió en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014, por lo que citó al trabajador a diligencia de descargos, a la que asistió y reconoció haber incumplido las metas; agrega que en el contrato de trabajo se estipuló la terminación unilateral del mismo, si se daba "El incumplimiento así sea leve de las obligaciones contenidas en la ley o de las obligaciones o funciones de EL (LA) TRABAJADOR(A)", siendo esta la causal que se invocó, junto con la contenida en el numeral 6º del literal a) del artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965 y los numerales 1 y 5 del artículo 58 del CST. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de las obligaciones, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, compensación, abuso del derecho y buena fe de la demandada (PDF 28).

La demandada EPS SALUD TOTAL contestó igualmente con oposición a las pretensiones; frente a los hechos manifestó no ser ciertos los mismos, pues no tuvo participación en la prestación de servicios del demandante a favor de las personas jurídicas que enuncia en la demanda; no le consta la sustitución patronal que aduce, y aclara que "contrató los servicios de con (sic) CTA TALENTUM a través de oferta comercial del 30 de julio de 2008 aceptada el 1 de agosto del mismo año y la cual se llevó hasta su finalización el 31 de diciembre de 2013, con el fin de para (sic) promover la totalidad del proceso comercial tendiente a la promoción de la afiliación de usuarios al SGSSS al tenor de lo establecido en el Decreto 1485 de 1994 y Circular 037 con total autonomía, autogobierno y autodeterminación e independencia, tal como se ordena en Ley 79 de 1988 y el Decreto 4588 de 2006, por ser esta cooperativa conocida en el medio ya que ha prestado sus servicios a otros actores del Régimen de Seguridad Social en Salud", y de otro lado, "contrató los servicios del contratista independiente GOLD R.H, a través de contrato de mandato suscrito el día 1 de enero de 2014; para el proceso comercial tendiente a la promoción de la afiliación de usuarios al SGSSS al tenor de lo establecido en el Decreto 1485 de 1994 y Circular 037 por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos por sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva"; además, informó que dicha EPS "como cliente de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM decidió COADYUVAR la petición previamente realizada por la Cooperativa al Viceministro de Relaciones Labores e Inspección del Ministerio del Trabajo, en virtud de lo indicado en la ley 1610 de 2013 y la Resolución 321 de 2013, con la estricta voluntad de acogerse dentro del marco de lo establecido por la ley 1610 de 2013, en lo relacionado con los acuerdos de formalización laboral, solicitando la asesoría y acompañamiento en la implementación de esta ley, conforme misiva dirigida el día 21 de mayo de

2013 a esa dependencia", y que si bien participó en ese proceso, no tiene conocimiento de las particularidades frente a los trabajadores de las empresas codemandadas, por cuanto se trata de personas jurídicas independientes, autónomas y distintas a la EPS. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad, buena fe de la EPS, mala fe del demandante, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, compensación y prescripción (PDF 33).

6. Con auto del 7 de febrero de 2019, el juzgado acepta el desistimiento presentado por el apoderado del demandante frente a las pretensiones incoadas contra la demandada CTA Talentum S.A, seguidamente, y sin manifestar si tenía o no por contestada la demanda por parte de las otras demandadas, señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 28 de junio de 2019 (PDF 40); diligencia que se realizó ese día, y en la misma se recibió el interrogatorio de parte del demandante, a cargo de la demandada Gold RH S.A.S. (PDF 41).
7. La audiencia de trámite y juzgamiento se programó para el 9 de octubre de 2019, la que se realizó ese día y en ella se evacuó el interrogatorio del demandante, a cargo de Salud Total EPS, se cerró el debate probatorio y se fijó el 7 de febrero de 2020 para la continuación de la audiencia (PDF 46).
8. El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 7 de febrero de 2020, absolvió a las demandadas de todas las súplicas de la demanda, y condenó en costas al actor, tasando las agencias en derecho en \$300.000 (PDF 50).
9. Contra la anterior decisión, las partes no interpusieron recurso de apelación, y el expediente se remitió en grado jurisdiccional de consulta (PDF 54).
10. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 23 de junio de 2020, se admitió el grado jurisdiccional de consulta mediante auto del 29 de septiembre de ese año; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ambas los allegaron.

11. El apoderado del demandante manifestó que el demandante estuvo vinculado con la CTA Talentum del 1º de enero de 2005 al 13 de enero de 2014, prestando sus servicios para Salud Total EPS; luego, del 14 de enero al 12 diciembre de 2014 continuó su vinculación con GOLD RH SAS, sin existir solución de continuidad; agrega que el fallo de primera instancia, en el minuto 5:30, le dio *“plena efectividad a la Sustitución Patronal o de Empleador”*; que el trabajador devengaba un salario de \$734.200, y *“Con la sociedad Gold RH SAS un salario de 1.414.622 por concepto de Medios de Transporte”*, por lo que existe una diferencia de \$680.422 de pagos que no fueron tenidos en cuenta para liquidar sus acreencias laborales; menciona que *“Los conceptos de medios de transportes eran pagados si el trabajador realizaba afiliaciones a Salud Total EPS, si no había afiliaciones no recibía paga”*, que la EPS era la que *“le entregaba las rutas, empresas, le exigía horario, cumplía metas de 80 a 120 afiliaciones mensuales”*; finalmente, indica que *“el medio de transporte era pagado por la efectividad que realizaba el demandante”*, conforme se desprende de su contrato de trabajo.

Por su parte, el apoderado de la demandada Gold RH S.A.S. solicita se confirme la sentencia de primera instancia por las razones invocadas por la juez, pues considera que *“no se pueden considerar los medios de transporte y equipos productivos, como salario”*, conforme lo pactado en el contrato de trabajo, aunado a que *“El demandante recibió la remuneración y los pagos NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO, de conformidad con lo acordado por las partes, lo establecido por la ley, y lo señalado por la jurisprudencia”*; agrega que la tercerización acaecida en este asunto es legal, y que en el proceso no se configura solidaridad alguna entre la GOLD RH S.A.S. y las otras demandadas, por cuanto las actividades de SALUD TOTAL EPS-S S.A., son propias de las EPS del régimen subsidiado, mientras que las actividades de la CTA TALENTUM están relacionadas con cooperativas de trabajo asociado y las ejercidas por GOLD RH S.A.S. consisten en realizar cualquier actividad comercial o civil, siendo extrañas o diferentes a las realizadas por la referida EPS-S y por la CTA; finalmente, indica que en este proceso se configuró la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 69 del CPTSS, se revisa en grado obligatorio de consulta la sentencia dictada por la juez de primera instancia, en tanto fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador demandante. Dada la naturaleza protectora del Derecho del Trabajo, este grado jurisdiccional busca

justamente que no se desconozcan los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador; por lo tanto, se estudiará la cuestión litigiosa en su totalidad sin restricciones ni limitaciones de ninguna índole.

Leído con detenimiento el escrito de alegatos de conclusión allegado por el apoderado del demandante, podría entenderse que pretende la declaratoria de un contrato de trabajo entre el actor y la EPS Salud Total, por cuanto el demandante prestó sus servicios a esta EPS, la que a su vez ejerció subordinación como quiera que *"le entregaba las rutas, empresas, le exigía horario, cumplía metas de 80 a 120 afiliaciones mensuales"*, manifestaciones que igualmente expuso en los hechos de la demanda, pues allí mencionó que laboró para la EPS Salud Total desde el 1º de enero de 2005 *"bajo contrato de trabajo con la cooperativa (...) TALENTUM hasta enero 13 de 2014 cuando se hizo la sustitución patronal con la empresa GOLD RH SAS"*, que ejerció el cargo de asesor en salud en el área de afiliaciones, posventa y asesoría en la EPS, que a partir del 13 de enero de 2014 se presentó la sustitución patronal *"con el fin de seguir trabajando y ejerciendo las mismas condiciones y funciones laborando a favor SALUD TOTAL EPS bajo el pago de nómina (sic) por medio de la empresa GOLD RH SAS"*, y que cumplió su contrato bajo subordinación de dicha EPS. Sin embargo, advierte la Sala que dicha declaración no fue solicitada en las pretensiones de la demanda, como tampoco hizo parte de la fijación del litigio que para el efecto determinó la juez en audiencia del artículo 77 del CPTSS, y menos aún, constituyó el problema jurídico que resolvió la a quo en su sentencia, pues el mismo se centró en determinar si entre el demandante y la sociedad Gold RH S.A.S existió un contrato de trabajo del 1º de enero 2005 al 13 de enero de 2014, en atención a la sustitución patronal que se configuró en esta última fecha, *"en relación con la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum"*, como en efecto se solicitó en la demanda; es más, ninguna de las pretensiones declarativas y condenatorias están dirigidas a la EPS Salud Total.

Y aunque esta Sala no desconoce su obligación judicial de interpretar la demanda, para tratar de extraer lo verdaderamente querido y pretendido, y de este modo decidir de fondo, cumpliendo con el principio de tutela judicial efectiva, no puede pasarse por alto que para efectuar dicha interpretación, de las propias actuaciones procesales de la parte debe ser posible entrever cuál es su verdadero propósito, para no llegar al extremo de que el juzgador, so pretexto de interpretar la demanda, termine elaborándola sustituyendo a la parte actora y profiriendo un fallo ajeno a los discutido en el proceso.

Al respecto, observa la Sala que el demandante en su escrito de demanda solicitó que se declarara que entre él y la sociedad Gold RH S.A.S existió un contrato de trabajo del 1º de enero 2005 al 13 de enero de 2014, en atención a la sustitución patronal que se configuró en esta última fecha entre sociedad Gold RH S.A.S y la CTA Talentum, y que por esa razón Gold RH S.A.S. debe asumir todas las obligaciones hasta el 12 de diciembre de 2014, cuando terminó el contrato de trabajo; y en ese orden, solicitó que se condenara “a la demandada” al pago de sus acreencias laborales, y aunque no aclaró a cuál demandada se refería, entiende la Sala que hace mención a la demandada Gold RH S.A.S., pues en ese aspecto, se reitera, el mismo demandante señala en su pretensión declarativa que esta empresa es la que debe asumir todas las obligaciones hasta la terminación del contrato en su calidad de sustituta patronal.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que el propósito explícito e inequívoco del demandante en su escrito de demanda era la declaratoria de la referida sustitución patronal entre la CTA Talentum y la empresa Gold RH S.A.S, para que se tuviera esta última como responsable de todas sus acreencias laborales causadas desde la fecha del inicio contractual, esto es, desde el 1º de enero 2005, hasta el finiquito de la relación laboral, 12 de diciembre de 2014, por lo que en ese sentido, esta Sala no puede analizar la existencia de un presunto contrato de trabajo entre el actor y la EPS Salud Total, máxime cuando no se solicitó en el libelo declaración ni condena alguna en su contra como antes se indicó, y como se sabe, la decisión que aquí se emita debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 281 del CGP

Es cierto que esta Sala en otras oportunidades en las que se solicita la declaratoria de la relación laboral con la cooperativa de trabajo asociado y no con la beneficiaria de la obra, mediante interpretación de la demanda ha estudiado la existencia del contrato de trabajo con esta última, a quien se declara como verdadera empleadora, no obstante, tales casos analizados difieren del asunto aquí expuesto, pues en esos eventos la parte demandante solicitó de manera expresa se condene también a la beneficiaria de la obra, en solidaridad; y en este proceso, se insiste, el demandante no solicitó ninguna condena a cargo de la EPS Salud Total, entidad para la cual, según dice, prestaba sus servicios, sin que este Tribunal pueda subsanar dicha falencia pues ello iría en contravía del principio de consonancia antes enunciado.

Al respecto, considera la Sala necesario traer a colación algunos precedentes que sobre la materia se han emitido.

En las sentencias emitidas en los procesos seguidos contra Caprecom y la CTA Cooperemos, radicaciones 25307-31-05-001-**2014-00345**-01 del 14 de noviembre de 2018 y 25307-31-05-001-**2014-00346**-01 del 4 de septiembre de 2019, entre muchos más, al advertir que en los recursos de apelación se discutía la omisión del juzgado en condenar a la CTA y solidariamente a Caprecom, se indicó que, *“... en algunas circunstancias la propia ley con un sentido proteccionista del trabajador, establece que determinada persona aunque no sea la propiamente empleadora debe responder solidariamente de los créditos laborales insolutos causados en favor de unas personas que no fueron sus trabajadores, e general establece la obligación solidaria de más de una persona para el pago de los derechos laborales”*, como lo eran los artículos 17 del Decreto 4588 de 2006 y 7 de la Ley 1233 de 2008, reiterados por el Decreto 1072 de 2015, como quiera que *“Tales normas establecen sin lugar a dudas una prohibición tajante e inequívoca y es claro que todas aquellas actuaciones que contraríen una expresa prohibición legal son ineficaces y por ende no pueden surtir ningún efecto ni consecuencia. Nótese que la responsabilidad solidaria que establece dicho artículo a las cooperativas y al tercero contratante, se impone en todos aquellos casos en que se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, de modo que a juicio de esta Sala cuando aparecen acreditadas tales prácticas es palmario que quedan sin piso las relaciones asociadas pues lo que subyace en el fondo es una relación subordinada, incluso por parte de la propia cooperativa, y los protagonistas de dicho entramado deben responder solidariamente por los derechos laborales que corresponden al trabajador. En estos casos el juzgador debe examinar si se está ante una de las hipótesis señaladas en las normas antes transcritas, sin dejar de anotar que aquí se pidió la imposición de unas condenas económicas tanto a la cooperativa como a la codemandada CAPRECOM”* (Subrayado no es del original), esta última en solidaridad, como se solicitó en las pretensiones de la demanda, y en ese orden, al estudiar tales circunstancias, encontró que la CTA actuó como empresa de servicios temporales e implementó prácticas de intermediación laboral, y en consecuencia, condenó solidariamente a las demandadas a pagar a las demandantes las acreencias laborales solicitadas en la demanda.

Ahora, dentro del expediente 25754-31-03-001-**2016-00168**-02 en el que se demandaba la CTA SIPRO y la LADRILLERA SANTA FE S.A., la parte demandante si bien solicitó la declaratoria del contrato con la CTA, también indicó en las mismas pretensiones que ambas demandadas actuaron como empleadoras y que tales demandadas debían pagar sus acreencias laborales, y

si bien el apoderado del actor en el recurso de apelación puso de presente la confusión conceptual que tenía entre diversas categorías jurídicas propias del Derecho Laboral en relación con el tema de la tercerización laboral, el trabajo asociado y la calidad de empleador que tenía la beneficiaria de la obra, esta Sala en sentencia del 3 de marzo de 2021, luego de analizar dicho recurso y su escrito de demanda, en el que también incurría en similares imprecisiones, se concluyó: *“Como fácilmente puede observarse, es manifiesta la confusión conceptual del apoderado, pero ello no puede llevar a desconocer que en el fondo una parte de su cuestionamiento en el recurso se dirige a que no se hubiesen extraído consecuencias jurídicas del hecho de que los servicios se prestaran a la ladrillera, esta fuera la beneficiaria de los mismos, y que fue también demandada para que se le condenara por los conceptos solicitados, haciendo énfasis en la relación triangular que se configuró, con lo que indudablemente pretendía se extrajera un nexo entre dicha empresa y la cooperativa y entre estas y el actor, como se pidió en la demanda al impetrar que se condenara a ambas por los rubros reclamados, bien fuera declarando el contrato de trabajo y/o el de asociado; razón por la cual, a juicio de la Sala, este asunto debe ser dilucidado necesariamente al desatar el recurso de apelación, en el entendido de que en el fondo esa es la intención del recurrente, pese a que plantea el asunto desde diferentes ángulos y aristas y existe incompatibilidad entre algunos de estos”. “En este sentido es pertinente aclarar que no es que el Tribunal desconozca los planteamientos que hace el propio apelante en cuanto a que nunca solicitó la declaración de un contrato de trabajo y que lo existente fue una relación de trabajo asociado, sino que estima que esas manifestaciones no pueden verse de manera aislada, porque vista la posición del demandante en su conjunto queda claro que a pesar de esas aserciones, lo que pretende en últimas es que se estudie si hay lugar a ordenar las condenas impetradas. Es que si el demandante buscara en verdad la declaración de que la relación fue de trabajo asociado, no habría apelado este punto, que fue declarado y aceptado por el juzgado; de donde se deduce que, en definitiva, y visto el recurso en su totalidad, no lo comparte, pretendiendo que el asunto se mire desde otro prisma, aunque su discurso lo haga de manera desordenada y sin ningún rigor jurídico”;* por tanto, luego de analizar que no se cumplió con los parámetros que hacen legítimo el trabajo a través de cooperativas de trabajo asociado, y que ese instrumento se utilizó para evitar la contratación directa por parte de la Ladrillera a través de contratos de trabajo, condenó a las dos demandadas como se solicitó en la demanda, ya que *“tal pretensión es viable y al acceder a ella no se quebranta el principio de congruencia ni la prohibición de ultra y extra petita en segunda instancia, pues se está resolviendo sobre lo solicitado. Ahora bien, en el petitum de la demanda se solicita que el contrato de trabajo se declare con la cooperativa, lo cual va en contravía de lo previsto en el Decreto 4588 de 2006 que dispone que en estos casos la relación se entiende con el tercero que se benefició del servicio. Pero esa impropiedad del apoderado del demandante, en modo alguno puede llevar a absolver de las pretensiones porque ello constituiría una denegación de justicia, mucho más si se tiene en cuenta que la Ladrillera tuvo oportunidad de oponerse a la*

demanda y a la existencia del contrato con ella. Lo importante aquí es que se determinó que la relación estuvo regida por un contrato de trabajo y que la ley dispone que estos eventos la CTA y el tercero responden solidariamente por los derechos que corresponda.” “Por tanto, el hecho de que el demandante pidiera que se condenara solidariamente a Ladrillera Santa Fe S.A., en ningún caso implicaba que la juez solamente podía estudiar el asunto desde esa perspectiva, desconociendo que es el juez el que debe determinar la imputación jurídica de las condenas, aunque tenga que apartarse de la calificación hecha por las partes”. “Cabe tener presente que lo que el artículo 50 del CPTSS prohíbe es que se ordene el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, pero aquí no se trataba de eso por cuanto esos derechos fueron reclamados frente a la empresa referida...” (Subrayado no es del original).

Finalmente, en el proceso 25754-31-03-002-**2020-00018**-01, el actor en la demanda principal solicitó la declaratoria de un contrato con la CTA y pidió se condenara a dicha demandada al pago de sus acreencias laborales, luego, en la reforma de la demanda solicitó que se declarara que la CTA “*es solidariamente responsable en el pago de acreencias laborales del demandante, por haber actuado como simple intermediaria en la ejecución del contrato que el demandante desempeñó para el Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca, desde el 28 de agosto de 2012 hasta el 31 de febrero de 2017*”, por lo que debía condenarse a la CTA en solidaridad, aspectos fácticos que reiteró en el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia absolutoria, por tanto, esta Sala en sentencia proferida el 29 de abril de 2021, consideró que si bien es manifiesta la confusión del apoderado, “*es dable entender que en el fondo señala un uso abusivo de la figura de la CTA, y por consiguiente, se condene a la cooperativa al pago de las acreencias laborales de manera solidaria, razón por la cual, a juicio de la Sala, este es el asunto que debe ser dilucidado al desatar el recurso de apelación, máxime cuando en el recurso hace énfasis en que aquí no se acreditó el contrato de trabajo asociado que dijo la juez*”, y luego de analizar las pruebas recaudadas y las normas que rigen la materia, concluyó que “*la cooperativa demandada en realidad ejerció prácticas de intermediación laboral, lo que le era prohibido por expresa remisión legal, por ende, no es posible entender desvirtuada la presunción del artículo 24 del CST. En estos casos cobra vigencia también la presunción legal de los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 en cuanto a considerar al trabajador asociado como trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo*”, sin embargo, no se emitió condena alguna por cuanto el beneficiario de la labor no fue citado al proceso. Al respecto se indicó “*En consecuencia, hecho el anterior análisis es claro que acreditado el uso irregular de la figura del trabajo cooperativo, tanto la CTA como el tercero deberían responder solidariamente por los derechos que corresponda al trabajador, tal como lo consagran las normas legales y la jurisprudencia laboral. Sin embargo, como el Decreto 4588 de 2006 dispone que en estos casos la relación se entiende regida con el tercero que se benefició del servicio, y el tal supuesto para imponer condenas solidarias a la*

cooperativa necesariamente debe declararse el derecho con el deudor principal y determinarse las acreencias laborales con su concurrencia. Empero, el hospital que se benefició de los servicios del demandante no fue demandado y, por ende, no tuvo oportunidad de oponerse a la demanda ni a la existencia del contrato con ella, por tanto, aunque se determinó que la relación estuvo presidida de un contrato de trabajo, no es posible emitir condenas a la entidad solidaria como lo pretende el apelante.”

Así las cosas, y en atención a lo antes expuesto, en el entendido de que en este proceso no se solicitó pretensión alguna contra la EPS Salud Total en su calidad de beneficiaria de la labor prestada por el demandante, no le es dable a este Tribunal estudiar la existencia de algún presunto contrato de trabajo con esa demandada y menos aún, si hay lugar a imponerle condenas.

Aclarado lo anterior, considera la Sala que los problemas jurídicos por resolver son los determinados por el demandante en su escrito de demanda, vale decir: *i)* Analizar si en este caso se configuró la sustitución patronal entre la demandada GOLD RH S.A.S. y la CTA Talentum en Liquidación; *ii)* Determinar si el demandante fue despedido sin justa causa; y *iii)* Verificar si el salario del actor ascendió a la suma \$1.414.622, y en ese sentido, deba condenarse a la reliquidación de sus acreencias laborales, y al pago de las condenas aquí solicitadas.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la demandada GOLD RH S.A.S., del 14 de enero al 12 de diciembre de 2014, y que la terminación del contrato se dio por decisión de tal demandada; pues tales aspectos fácticos fueron aceptados por dicha demandada al dar contestación a la demanda, y en general, se encuentran acreditados documentalmente.

La a quo al proferir su decisión consideró que dentro del expediente no se probó la sustitución patronal alegada entre Talentum y Gold RH S.A.S., como quiera que no se estructuró un cambio de empleador, ni se probaron *“las condiciones de la labor, funciones y vigencia del contrato de trabajo incluida la forma de terminación del contrato anterior con Talentum”*, y en ese orden, no podía analizarse el reajuste de los créditos laborales causados entre los años 2010 a 2014 *“con sujeción al salario que devengó el accionante en vigencia de un contrato anterior con Talentum”*. Frente a la terminación del contrato de trabajo, consideró que la misma se dio con justa causa, esto por cuanto *“la cláusula 11, numeral s) del contrato de trabajo que*

celebraron las partes, estableció que constituye falta grave expresamente calificada en el contrato de trabajo, el incumplimiento, así sea leve, de las obligaciones contenidas en la ley o de las obligaciones o funciones del trabajador, y en ese sentido se precisa que en la cláusula sexta, numeral 1 del contrato de trabajo, estableció como obligación del trabajador el cumplimiento de metas de afiliación que se establezcan, obteniendo los resultados esperados y manteniendo el número de usuarios presupuestados para la zona o segmento de mercado y para el período determinado. Luego como el demandante admitió en la declaración de parte evacuada que el empleador le comunicó sobre la obligación del cumplimiento de metas de trabajo y que en igual forma se le informó sobre el incumplimiento de las metas correspondiente al período comprendido entre septiembre y noviembre de 2014, y en la demanda no se cuestionó la falta de cumplimiento de las metas del accionante como asesor laboral, con función de efectuar vinculaciones al sistema de seguridad social en salud, como lo aclaró el demandante en declaración de parte, se infiere que en el juicio surge probada la justa causa de terminación del vínculo jurídico".

El fenómeno de la sustitución patronal que alega el demandante es una figura propia del derecho laboral que se define como *"todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios"* (artículo 67 CST). Jurisprudencialmente se ha establecido que además de lo anterior, para que se configure el reseñado fenómeno, es necesaria la continuidad del trabajador con el mismo contrato de trabajo. A su turno, el artículo 68 ídem dispone que *"la sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes"*.

Con esta institución laboral se ha querido preservar varios principios propios del derecho del trabajo como la vocación de permanencia del contrato y la estabilidad laboral, pues los cambios en la titularidad de la empresa en modo alguno implican la terminación del contrato de trabajo sino su mantenimiento. Bajo ese contexto normativo, se emprende el análisis de las pruebas, con el fin de establecer si se encuentran acreditados los elementos que configuran la referida situación.

Analizadas en su conjunto las pruebas referidas, de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, el Tribunal comparte la decisión de la juez de primera instancia, pues en efecto, en este caso no se configuró en estricto sentido un cambio de empleador en los términos dispuestos en la norma, y aunque es cierto que del material probatorio puede concluirse que la empresa Gold RH S.A.S. continuó la actividad que realizaba la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum, ya que la EPS Salud Total al dar contestación a la demanda acepta que esa EPS contrató los servicios de la CTA Talentum y de la empresa

Gold RH para la promoción de la afiliación de usuarios al SGSSS, es decir, para ejecutar la misma tarea, de todas formas, según los certificados de existencia y representación legal de tales demandadas, se advierte que ambas ejercen actividades económicas diferentes. Al respecto, la CTA Talentum es una cooperativa especializada en la ejecución de actividades en el sector salud de la economía, que tiene como objeto principal generar y mantener un trabajo digno y sustentable para los asociados, mediante un modelo de autogestión, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, y según los contratos de prestación de servicios allegados, prestó para la EPS Salud Total, servicios de manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos asistencial, operativo, comercial y jurídico y de sus subprocesos y conexos requeridos; por su parte, conforme el certificado de existencia de la demandada Gold RH S.A.S., tiene como objeto social la realización de cualquier actividad lícita, comercial o civil, dentro de ellas, las de subcontratación de procesos de negocios (outsourcing) y de promoción y afiliación al sistema general de seguridad en salud a nivel nacional, observándose que suscribió con Salud Total EPS, un contrato de mandato para promocionar las afiliaciones al sistema general de seguridad social en salud, en virtud del cual debía estudiar el mercado, y realizar actividades de comunicación, promoción y venta de productos y servicios derivados del mencionado sistema, con el fin de satisfacer necesidades de los usuarios y ofrecer el portafolio de servicios de salud de tal EPS; por lo que resulta claro que las dos empresas difieren en el giro normal de sus negocios, e incluso, no comparten la misma dirección según se desprende de los certificados de existencia y representación legal.

De otro lado, aunque reposan dos desprendibles de 10 y 3 días del mes de enero de 2014 expedidos por la CTA Talentum en los que se menciona que el actor era asesor profesional, cargo que también ejerció con la demandada Gold RH S.A.S. a partir del día siguiente (14 de enero de 2014) y hasta el 11 de diciembre de 2014, según los comprobantes de nómina allegados, por lo que podría entenderse que el demandante con ambas empresas ejerció la misma actividad, no obstante, el actor en su interrogatorio de parte indicó que con la CTA tenía el cargo de asesor novato, y aunque no se le indagó frente a las labores ejecutadas para la demandada Gold RH S.A.S., de la comunicación expedida por la EPS el 11 de septiembre de 2014, que fue allegada por el demandante, se advierte que tenía funciones de afiliación, post venta y asesoría de Salud Total S.A. E.P.S., (pág. 56 PDF 05); por lo que no es posible concluir que el demandante hubiese efectuado las mismas funciones antes y después de la presunta sustitución

patronal, pues en este aspecto, el actor no allegó prueba testimonial alguna con la que se hubiese podido aclarar tal punto, incluso, tampoco es posible determinar si las actividades las ejerció en el mismo lugar.

Aunado a lo anterior, no puede pasarse por alto que el aquí demandante desistió de la demanda instaurada contra de la CTA Talentum, por lo que en ese orden, no es posible analizar las pretensiones contra dicha demandada, y por esa vía, tampoco es dable definir el tipo del vínculo contractual que tenía el demandante con esa CTA, y menos aún puede concluirse que dicha relación se enmarcó dentro de un contrato de trabajo, máxime cuando no se allegó prueba alguna que así lo demuestre; y por esa razón, resulta imposible declarar la continuidad de un contrato de trabajo entre la CTA Talemton y la empresa Gold RH S.A.S., como para predicar una presunta sustitución patronal como se reclama en la demanda.

En consecuencia, no queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión de la juez en este aspecto.

En cuanto a la justeza del despido, debe precisarse que el actor en su demanda señaló que la terminación de su contrato de trabajo por parte de Gold RH S.A.S. se dio sin justa causa por no haberse realizado el debido proceso, en los términos establecidos en el literal a) del numeral 9 del artículo 62 del CST, reglamento mediante Decreto 1373 de 1966, el que a su vez, está compilado en el artículo 2.2.1.1.3. del Decreto 1072 de 2015.

No obstante, la referida demandada indica que no fue esa la causal que invocó para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante. Por lo que una vez analizada la carta de terminación del contrato de trabajo, de fecha 11 de diciembre de 2014, se advierte que la causal aducida por la empresa fue la establecida en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del CST, en concordancia con los numerales 1º y 5º del artículo 58 de la misma norma, esto es, cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

En este punto, es conveniente precisar que solamente podrán tenerse en cuenta los motivos alegados por la parte que termina el contrato, en el

momento del finiquito, sin que posteriormente se pueda aducir motivos diferentes, como de forma perentoria lo señala el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965; por lo que en ese orden, el estudio que aquí se realice debe hacerse frente a la causal invocada por la empresa demandada; para lo cual, debe puntualizarse que demostrado el despido, como aquí ocurre, corresponde al empleador demostrar de forma fehaciente y concluyente el acaecimiento de las causas o hechos que invocó para dicha rescisión, así como la justeza de las mismas.

Al respecto, la demandada Gold RH S.A.S. en la carta de terminación del contrato de trabajo, de fecha 11 de diciembre de 2014, invocó los siguientes hechos:

- “1. La empresa tiene conocimiento que usted ha venido incumpliendo las metas de radicación de los meses de septiembre, octubre y noviembre.*
- 2. Como consecuencia de lo anterior usted fue llamado a diligencia de descargos, en la cual señaló que había recibido acompañamiento de su jefe inmediato, y que durante estos meses no ha cumplido con el número de radicaciones establecido y que corresponde para su cargo a 120 usuarios, mensuales.*
- 3. No se evidencia una justificación para su conducta, mas aun si se tiene en cuenta su cargo dentro de la compañía y que usted tiene claras las metas a cumplir, según lo señalado por usted en la diligencia de descargos.*
- 4. Los hechos descritos anteriormente, constituyen faltas graves expresamente calificadas como tal en el contrato de trabajo en la cláusula décima primera “...s) El incumplimiento así sea leve de las obligaciones contenidas en la ley o de las obligaciones o funciones de EL(LA) TRABAJADOR(A), contenidas en este contrato.”, en concordancia con la cláusula sexta del contrato de trabajo que señala la obligación del TRABAJADOR de: “e) Cumplir con las metas de afiliación que se establezcan obteniendo los resultados esperados y manteniendo el numero neto de usuarios presupuestados para su zona o segmento del mercado y para el período determinado...”*

De modo que de esa carta se colige que el motivo aducido por la empresa para terminar el contrato fue el no cumplimiento de metas durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014, como lo eran, 120 radicaciones al mes, las que según indica la empresa, tenía conocimiento el trabajador.

Sin embargo, aunque el apoderado de la demandada Gold RH S.A.S. al efectuar el interrogatorio de parte al demandante, mencionó que dentro del expediente obra prueba de la diligencia de descargos referida en la carta de terminación, lo

cierto es que la misma no se allegó, es más, tampoco se relacionó dentro de las pruebas documentales enunciadas en el escrito de contestación de demanda (pág. 22 PDF 28), y la única prueba que obra en el proceso relacionada con este punto, es la declaración que para el efecto rindió el demandante, y si bien allí acepta que la empresa le comunicó que debía cumplir unas metas, que correspondían a "unos parámetros de afiliaciones", no especificó en qué consistían esos parámetros, como tampoco enunció el número de afiliaciones que debía cumplir mensualmente, como se indica en la carta de despido; además, aunque el demandante admite que su jefe inmediato le informó de manera verbal que no cumplió las metas de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014, lo cierto es que no aceptó que hubiese incumplido las metas dentro de esos meses, pues solo se limitó a decir, se reitera, que le fue informado dicho incumplimiento pero no que hubiese incumplido las metas; además, el demandante niega que lo hubiesen llamado a descargos por esos hechos.

Por tanto, considera la Sala que en este asunto la empresa demandada no demostró las causas o hechos que dieron origen al despido, como quiera que no acreditó que hubiese notificado al demandante cuáles eran las metas concretas que debía cumplir en el ejercicio de su cargo, como tampoco probó que el actor en realidad hubiese incumplido esas metas para los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014; además, no demostró que llamó al trabajador a diligencia de descargos, ni probó que en esa oportunidad el demandante reconociera haber incumplido las metas de los referidos meses.

En consecuencia, al no haberse demostrado los hechos endilgados al trabajador y que generaron su desvinculación, carga que le correspondía a la demandada Gold RH S.A.S., en los términos del artículo 167 del CGP, ha de concluirse que el despido del trabajador lo fue sin justa causa, por lo que en ese sentido, habrá que revocarse parcialmente la sentencia consultada.

No obstante, previo a analizar la indemnización por despido sin justa causa que en este caso le correspondería al demandante, se estudiará el tema relacionado con el verdadero salario percibido por el trabajador y seguidamente, se determinará si en este proceso se configuró la excepción de prescripción, como se indicó tanto en el escrito de contestación de demanda, como en los alegatos de conclusión.

Al respecto, señala el demandante que su salario ascendió a la suma \$1.414.622,

y que sobre ese valor deben reliquidarse las acreencias aquí reclamadas; en contraposición, la demandada Gold RH S.A.S., indica que el salario pactado con el actor era de \$734.200, y si bien en el contrato se pactó como medios de transporte *“los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice”*, ello se hizo con carácter no salarial, de lo que es dable concluir que lo que pretende el demandante es que el valor pagado por la demandada por concepto de medios de transporte, se tenga como salario.

El artículo 127 del CST define el concepto de salario y expresa que está constituido no solo por la remuneración ordinaria sino todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio *“sea cualquiera la forma o denominación que se adopte”* como sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones. A su turno, el artículo 128 ídem, define lo que no es salario, para lo cual utiliza las nociones de ocasionalidad y mera liberalidad en su recepción por el trabajador, describe varios rubros, y agrega que no es salario *“lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes”*. Tampoco es salario, prosigue la norma, *“los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”*.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en los citados artículos es dable colegir que constituye salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**; en lo que tiene que ver con los auxilios habituales u ocasionales, no constituyen salario si las partes así lo acordaron expresamente, ya sea en el contrato de trabajo, convención u otro documento, siempre y cuando, dichos rubros pactados no encajen en las condiciones previstas en el referido artículo 127, pues no es posible que se reste incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio.

Frente a la connotación salarial de los pagos recibidos por el trabajador, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5159 de 2018, reiterada entre otras, en sentencia SL5146 de 2020, señaló:

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.”

Además, en sentencia SL986 de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, agregó que, *«una de las características para considerar un pago salarial, es la carga de la prueba», por lo que, «acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio cancelado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio [...]», y en caso de duda, sobre si determinado emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio (Sentencias CSJ SL1798 de 2018 y CSJ SL986 de 2021).*

Así, una interpretación integral de las normas y jurisprudencias en cita, en principio, permite entender a la Sala que las partes gozan de autonomía al momento de celebrar el contrato de excluir todos aquellos conceptos que a su juicio no harán parte del salario y de las prestaciones sociales; no obstante, tales acuerdos, por supuesto, encuentran limitación al momento en que se pretenda desconocer toda aquella retribución directa de la prestación personal del servicio por parte del empleador y que forzosamente conforma el salario. Debe también dejarse anotado que el solo hecho de que un concepto o pago determinado sea excluido por las partes en el contrato de trabajo de su

connotación salarial, no significa que los jueces deben atenerse de manera inexorable a dicha exclusión, o tenerla como incuestionable, porque en este campo también aplica el principio de primacía de la realidad, que se traduce a que debe darse prevalencia a los datos de la realidad sobre la que brote de los documentos. De otro lado, no puede perderse de vista que la suma que se excluya de su naturaleza salarial debe destinarse al objeto que se anuncia en la cláusula respectiva; es decir, que si se trata de transporte, no solo debe hacerse la especificación, sino demostrar que habían unos requerimientos extraordinarios en esa materia que justifique ese pago adicional, y que se entendería que se excluye de la calidad de salario en tanto no está destinado a enriquecer el patrimonio de quien lo recibe, ni a remunerar su labor, sino a compensar unos gastos superiores a los usuales.

En el presenta caso, se observa que en el contrato de trabajo suscrito por el demandante con la empresa Gold RH S.A.S., el 14 de enero de 2014, se pactó en su cláusula tercera lo siguiente:

TERCERA. MEDIOS DE TRANSPORTE. EL EMPLEADOR reconocerá y pagará en favor de EL (LA) TRABAJADOR(A) como medios de transporte los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos, para diligenciar formularios, para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas, y en las fechas de corte dispuestas; las sumas sobre cada cotizante que cumplan las siguientes condiciones a saber: a) Que las afiliaciones se hagan en aquellas ciudades y municipios en donde el cliente tenga red de prestadores de servicios activo, b) Que las afiliaciones se efectúen a trabajadores independientes, dependientes o pensionados de personas jurídicas debidamente constituidas y registradas legalmente, con Número de Identificación Tributaria asignado (NIT), y que sea de carácter privado. Las condiciones de este literal deberán cumplirse conjunta y no optativamente. Si se trata de afiliación de trabajadores independientes, afiliados a través de agrupadora, el medio de transporte solamente se generará, si la afiliación y pago de la autoliquidación se efectúan a través de una entidad agrupadora debidamente constituida como persona jurídica y con (...) (NIT), autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, y debidamente autorizada por la Vicepresidencia de Mercadeo y Ventas o quien haga sus veces. c) Correcto diligenciamiento de todos los formularios del periodo, d) Que la asignación de I.P.S. primaria y A.R.L. se haya efectuado mediante el diligenciamiento del espacio correspondiente en el formulario de inscripción; e) Anexos legales y contractuales debidamente radicados; f) Pago, por parte del cotizante de la correspondiente cotización o aporte previo, por la totalidad de los días del mes respectivo; g) Compensación efectuada ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA, la cual debe haberse efectuado por mes o completo, lo cual sólo sucede en el evento en que la cotización se efectúe por los 30 días de respectivo mes. **PARÁGRAFO PRIMERO:** Estos medios de transporte únicamente se pagarán una vez, por afiliación de cada cotizante, independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En el evento en el cual EL EMPLEADOR pague a EL(LA) TRABAJADOR(A), medios de transporte por un usuario que haya compensado, y al mes siguiente dicho usuario sea reportado por FOSYGA como multi-afiliado, EL(LA) TRABAJADOR(A) queda obligado a devolver el valor correspondiente al medio de transporte pagado por dicho usuario compensado (...). **PARÁGRAFO TERCERO: CARÁCTER NO SALARIAL.** Las partes de manera expresa reconocen y aceptan que los beneficios y/o auxilios mencionados en la presente cláusula no constituyen salario y que por lo tanto no se tendrán en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra acreencia laboral a cargo de EL EMPLEADOR y en

favor de EL(LA) TRABAJADOR(A), que de conformidad con la ley laboral, deba calcularse con base en el salario devengado por EL(LA) TRABAJADOR(A) y de conformidad con lo establecido por los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo (...) ni para la liquidación de aportes al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales.

Así las cosas, de la sola redacción de la referida cláusula se extrae de manera clara que el reconocimiento de los medios de transporte, se generaba por la labor de venta de afiliaciones y se cancelaba según parámetros previamente fijados y relativos a la vinculación y pago del cotizante, siendo estas razones más que suficientes para concluir que su objeto en realidad no era costear gastos de traslado para ejercer la actividad sino remunerar esa labor, por lo que en ese orden, en los términos del artículo 127 del CST, debe considerarse salario; como de igual forma lo ha considerado la jurisprudencia laboral en sentencias con similares situaciones fácticas aquí analizadas, dentro de ellas, la sentencia CSJ SL1430-2018, reiterada en la SL782-2020, esta última en la que indicó: *“En esa medida, la forma como fue pactado el pago del «medio de transporte», esto es, previendo su causación según las afiliaciones hechas por la actora, que era su actividad principal como asesora de ventas de la EPS Salud Total, en los términos y según las condiciones previstas en los contratos antes referidos, y que pretenden asegurar la efectividad de tales vinculaciones al plan obligatorio de salud, así como su pago mensual, permiten colegir a la Sala que tal rubro tenía como finalidad remunerar directamente el servicio prestado, pues dependía del número de cotizantes vinculados”*.

Además, de los desprendibles de nómina allegados por la demandada Gold RH S.A.S., se advierte que los pagos recibidos por el demandante por concepto de medios de transporte eran habituales, periódicos y permanentes. Incluso, como bien lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales conceptos en realidad constituyen pagos por comisiones, pues se correlacionaron con el cumplimiento de determinadas metas a cargo del asesor por la consecución de nuevos clientes, como se extrae de la cláusula antes transcrita, *“En otros términos, son remuneraciones ligadas al desempeño o a la actividad o a los logros del trabajador, que, por tanto, son claramente retributivos del servicio”*. *“De lo expuesto, es palpable, que el acuerdo de no incidencia salarial, del denominado medio de transporte, que en realidad es comisión, deviene en ineficaz y, por ende, dichos factores deben ser tenidos en cuenta al momento del cálculo de las prestaciones sociales”* (sentencia CSJ SL902-2020).

En consecuencia, igualmente se revocará parcialmente la sentencia, pues al estar demostrado que el denominado *medio de transporte* tiene connotación salarial y prestacional, resulta procedente la reliquidación de las acreencias laborales aquí reclamadas, no obstante, conviene aclarar que dicha liquidación se realizará con base en el monto que no tuvo en cuenta la demandada, vale

decir, con base en el promedio de las sumas que pagó al demandante por medios de transporte.

Sin embargo, antes de efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, debe estudiarse la excepción de prescripción formulada por la demandada Gold RH S.A.S., para tal efecto, se tiene que el contrato de trabajo finalizó el 12 de diciembre de 2014 y la demanda se presentó el 9 de mayo de 2017 (PDF 02), esto es, dentro del término trienal que establece los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, por lo que en ese sentido, en principio, las acreencias causadas con anterioridad al 9 de mayo de 2014 estarían prescritas, sin embargo, como quiera que en este proceso sólo quedó demostrado que entre demandante y la referida demandada existió un contrato entre el 14 de enero y el 12 de diciembre de 2014, los rubros aquí reclamados por ese contrato no están afectados por la prescripción como pasa a explicarse.

Según los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS los derechos laborales prescriben en tres años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, pero ese término puede ser interrumpido por una sola vez, caso en el cual, el lapso de tres años empieza a contarse de nuevo a partir del reclamo, aunque bueno es precisar que en este asunto no se efectuó reclamación alguna. Ahora, debe aclararse que, en materia laboral, hay unos derechos que se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, y otros cuya exigibilidad se presenta durante la ejecución de este.

Así las cosas, en el caso del auxilio de las cesantías y de la indemnización por despido sin justa causa, son derechos que se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, por lo que frente a estos conceptos no se configura el mencionado fenómeno de prescripción, pues se reitera, la demanda se presentó dentro de los 3 años siguientes. En cuanto a los intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones, se hacen exigibles durante la ejecución del contrato de trabajo, no obstante, cada uno tiene diferente fecha de exigibilidad, así: los intereses sobre las cesantías deben pagarse en el mes de enero siguiente a su causación, como bien lo dispone el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, pero como en este caso el contrato terminó antes, el empleador estaba obligado a pagarlos a la terminación del contrato, sin que se configurara la prescripción como ya se indicó; las primas de servicios deben pagarse semestralmente, en los términos del artículo 306 del CST, por lo que, en ese orden, tampoco prescribieron las causadas entre enero y junio de 2014,

como tampoco las de julio a diciembre de 2014; y respecto a las vacaciones, estas pueden reclamarse hasta el año siguiente a su causación, y a partir de allí se cuentan los 3 años de prescripción, por tanto, ésta acreencia tampoco prescribió.

En ese sentido, hay lugar al pago de la reliquidación de tales acreencias por el contrato existente entre el actor y Gold RH S.A.S., del 14 de enero al 12 de diciembre de 2014, tomando como base la suma mensual promedio por concepto de medios de transporte, de **\$416.967**, como se ilustra a continuación:

AÑO 2014		
MES	MEDIOS TRANSPORTE	PROMEDIO
enero	\$ 0	\$ 416.967
febrero	\$ 0	
marzo	\$ 0	
abril	\$ 266.900	
mayo	\$ 612.600	
junio	\$ 420.000	
julio	\$ 846.500	
agosto	\$ 388.800	
septiembre	\$ 480.400	
octubre	\$ 581.900	
noviembre	\$ 897.100	
diciembre	\$ 509.400	

Efectuadas las operaciones del caso, se tiene que la demandada Gold RH S.A.S. debe pagar a favor del demandante, la suma de **\$381.061** por cesantías, **\$41.790** por intereses sobre las cesantías, **\$381.061** por primas de servicios y **\$190.530** por concepto de vacaciones, así:

CESANTÍAS			
AÑO	salario	días laborados	cesantías
2014	\$ 416.967	329	\$ 381.061
% CESANTÍAS			
AÑO	cesantías	días laborados	% cesantías
2014	\$ 381.061	329	\$ 41.790
PRIMAS DE SERVICIOS			
AÑO	Salario	días laborados	Prima de Servicios
2014	\$ 416.967	329	\$ 381.061,20
VACACIONES			
periodo	salario	días laborados	vacaciones
14-01-2014 al 12-12-2014	\$416.966,67	329	\$ 190.530

Para la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, debe tenerse en cuenta que el último salario devengado por el trabajador fue la suma de \$752.555, el que, sumado al salario promedio devengado por

concepto de medios de transporte, resulta un valor total de **\$1.169.522**, monto que sería el equivalente a la referida indemnización, de conformidad con el artículo 64 del CST.

En lo que tiene que ver con los aportes a pensión, al corresponder a un derecho imprescriptible, como de antaño lo ha señalado la jurisprudencia laboral, hay lugar a su pago, y como en este proceso se demostró la afiliación del demandante, lo que corresponde es el pago de los aportes en mora, en los términos dispuestos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, los que deberán efectuarse sobre los siguientes meses y sumas: abril \$266.900, mayo \$612.600, junio \$420.000, julio \$846.500, agosto \$388.800, septiembre \$480.400, octubre \$581.900, noviembre \$897.100 y diciembre \$509.400; y para garantizar el cumplimiento de la sentencia, se concederá a la demandada Gold RH S.A.S., el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que eleve la solicitud de liquidación de los aportes ante la AFP Porvenir, y 30 días para pagar el monto que allí arrojen, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la demandada no cumpla con su obligación de solicitar la liquidación de los aportes en mora, tal diligencia deberá hacerla el demandante.

No hay lugar a imponer condena por concepto de indemnización por no consignación completa de las cesantías, como quiera que el contrato terminó antes del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, antes del 15 de febrero de 2015.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la sanción moratoria por no pago de prestaciones, el artículo 65 del CST dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudados, deberá pagarle como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato, y a partir del mes 25 deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta la fecha en que se verifique el pago de los referidos rubros. No obstante, aclara la norma, que si el trabajador no presenta la demanda transcurridos 24 meses contados desde la terminación del contrato de trabajo, sólo tendrá derecho a los intereses moratorios, sobre lo adeudado por salarios y prestaciones sociales, entre la fecha de la desvinculación y la de su pago efectivo, como ha tenido lugar de aclararlo la

jurisprudencia laboral (Sentencias SL16280-2014, SL5144-2019, SL4743-2020, SL5384-2021 y SL3207-2022). Igualmente, la jurisprudencia ha dicho que en caso de faltantes en el pago de prestaciones sociales y salarios, también puede imponerse la sanción; por tanto, si en el presente caso resulta procedente el pago de la referida indemnización, la demandada Gold RH S.A.S. solo estará obligada a pagar los mencionados intereses moratorios, como quiera que, se reitera, el contrato de trabajo terminó el 12 de diciembre de 2014 y la demanda se presentó el 9 de mayo de 2017.

Ahora bien, por sabido se tiene, por así haberlo reiterado de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que tal indemnización no es de aplicación automática y que para ello debe el juzgador entrar a analizar la conducta con la que actuó el empleador en vigencia de la relación laboral, así como al momento de su terminación en relación con sus obligaciones y con el pago de las acreencias laborales que por ley le corresponden a los trabajadores, al igual que mirar las circunstancias específicas en que se produjo la omisión y en caso de encontrar atendibles las razones esgrimidas por aquel, podrá eximirlo del pago de la referida indemnización. De acuerdo con esas directrices, la mera conclusión judicial de que una relación estuvo regida por un contrato de trabajo no puede llevar a imponer inexorablemente esas sanciones.

Por lo tanto, al examinar el presente caso la Sala no encuentra tales razones de buena fe porque no resulta de recibo que la empresa tuviera dudas sobre el carácter salarial de los pagos realizados como “medios de transporte”, pues incluso, en el mismo contrato de trabajo se consignó que esos pagos en realidad se hacían para remunerar la labor; además de su frecuencia y su monto en relación con la remuneración del trabajador, sin que tampoco resulte de buena fe la denominación que la empresa le dio, con lo que pretendió disfrazar dicho pago como uno no constitutivo de salario; aparte de que no hay duda del origen y razón de los pagos como se desprende del contrato, y la demandada no dio explicaciones decisivas que permitan entrever la buena fe de la entidad. En este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 13 jun 2012, rad. 39475, reiterada en la SL2909-2022, indicó:

“Finalmente, en lo que tiene que ver con la indemnización del artículo 65 del CST, se advierte que la conducta de la sociedad empleadora estuvo desprovista de buena fe, pues, como quedó explicado, el plan de desalarización en realidad resultó ser una maniobra que

generó que, al dividirse el pago de esos dineros, los diferidos no se tuvieran en cuenta para el cálculo de los derechos laborales de la trabajadora, es decir, lo que le pagaba al trabajador era el salario, pero distorsionando su incidencia prestacional.

Valga destacar, adicionalmente, que la accionada no aportó razones o elementos de juicio convincentes que le permitan sustraerse de la misma y la sola circunstancia de acordar con el trabajador la no salarización de unos pagos que, por su misma naturaleza son constitutivos de salario, no conduce inexorablemente a inferir un íntimo convencimiento de no ser factor para liquidar las prestaciones sociales causadas, tanto en vigencia de la relación laboral, como al momento de su terminación, conforme se puntualizó en la sentencia”.

En ese orden, se condenará a la demandada Gold RH S.A.S. al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre lo adeudado por concepto de cesantías y primas de servicio, desde la terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de su pago efectivo.

Finalmente, debe agregarse que es deber de esta Corporación, en atención a las recientes directrices jurisprudenciales contenidas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral SL359 y SL859 de 2021, imponer la actualización de las condenas no susceptibles de intereses moratorios; así entonces, se ordenará que la demandada Gold RH S.A.S. pague al demandante, la indexación sobre los intereses sobre las cesantías, vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa, con base en los IPC certificados por el DANE, tomando como índice inicial el de la fecha en que terminó el contrato, y como IPC final el de la fecha en que efectivamente se haga el pago.

Así queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandada Gold RH S.A.S. de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 365 del CGP, como agencias en derecho de esta instancia se fija la suma equivalente a 2 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 7 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

dentro del proceso ordinario laboral de MAURICIO GARCÍA CRUZ contra GOLD RH S.A.S. y otros, en cuanto absolvió a la demanda Gold RH S.A.S. de las súplicas de la demanda, en su lugar, se condena a dicha empresa al pago de las siguientes sumas y conceptos:

- **\$381.061** por concepto de cesantías.
- **\$41.790** por intereses sobre las cesantías.
- **\$381.061** por primas de servicios.
- **\$190.530** por concepto de vacaciones.
- **\$1.169.522** de indemnización por despido sin justa causa.
- Al pago de los aportes en mora, sobre los siguientes meses y salarios: abril \$266.900, mayo \$612.600, junio \$420.000, julio \$846.500, agosto \$388.800, septiembre \$480.400, octubre \$581.900, noviembre \$897.100 y diciembre \$509.400; para tal efecto, se concederá a la demandada Gold RH S.A.S., el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que eleve la solicitud de liquidación de los aportes ante la AFP Porvenir, y 30 días para pagar el monto que allí arrojen, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la demandada no cumpla con su obligación de solicitar la liquidación de los aportes en mora, tal diligencia deberá hacerla el demandante.
- Al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre lo adeudado por concepto de cesantías y primas de servicio, contados desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo hasta su pago efectivo.
- Al pago de la indexación sobre los intereses sobre las cesantías, vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa, con base en los IPC certificados por el DANE, tomando como índice inicial el de la fecha en que terminó el contrato, y como IPC final el de la fecha en que efectivamente se haga el pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas en ambas instancias a cargo de la demandada Gold RH S.A.S., de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 365 del CGP, como agencias en derecho de esta instancia se fija la suma equivalente a 2 SMLMV.

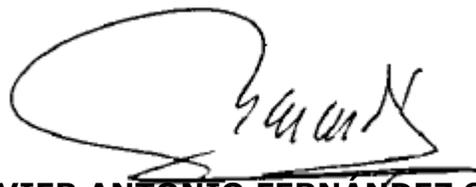
CUARTO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA PROMOVIDO POR CARMEN ELISA PEÑA contra LINA MARÍA ARBELAEZ ECHEVERRI. Radicación No. 11001-31-05-039-**2019-0341**-01.

Bogotá D. C. dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente decisión de manera escrita, conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** La demandante, el 25 de mayo de 2019, instauró demanda ordinaria laboral contra la señora Lina María Arbeláez Echeverri, para que se declare que entre ellas existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de marzo de 1992 y el 19 de septiembre de 2016; de forma subsidiaria, se declare la existencia de varios contratos de trabajo, con los extremos que se acrediten en el proceso. Que el contrato lo terminó la demandada de forma unilateral y sin justa causa. Como consecuencia sea condenada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, las vacaciones debidamente indexadas, la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada, la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, la pensión sanción, a pagar los aportes a seguridad social integral mediante cálculo actuarial a satisfacción de Colpensiones, el auxilio de transporte y al pago de costas procesales.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que fue contratada verbalmente por la señora Lina María Arbeláez Echeverri el 20 de marzo de 1992. Que el objeto contractual consistió en que “*se desempeñara en el cargo de trabajadora doméstica de la empleadora y de miembros de su entorno familiar*”. Señala que laboró hasta el 19 de septiembre de 2016, fecha en que se

terminó el vínculo por causa imputable a la empleadora, luego de que le reclamó el pago de los aportes a pensión. Que las partes acordaron como remuneración un salario mínimo legal mensual vigente, o proporcionalmente a los días laborados. Señaló que inició prestándole el servicio a la demandada medio tiempo de 12:00 m a 4:00 pm y que el 25 de marzo de 1999, haciendo uso de su poder subordinante, le *“ordenó prestar sus servicios de empleada domestica a su hermana Adriana Arbelález”*, los cuales prestó un día por semana y los días restantes los laboró con la demandada, quien le cancelaba la totalidad del salario. Aduce que en marzo de 2006 la demandada la contrató tiempo completo de lunes a sábado y por 8 horas diarias y debía prestar los servicios a varios miembros del entorno familiar, como lo eran los padres y hermanos de aquella. Señala que *“en el vínculo laboral se continuó manteniendo como única y exclusiva empleadora a la señora Lina María Arbelález Echeverri, dado que, era esta quien seguía cancelando el salario y dando órdenes”*. Que prestó los servicios así: *“tres días en la vivienda de los padres de la señora Lina María Arbelález Echeverri. Un día a la semana en la vivienda del hermano de la señora Lina María Arbelález Echeverri, esto es, Jaime Arbelález. Un día a la semana en la vivienda de la hermana de la señora Lina María Arbelález Echeverri, esto es, Adriana Arbelález”*. Un día en la vivienda de la señora Lina María Arbelález Echeverri”. Que en los últimos 6 meses prestó los servicios a los padres de la demandada, entre abril y septiembre de 2016 aproximadamente, pero la señora Lina era la que le seguía pagando y proporcionando la dotación correspondiente. Que la demandada nunca le pagó las acreencias propias de un contrato de trabajo, por lo que la citó a una conciliación extrajudicial la cual tuvo lugar el 24 de noviembre de 2016 en las instalaciones del Ministerio del Trabajo en Bogotá, que se declaró fracasada. Finalmente indicó que la demandada no le informó dentro de los 60 días siguientes a la terminación del vínculo laboral, el estado de pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos 3 meses anteriores a la terminación del contrato.

3. El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, por auto del 17 de septiembre de 2019 admitió la demanda y ordenó notificar personalmente a la demandada (pág.4 PDF 03), diligencia que se realizó el 29 de octubre del mismo año (pág. 16 PDF 03).
4. La demandada contestó con oposición a las pretensiones. Frente al vínculo laboral señalado por la demandante, indicó: *“No es cierto, pues tal como lo anote (sic) en el punto anterior, su vinculación con mi cliente inicio en el año 1992 sin precisar fechas como día y mes y se extendió hasta mediados del año 2000, año en que ella procede a retirarse por problemas familiares sin previo aviso. Posteriormente mi cliente tiene conocimiento que la demandante durante el período comprendido entre el año 2001 a 2004, trabajo (sic) con varias personas, entre ellas la señora ELIZABETH GONZALEZ JEREZ, tal como lo demostrare en el capítulo de pruebas. Mas adelante en el año 2005, mi cliente la vuelve a contratar bajo la misma modalidad, esto es por un día a la semana, vinculación que se extendió hasta el mes de marzo de 2007 y posteriormente a partir del*

mes de junio de 2009 volvió a prestar sus servicios bajo la misma modalidad de un día a la semana, extendiéndose ello, hasta el mes de febrero del año 2016, fecha en que la demandante decidió ir a trabajar con los padres de la demandada, luego de esto y por asuntos netamente personales y familiares relacionados con una enfermedad del esposo de la demandante y después de no contestar el celular por mas de 5 días, esta le anuncio(sic) a los padres de mi cliente no trabajar más”. Señaló que nunca hubo contrato de trabajo porque jamás se cumplieron los elementos, no hubo subordinación, ni jornada laboral y no se le pagaba un salario, sino un jornal. Señaló que sus hermanos son personas independientes, con patrimonio propio, igual que los padres, además habitan en viviendas totalmente diferentes, por lo que ella no era la encargada de pagarle a la demandante por los servicios prestados a ellos. Aceptó que le facilitaba a la demandante delantales, escobas, traperos, detergente, limpia vidrio, papel higiénico, crema dental y jabón que utilizaba el día de la semana que le prestaba el servicio, día que era escogido por la demandante. Señaló que sin tener la obligación, “por simple solidaridad y cariño, le liquidaba prestaciones y no la afilió a salud (sic) primero porque no era obligación dado que nunca hubo un contrato de trabajo y segundo (sic) porque ella estaba afiliada primero al sisbem (sic) y expresaba que no podía salir de allí y después un hijo la afilió a una EPS y en cuanto a la pensión igual que con la salud, no era obligatorio dado que nunca existió un contrato de trabajo y segundo a ella se le regalaba un dinero para que pagara tal prestación y al parecer nunca lo hizo”. Propuso las excepciones de fondo de pago y compensación, buena fe, prescripción, inepta demanda, falta de legitimidad por pasiva. (pág. 17 a 25 PDF 03).

5. Por auto del 10 de febrero de 2020, el Juzgado de conocimiento inadmitió la contestación de la demanda. Una vez subsanada la tuvo por contestada, por auto del 10 de julio del mismo año, y señaló el 23 de julio siguiente para audiencia de que trata los artículos 77 y 80 del CPTYSS (conforme el registro que aparece en consulta de procesos de la Rama Judicial). Diligencia que se reprogramó para el 12 de noviembre de 2020 (PDF 09).
6. El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia dictada el 12 de noviembre de 2020 declaró la existencia de 3 contratos de trabajo entre las partes, así: 1.) Del 31 de Marzo de 1992 a 31 de marzo de 2000; 2) del 30 de Junio de 2005 a 31 de marzo de 2007 y 3) del 30 de Junio de 2009 a 1 de febrero de 2016, en el cargo de empleada del servicio doméstico”, y condenó a la demandada al pago de “1. Auxilio de transporte \$284.829. 2. Cesantías la suma de \$621.037. 3. Intereses a las cesantías la suma de \$38.366. 4. Por concepto de indemnización por no pago de intereses a las cesantías, la suma de \$38.366. 5. Prima de Servicios la suma de \$319.713. 6. Sanción por no consignación de cesantías \$2.285.070. 7. Vacaciones la suma de \$260.642, valor que deberá ser indexado a la fecha de su pago efectivo, con base en el IPC certificado por el DANE. 8. Por concepto de sanción moratoria la suma de \$5.715.598, en razón de la suma de \$7.938,33 diarios a partir del 2 de febrero de 2016, día siguiente que terminó la relación laboral, hasta el 1 de febrero de 2018, lo que arroja por un total de 720 días, un valor de \$5.715.598. Desde el 2 de febrero de 2018 y hasta que se verifique el

pago de la obligación, se reconocerá los intereses sobre las cesantías, intereses de las cesantías y primas de servicios”, “al pago de los aportes al sistema integral de seguridad social en pensiones en que se encuentra afiliada la demandante o el que sea de su elección en caso de no encontrarse afiliada, por un día laborado, con un índice de base de cotización conforme se explicó en el acápite correspondiente”; absolvió de las demás pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada, tasándose las agencias en derecho en \$381.000.

7. Frente a la anterior decisión, los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, así:

El apoderado de la parte actora señaló: “la inconformidad radica en primer lugar en el salario que se tiene en cuenta para liquidar la sanción moratoria por no consignación de las cesantías, por cuanto saca un promedio salarial, sin embargo, el artículo 99 de la ley 50 se habla que el empleador que no pague o no consigne las cesantías, deberá pagar a la trabajadora una suma igual al último salario devengado por cada día de mora. Es decir que se debe es tomar el último salario, mas no sacar un promedio. Acá la ley no distingue, sino que habla de manera plana que se debe pagar es conforme al último salario diario que él devengaba, aquí la señora devengaba diario un salario mínimo, desde luego que no es dable donde la ley no hace distinciones, no da lugar a que lo haga el juzgado. Es un punto de inconformidad que de igual manera se hace extensible a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST. Como el despacho encontró que el último salario que había devengado era la suma de \$55.000, desde luego que el salario que se debe tener en cuenta es la suma de \$55.000 diarios de sanción moratoria por los primeros 24 meses y no los \$7.000 que tuvo en cuenta. La ley es muy clara en decir que el salario que se debe tener en cuenta para liquidar dicha sanción es el último salario diario por cada día de retardo. Otro punto de inconformidad radica de que a partir del mes 25 no se ordena los intereses a la tasa máxima legal sobre lo que arroje el cálculo actuarial, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3352 y SL3392 del año 2019, donde se indica que el parágrafo del artículo 35 es que cuando al trabajador no se le pagan los aportes, no procede el reintegro sino a que se le pague esa sanción moratoria allí consagrada. Desde luego que se accedió por los primeros 24 meses, a partir del mes 25 se debió ordenar también que esos intereses se liquidaran sobre lo que arroje el cálculo actuarial. Otro punto de inconformidad de la sentencia es lo referente al IBC para liquidar el cálculo de los aportes a pensión, en atención que no se debe sacar ese promedio salarial como lo hace la señora Juez, sino los salarios mínimos para cada mes, pero no con el promedio que liquidó el despacho, sino el SLMV para esa época. La liquidación por días para los aportes a seguridad social a pensión se pudo hacer a partir de 2013 y no es ni siquiera por días, sino por semanas que se deben hacer esos aportes a seguridad social. Desde luego que del 2013 hacia atrás, se debió liquidar los aportes a seguridad social sobre un SMLMV para cada año, y sobre la totalidad de ese mínimo sin poderse fraccionar. Igualmente, los magistrados deben ordenar que ese pago de cálculo actuarial también se debe hacer, es a satisfacción del fondo de pensiones, lo cual se debe adicionar en el fallo”.

El apoderado de la demandada, por su parte, adujo: “Manifiesto mi inconformidad solicitando al H. Tribunal Superior, proceda a revocar completamente la sentencia dictada por las siguientes razones: En primer lugar, uno de los elementos esenciales para la existencia del

contrato de trabajo, es la subordinación, la cual según el artículo 23 del CST, faculta al empleador para exigirle al trabajador, el cumplimiento de ordenes en cualquier momento, en cuanto modo, tiempo y cantidad de trabajo, es decir la subordinación como elementos distintivo del contrato de trabajo ha sido entendida bajo la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia como un poder jurídico permanente, del que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de ordenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones, que le son propias con miras al cumplimiento de la empresa. Entonces en ese orden de ideas no existiendo la subordinación, como ha sido demostrada a lo largo y ancho de este proceso, mal podría declararse la existencia del contrato de trabajo, sobre todo, porque el Juzgado 39, está decretando la existencia del contrato de trabajo, incluyendo años que ella misma en sus argumentos, manifestó que la demandante no trabajó. Cuales fueron esos años 1998 y 2000, sin embargo, dice que hay 3 contratos de trabajo, y el primero va de 1992 a 2000, cuando de la misma expresión de la señora Juez, aparece claro que en el año 1998, la demandante no estuvo vinculada con mi cliente, en razón a que dio a luz o tuvo a su hijo menor y por eso se retiró completamente del trabajo. Y en el 2000 porque nació la nieta. Entonces no entiendo si el juzgado se pronuncia en esos términos, aun reconoce la existencia de unos años en los cuales ella no prestó el servicio de ninguna naturaleza. Igualmente, los años 2005 a 2007, está claro que la demandante tampoco prestó los servicios, porque ella regresó a trabajar hasta el año 2009 hasta el 2016. En cuanto a la existencia del artículo 24 y de conformidad con este artículo, si bien se puede probar la prestación personal del servicio cuando se logra demostrar en el desarrollo de la relación, que el contratista realmente tuvo la autonomía como en el presente caso, para disponer si la prestación personal del servicio, la realizaba personalmente o inclusive a través de otra persona porque no tenía quien la supervisará, la subordinación, desaparece, dado que el primer elemento de la relación laboral en este caso no fue esencial en el contrato que ligó a las partes, luego, con fundamento en esto no puede existir un contrato de trabajo. La demanda fue edificada con un conjunto de suposiciones por no decir mentiras, relacionando fechas en las que nunca prestó el servicio, y anotando situaciones que riñen totalmente con la verdad. Así mismo, la demandante tenía tanta autonomía, que se iba cuando quería y regresaba y se le aceptaban nuevamente cuando quería, no había la presión desde ningún punto de vista. En segundo lugar, me llama la atención poderosamente, que la señora juez, está condenando a mi cliente al pago de la prima de servicio, y la prima de servicio para este sector trabajador fue creado en el 2017, entonces no entiendo por qué antes de la expedición de la ley que creó la prima de servicios su señoría esté ordenando el pago de esta, cuando no existía para la fecha. Por otro lado, está demostrada la buena fe, no solamente le pagaba de manera oportuna, le pagaba dinero superior a lo que establecía el salario mínimo de la época con el fin de ayudarla, y de manera esporádica le dio en varias oportunidades varias sumas de dinero, a título de bonificación, de colaboración, de apoyo o de prestaciones sociales. Entonces si existe buena fe, nunca se sustrajo la obligación de pagarle oportunamente lo que ella consideraba que le estaba debiendo a quien le prestaba el servicio. En cuanto a la prescripción, es claro que el artículo 488 y 151 habla de la prescripción y dice que los derechos que adquiere un trabajador como producto de una relación laboral en los términos del CST no son eternos, sino que prescriben 3 años después de haberse causado o adquirido. Si bien hubo una aparente conciliación o un reclamo en noviembre de 2016, en ese momento de interrumpió la prescripción al 2013, sin embargo, usted está incluyendo 2009, 2010,

2011 y 2012, pero lo más preocupante es que la demanda se presentó en el 2019, entonces es a partir del 2019 hacia atrás que debe empezar a contarse el fenómeno de la prescripción, como la demanda fue radicada en mayo de 2019, quiere decir que toda prestación que posiblemente hubiera tenido derecho de mayo de 2016 hacia atrás prescribió, entonces no sé cómo están reviviendo, una situación que ya estaba prescrita. Debo solicitarle al Tribunal la revocatoria inmediata de toda la sentencia, exonerando a mi cliente del pago de cualquier suma de dinero y principalmente lo relacionado con sanción moratorias porque no se produjeron y si se produjeron ya están prescritas. Y no puede haber sanción moratoria cuando ha existido buena fe. Y no puede existir sanción moratoria cuando los derechos que se están discutiendo, se están reconociendo es a partir del momento, hay sentencia reiterada que cuando existe el reconocimiento de un derecho laboral incierto, el reconocimiento de estos comienza a partir del momento de la sentencia y no antes. Entonces bajo ese punto de vista señora Juez, solicito se de curso al recurso que se ha impetrado y le ruego al Tribunal Superior proceda a revocar de manera inmediata y en su totalidad la sentencia que realmente lesiona los derechos de una buena mujer, que lo único que hizo fue darle trabajo y ayudar como pudo a quien le tocó sus puertas”.

8. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, admitió el recurso de apelación mediante auto del 2 de febrero de 2021; luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022 y se corrió traslado a las partes para que se surtiera el respectivo traslado y presentaran sus alegatos de conclusión, término en el cual la parte actora guardó silencio.

La parte demandada reitera lo señalado en su recurso y solicita la revocatoria de la sentencia, y que en el evento de no hacerlo, se revoque lo relacionado con la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del CST, por existir buena fe, pues *“el convencimiento de que estaba frente a una relación no laboral, no solo por la autonomía e independencia de la demandante frente a sus quehaceres, sino porque ella le prestaba sus servicios a varias personas a la semana, igualmente mi cliente le entregaba una suma de dinero en todos los diciembre (sic) que si ella hubiera tenido la certeza o por lo menos la duda, de que estaba frente a una relación laboral, ese dinero que le entregaba a título de regalo, bien hubiera podido señalar que era a título del pago de sus prestaciones, máxime que siempre le daba una suma muy pero muy superior a la que le hubiera correspondido si se le hubiese liquidado los valores correspondiente a prestaciones sociales”.*

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad propuestos por los recurrentes en la sustentación de su recurso ante la juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera debe estar en correspondencia con esas materias, sin que sea permitido el abordaje de cuestiones distintas de esas.

Así entonces los problemas jurídicos a dilucidar son: i) analizar si existieron los contratos de trabajo señalados por la a quo, o por el contrario no existió vínculo alguno de esa naturaleza, como lo señala la parte demandada. En caso de existir uno o varios vínculos laborales; ii) determinar los extremos; iii) verificar si hay lugar a condenar a la demandada al pago de la prima de servicios o se deberá absolver de la misma, teniendo en cuenta la fecha de entrada en vigencia de dicha prestación para las empleadas domésticas; iv) determinar si hay lugar al pago de la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria o si la demandada estuvo revestida de buena fe, debiéndose absolver de la misma; v) en caso de condenar, examinar el salario que se debe tener como base para liquidar dichas sanciones, al igual que para liquidar el cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión, si en este caso proceden los intereses moratorios después del segundo año; vi) estudiar lo correspondiente a la excepción de prescripción.

Frente al primer problema jurídico, la a quo señaló: *“ En este orden de ideas, el despacho siempre ha señalado y tiene la postura que una empleada de servicio doméstico, encargada de las labores de aseo de un hogar, jamás puede ser contratada bajo otra premisa, porque se cumplen todos los requisitos de un contrato de trabajo, y fíjese si uno interpreta la ley 11 de 1988, reglamentada por el Decreto 824 de 1988, a eso llega la conclusión y es que efectivamente esas labores de servicio doméstico, se hacen a través de un contrato de trabajo dada la naturaleza de la función y la forma como se presta esa relación, tan es así que fíjese que la demandada le tenía plena confianza de tanto que ya conocía a la señora demandante, que decidió proporcionar las llaves, el hecho que no se encontrara en el lugar de su residencia, cuando la demandante iba a realizar sus actividades porque trabajaba en el exterior, no significa que desvirtúa esa presunción de subordinación, porque el desarrollo de las funciones son inherentes al contrato de trabajo, no puede contratarse de una manera completamente diferente la prestación del aseo, porque se presta única y exclusivamente en el lugar del empleador, y bajo la subordinación, dando los elementos suficientes para poder desarrollar esa función. Por ende, el despacho considera que esa prestación del servicio que se encuentra reconocida y aceptada por la parte demandada, no pudo haberse prestado de manera diferente sino bajo el contrato de trabajo, por cuanto no se logró desvirtuar la subordinación. Respecto a los extremos la Juez concluyó: “Entonces efectivamente se evidencia que la demandante no cumplió con la carga de la prueba de demostrar que entre ella y la señora Lina fungió una única y continuada relación laboral desde junio de 1992 hasta febrero de 2016, porque efectivamente las pruebas que ella trajo al proceso se encuentran contradictorias entre sí, ni siquiera coincide el dicho de la demandante el día de hoy, con lo expuesto en el libelo demandatorio, en el que efectivamente, allí establece unas fechas en las que comenzó a trabajar y el día de hoy manifiesta que efectivamente fue continuo, haciendo énfasis en los otros sitios a donde iba, dejando muy claro y específico sobre todo, que a partir de marzo de 2016 ya no iba a la casa de la señora Lina, sino que iba a las casas de sus padres, además entra en contradicción con las mismas pruebas que presenta la parte demandante cuando se analiza el testimonio de la hija, quien manifestó que la relación laboral no se dio de manera continuada sino que tuvo intervalos, ella hizo referencia a dos puntos*

importantes, con los que la demandante dejó de laborar o dejó de ir a la casa de la señora Lina, uno que cuando nació el hijo menor de la demandante, dos cuando nació el nieto, además de ello se acreditó efectivamente, lo cual se deduce del dicho de la demandante que mientras estuvo trabajando para la señora Elizabeth no trabajaba para la señora Lina, sin embargo, después vuelve y se contradice diciendo que trabajaba también con la señora Lina. El caso es que aquí la misma prueba presentada por la parte demandante, logró desvirtuar lo manifestado por ella, en el entendido de que se trataba de una única relación, entonces atendiendo el precedente jurisprudencial ya citado, lo que le queda a la demandante es tener por confesos los periodos declarados por la demandada al contestar la demanda, pues si bien ella lo señaló que estaba desprovisto el elemento de subordinación, fue muy clara en establecer de qué fecha a qué fecha se evidenció esa prestación personal de la señora Carmen a la señora Lina, lo cual se dio en tres periodos diferentes, el primero desde el 1 de marzo de 1992 hasta el 31 de marzo de 2000, el segundo desde el 30 de junio de 2005 al 31 de marzo de 2007 y el tercero del 30 de junio de 2009 al 1 de febrero de 2016, prestaciones del servicio que se hacían por un solo día a la semana (...)”.

La parte demandada insiste que no existió vínculo laboral con la demandante, pues asegura que aquella ejecutó el servicio de forma autónoma e independiente, sin que estuviera presente el elemento de la subordinación, que la actora iba únicamente un día a la semana y que no se le pagaba salario sino un jornal.

Ahora, si bien la demandante solicitó de forma principal en la demanda el reconocimiento de un contrato de trabajo sin solución de continuidad desde el 20 marzo de 1992 a 19 de septiembre de 2016, pretensión desestimada por la a quo, al declarar la existencia de tres vínculos laborales, sin embargo, ese punto ni los extremos de cada contrato fueron objeto de recurso, por tanto, la Sala hará el análisis sin entrar a estudiar la continuidad del servicio en los términos solicitados en la demanda, señalando de entrada que únicamente será objeto de estudio, los servicios prestados por la actora directamente a la demandada Lina Arbeláez, descartando el tiempo que presuntamente ejecutó sus labores en la casa de los padres y hermanos de la demandada, pues dicho punto, tampoco fue objeto de recurso. Así mismo, no fue recurrido lo referente a que la actora laboró un solo día a la semana al servicio de la llamada a juicio, incluso así lo indicó la demandante en el interrogatorio de parte.

La juez declaró la existencia de 3 contratos de trabajo así:

- Del 1 de marzo de 1992 hasta el 31 de marzo de 2000
- Del 30 de junio de 2005 al 31 de marzo de 2007
- De 30 de junio de 2009 al 1 de febrero de 2016.

Frente a la prestación del servicio en los interregnos señalados por la a quo,

se ha de tener en cuenta que desde la contestación de la demanda la señora Lina Arbeláez aceptó que la demandante ejecutó labores como empleada doméstica un día a la semana, pues se advierte que al hecho primero del libelo introductorio referente a que la demandante fue contratada verbalmente por la señora Lina Arbeláez el 20 de marzo de 1992, contestó: *“es cierto, haciendo la observación que su vinculación se realizó por un día a la semana y su período de trabajo se extendió de esa forma hasta mediados del año 2000, en el que se retiró del trabajo por asuntos familiares”*. Asimismo, al contestar el hecho segundo, que decía que la relación se extendió hasta el 19 de septiembre de 2016, adujo que la señora Carmen Peña le prestó los servicios de empleada doméstica un día a la semana en los siguientes intervalos: *“1) desde 1992 hasta mediados del año 2000; 2) año 2005 hasta marzo de 2007 y 3) desde junio de 2009 a febrero de 2016”*. Al contestar la pretensión segunda relacionada a que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 20 de marzo de 1992 al 19 de septiembre de 2016, la demandada señaló que los tiempos que expone la actora no son ciertos porque *“mi cliente no desconoce que si le prestó un servicio en varias oportunidades así: Un solo día a la semana en tiempos de menos de 4 horas (tal como lo señala la accionante en los hechos 9 y 18) entre marzo del año 1992 hasta marzo del año 2000, en que se retiro (sic) voluntariamente, posteriormente regreso (sic) a trabajar con mi cliente bajo la modalidad de un día a la semana entre junio del año 2005 a marzo de 2007, fecha en que igual que la anterior le manifiesta a mi cliente que no puede seguir trabajando, luego regresa a trabajar entre junio del año 2009 a febrero del año 2016”*. Lo anterior, fue reiterado en el interrogatorio de parte, en el que adujo que la demandante ingresó con ella en el año 1992 hasta el año 2000, un día a la semana, ella iba a la hora y día que quisiera, que en el año 2000 le dice por teléfono que se retiraba del trabajo e ingresó a trabajar la señora Clara Inés, quien falleció, que no trabajó desde el 2001 al 2004, lapso en el que la demandante laboró para la señora Elizabeth González y otras personas más y que después volvió del 2005 al 2007, y vuelve y se retira, reingresa en el 2009 y trabajó 1 día a la semana hasta el 2016. Por tanto, no hay duda que la demandada confesó la prestación del servicio de la señora Carmen Peña en los extremos señalados por la a quo, y si bien la testigo Aidée Díaz Peña, hija de la demandante, señaló en su declaración que en el año 1998 su mamá no trabajó porque tuvo un hijo, se ha de advertir que no se encuentra acreditada la fecha exacta de dicho nacimiento y cuánto tiempo dejó de prestar el servicio la demandante, si así fue; sin que se pase por alto que en este caso tenía derecho a una licencia; y que en todo caso es la misma demandada la que ha señalado que la señora Carmen Peña sí le prestó el servicio desde el año 1992 al 2000, sin hacer ningún reparo o aclaración respecto a que haya dejado de asistir durante ese lapso; por lo que se le dará mayor valor probatorio a lo confesado por la demandada. Ahora, la hija también señaló que la mamá tuvo una intermitencia en la prestación del servicio en el año 2000 y que lo recuerda porque ella (testigo) tuvo una hija en abril del año 2000 y la mamá, por

cuidarla, se quedó sin trabajo, tanto en la casa de la Elizabeth, como en la casa de la señora Lina, sin embargo, ese dicho coincide con lo señalado por la misma demandada, y es que en un primer momento la demandante trabajó hasta marzo del año 2000, por tanto, la Sala no comparte el reproche que hace la recurrente a lo señalado por la a quo, al sostener que no tuvo en cuenta lo aducido por la testigo, pues encuentra la Sala que la juez declaró el primer contrato hasta el 31 de marzo de 2000, conclusión que no se contradice con lo señalado por la hija de la demandante en su declaración. Por tanto, se tendrá acreditada la prestación del servicio de la demandante a favor de la demandada un día a la semana en los siguientes lapsos: **1.)** 1 de marzo de 1992 hasta el 31 de marzo de 2000; **2)** desde el 30 de junio de 2005 al 31 de marzo de 2007 y **3)** del 30 de junio de 2009 al 1 de febrero de 2016.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 24 del CST la sola prestación de unos servicios personales en favor de otro activa la presunción del artículo 24 del CST. Según las regulaciones sobre carga de la prueba, incumbe a quien alega la calidad de trabajador, acreditar solamente que prestó sus servicios personales en favor de otro. Esas labores pueden ser permanentes o intermitentes o por "días", sin que esta última modalidad por sí misma descalifique, sin más, la naturaleza laboral del vínculo. Son varias las disposiciones que hablan en el ordenamiento normativo laboral de la existencia del contrato de trabajo por días. Así, el artículo 173 del CST, modificado por el artículo 26 de la Ley 50 de 1990, prevé en su numeral 5: "*Cuando la jornada de trabajo convenida por las partes, en días u horas, no implique la prestación en todos los días laborables de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado*". El artículo 147 *ídem* estatuye "*Para quienes laboren jornadas inferiores a las máximas legales y devenguen el salario mínimo legal o convencional, este regirá en proporción al número de horas efectivamente trabajadas...*", Y el artículo 197 *ejusdem* dispone: "*Los trabajadores tienen derecho a las prestaciones y garantías que les correspondan, cualquiera que sea la duración de la jornada*".

Así que el contrato por días se rige también por las normas del trabajo, sin que el trabajo doméstico se exceptúe de esta regla; de modo que cuando el artículo 1º del Decreto 824 de 1988 establece que el trabajador del servicio doméstico debe prestar sus servicios de "*manera habitual*" no está descartando que pueda darse por uno o varios días de la semana, porque habitual no quiere decir ininterrumpido ni por todos los días laborales; así se desprende tanto de las normas generales del contrato de trabajo, que atrás se transcribieron, como del propio decreto referido, cuyo artículo 6 se refería a la forma de afiliación de los trabajadores domésticos cuando su labor sea por días al servicio de varios patronos, o sea que contemplaba la hipótesis de

trabajo por días en favor de uno o varios empleadores. De manera que no es de recibo la tesis de que el trabajo por días pierde la connotación de habitual, porque eso lógicamente no lo prevé ninguna norma legal.

En el presente caso, la demandada insiste que la demandante ejecutó la labor de manera autónoma, pues escogía el día y la hora en la que iba a trabajar y que recibía un jornal, no salario, así mismo señaló que ella no permanecía en Bogotá, por eso no ejercía ningún tipo de subordinación sobre la actora.

Con el fin de dilucidar el primer problema jurídico, se allegó el siguiente documental:

En las páginas 36-61 PDF 07 obra documento que relaciona el “*LIBRO DE CONTROL DE VISITANTES*” desde septiembre de 2011 a octubre de 2013, firmado por el gerente general Admejores Seguridad LTDA; allí se aprecia el ingreso en dicho lapso en el edificio Altos de Bella Suiza PH, apartamento 201; en primer lugar se advierte que dicho apartamento era el sitio donde la actora iba a prestar los servicios como empleada doméstica a la demandada, y en las páginas 66 a 159, obra copia de la “*minuta de control de visitantes*”, que da cuenta de las visitas de la demandante al apartamento de la señora Lina Arbeláez (pág. 66 a 159). Sin embargo, los contenidos de ambos documentos son ilegibles, y si bien en algunas hojas se alcanza a leer el nombre de Carmen, y al lado una hora de ingreso y salida, esos datos también son ilegibles, por tanto, si lo que se pretendía probar era que la demandante no tenía un horario fijo, incluso de ser así, no es suficiente razón para concluir que no existía subordinación, o que la labor ejecutada fuera autónoma e independiente, pues se admite cierta flexibilidad en este campo, sobre todo si es consentido por el beneficiario del servicio, máxime cuando la misma demandada aceptó que ella le entregaba “*absolutamente todos los elementos para prestar el servicio.*”

Ahora, con la copia del pasaporte de la demandada, se evidencia que viajaba seguido al exterior, situación que corrobora con el correo electrónico remitido el 8 de noviembre de 2019, por el señor Héctor Julio Valencia Ramírez a Lina Arbeláez, en donde indica: “*certifico trabajo (sic) con Lina María Arbeláez E. con C.C. 34.057.431, desde DIC de 2008 a Marzo de 2015, tiempo en el cual me desempeñé como Gerente de Mercadeo de Medical Surgical y Gerente de Negocio de Diabetes Care. Durante ese tiempo la señora Lina María, viajaba en forma permanente aproximadamente un 70% del tiempo durante el cual Yo. (sic) Héctor Valencia cubría parte de las actividades de su cargo.*” (pág. 160); y con el testimonio del señor Héctor Julio Valencia Ramírez, quien, en la declaración rendida en el proceso, señaló que fue compañero de trabajo de la señora Lina y que le consta que ella viajaba mucho tanto nacional como

internacionalmente; sin embargo, esa situación tampoco descarta la existencia de la subordinación, pues no se requiere la presencia física del empleador para ejercerla.

También se recibieron los testimonios de Cristo Alfonso Barreto Mesa, Luz Aidée Díaz Peña, Rafael Edilberto Barón López, Jaime Eduardo Arbeláez, Adriana Arbeláez, Elizabeth González y Héctor Julio Valencia Ramírez. Así mismo, se escucharon los interrogatorios de las partes.

Los señores Jaime Eduardo Arbeláez y Adriana Arbeláez, ambos hermanos de la demandada, no hicieron referencia alguna a la prestación del servicio de la demandante a favor de su hermana Lina, pues lo que manifestaron fue lo relacionado con los servicios que la actora les prestó a cada uno de ellos y a los padres de los tres, aclarando que Lina no era la encargada del pago de dichos servicios a la actora, sino que ellos lo hacían directamente y con su propia plata; sin embargo, como se indicó al principio, ese punto no fue objeto de recurso, por tanto, mal haría la Sala sumergiéndose en su estudio. Lo mismo sucede con la declaración de la señora Elizabeth González, quien hizo referencia únicamente al tiempo servido por la actora a su favor, sin manifestar algún aspecto que le constara sobre la prestación de dicho servicio a favor de la demandada. Y el señor Cristo Alfonso Barreto Mesa, vigilante del edificio donde viven los papás de la señora Lina, señaló que conoció a la demandante en el 2001 trabajando para los papás los lunes, miércoles y viernes hasta el año 2016 y que supone que quien le pagaba a la demandante era la señora Lina. Ahora, la testigo Aideé Diaz Peña hija de la demandante, enfoca su declaración a señalar que era la señora Lina la que le indicaba a la mamá a qué sitio debía ir a prestar el servicio, que era la que le pagaba, que eso lo sabe porque la mamá le contaba. Finalmente, el señor Rafael Edilberto Barón López, yerno de la demandante, señaló que conoció a la demandante en el año 1995 y que trabajaba por días con la señora Lina, y esta a veces la enviaba donde la hermana o el hermano, y que eso lo sabe porque a veces la iba a recoger, y que tiene entendido que la señora Lina era la empleadora porque era la que le pagaba y lo sabe porque su suegra le comentada. Con los testimonios, se refuerza algo que no es objeto de recurso, y es que la demandante también prestaba el servicio en la residencia de los papás de la demandada, y que únicamente le prestaba el servicio a la señora Lina Arbeláez una vez a la semana, sin que dicha situación desnaturalice el vínculo contractual, pues como ya se indicó son varias las disposiciones que hablan en el ordenamiento normativo laboral de la existencia del contrato de trabajo por días; por tanto, para la Sala la parte demandada no logró desvirtuar la presunción legal y el hecho de que prestara el servicio un solo día a la semana y que el resto de semana lo hiciera donde los familiares de la

demandada, e incluso admitiendo la existencia de cierta flexibilidad en el cumplimiento de la labor y que la actora no tuviera que ir un día fijo donde la demandada o cumplir un horario estricto, tampoco desvirtúa el contrato de trabajo, porque dada la naturaleza de la actividad no puede entenderse que las labores domésticas pudieran ejercerse de manera independiente o autónoma, pues lo que queda claro es que la actora tenía que ir un día a la semana por solicitud de la señora Lina Arbeláez por la cual le pagaba una remuneración y tenía una labor concreta que cumplir, lo que descarta la autonomía de la trabajadora.

Ahora, la demandada insiste que no le cancelaba un salario, sino que le pagaba jornal, se le ha de recordar que dicho salario es una de las formas de remuneración contempladas en el artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo, que es contundente en prever que el jornal es **el salario** por días.

Así las cosas, la Sala encuentra acreditado la existencia de 3 contratos de trabajo así: **1.)** 1 de marzo de 1992 hasta el 31 de marzo de 2000; **2)** desde el 30 de junio de 2005 al 31 de marzo de 2007 y **3)** del 30 de junio de 2009 al 1 de febrero de 2016. Por lo dicho, se confirma este punto.

Ahora, respecto a la prima de servicios, se ha de indicar que le asiste razón a la parte demandada, en el sentido de que en este caso la misma no es procedente, como quiera que la relación laboral aquí declarada finalizó en febrero de 2016 y solo con la expedición de la Ley 1788 de 2016, que lo fue el 7 de julio de 2016, se incluyó a los trabajadores del servicio doméstico dentro de las personas con derecho a percibirla, es decir que cuando entró en vigencia la Ley en cita, el contrato de la demandante ya no estaba vigente. Así las cosas, se deberá revocar la sentencia apelada y negar la condena por este concepto.

En cuanto a las sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, es conveniente señalar que, tal como de manera reiterada e insistente lo ha señalado la jurisprudencia laboral, su aplicación no es automática, ni proceden de manera necesaria ante el impago de salarios o prestaciones sociales, o de omisión en la consignación de cesantías, pues si se alega y demuestra que esos incumplimientos estuvieron revestidos de buena fe, puede exonerarse de su pago. Así, si se logra establecer que la demandada podía creer de buena fe que no estaba obligada a hacer los pagos que se establezcan judicialmente, con razones sólidas y plausibles, es dable absolver por este concepto.

En el presente caso, lo que logró demostrarse es que la labor se desarrolló por días, un día a la semana, y el día no era fijo, incluso el hecho que hubiera

habido interregnos largos entre uno y otro contrato pudo llevar a que la demandada creyera que la relación no estaba regida por un contrato de trabajo y que por tanto no estaba obligada a pagar prestaciones sociales, en especial cesantías, ni que debía consignarlas en un fondo anualmente. Aparte de lo anterior, la demandada pasaba buena parte del tiempo fuera de la ciudad, lo que quiere decir que no ejercía una supervisión directa ni estricta sobre la labor desempeñada, ni el horario en que la demandante cumplía con sus labores, lo que pudo aumentar sus dudas sobre la naturaleza de la relación, sin que deje de anotarse que la demandante al menos en el segundo contrato y en el año 2016 recibía una remuneración en dinero equivalente casi al doble del salario mínimo legal diario de la época, lo que excluye animo de aprovecharse de la condición de la trabajadora, y pone en evidencia que pudo creer la empleadora que en esa remuneración iban incluidos los derechos prestacionales que le correspondían. Una cosa es que se considere que hubo contrato de trabajo, como lo concluye la Sala, y otra bien diferente es que haya razones que generen dudas sobre esa naturaleza, que es lo que aquí sucede. Por lo cual, se deberá revocar la sentencia frente a la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, para absolver a la demandada de estas pretensiones; aclarando que al absolverse de las sanciones moratorias, queda superada por sustracción de materia la inconformidad de la parte actora respecto al salario que se debe tener en cuenta para liquidar tales sanciones, así como que a partir del mes 25 se debe pagar los intereses a la tasa máxima legal sobre lo que arroje el cálculo actuarial.

En cuanto al monto para liquidar el cálculo actuarial por los aportes a seguridad social en pensión que no se sufragaron por no haberse afiliado, la quo dispuso ordenar a la demandada *"realizar o pagar el cálculo actuarial que corresponda dentro de los vínculos laborales que ya se manifestaron para el primero, segundo y tercer contrato, así: 1) Desde el 31 de marzo de 1992 al 31 de marzo de 2000. 2) Del 30 de junio de 2005 al 31 de marzo de 2007 y el 3) del 30 de junio de 2009 al 1 de febrero de 2016. En ese orden para el primer contrato se deberá cancelar los aportes sobre los siguientes IBC: 1992: \$10.766, 1993: \$12.853, 1994: \$15.541; 1995: \$18.725; 1996: \$22.474, 1997: \$27.318; 1998: \$32.406; 1999: \$37.595; 2000: \$41.353"*. Para el segundo contrato, la juez promedió lo recibido por la demandante en ese lapso, concluyendo *"entonces el IBC por el cual debe cotizar la demandante, es para el 2005 sobre \$249.916, 2006 sobre \$283.645 y el 2007 sobre \$166.109"*. Luego aclaró *"de conformidad con las normas que rigen la seguridad social desde el Decreto 824 de 1988, se puede cotizar conforme los días laborados para las empleadas del servicio doméstico. Y el tercer contrato se tiene entonces los siguientes IBC: Para el 2009: \$80.277, 2010: \$83.210; 2011: \$86.396; 2012: \$95.580; 2013: 95.260, 2014: \$99.300; 2015: \$103.680; 2016 \$249.365, sin embargo, como es el cálculo actuarial deberá estar supeditado a la liquidación que presente en su momento Colpensiones o el Fondo que elija la parte demandante"*.

Sobre ese tema, el apoderado de la demandante en el recurso indicó: *“Otro punto de inconformidad de la sentencia es lo referente al IBC para liquidar el cálculo de los aportes a pensión, en atención que no se debe sacar ese promedio salarial como lo hace la señora Juez, sino los salarios mínimos para cada mes, pero no con el promedio que liquidó el despacho, sino el SLMV para esa época. La liquidación por días para los aportes a seguridad social a pensión se pudo hacer a partir de 2013 y no es ni siquiera por días, sino por semanas que se deben hacer esos aportes a seguridad social. Desde luego que del 2013 hacia atrás, se debió liquidar los aportes a seguridad social sobre un SMLMV para cada año, y sobre la totalidad de ese mínimo sin poderse fraccionar. Igualmente, los magistrados deben ordenar que ese pago de cálculo actuarial también se debe hacer, es a satisfacción del fondo de pensiones, lo cual se debe adicionar en el fallo”*.

Respecto lo indicado por el recurrente, lo primero que se debe advertir es que no le asiste razón cuando solicita que desde el año 2013 hacia atrás se debe liquidar los aportes sobre un SMLMV para cada año, sobre la totalidad *“sin poderse a fraccionar”*, pues no se puede pasar por alto que con anterioridad al año 2013 existía legislación que permitía realizar cotización por los días efectivamente laborados, tal como lo señala el artículo 1º de la Ley 11 de 1988, reglamentado mediante artículo 16 del Decreto 824 de 1988, que regula las cotizaciones de seguridad social para los trabajadores del servicio doméstico y el artículo 171 de la Ley 1450 de 2011, por tanto, los mismos no pueden desconocerse, y que en todo caso, en este evento también es dable aplicar la regla de reconocer las prestaciones en proporción al tiempo efectivamente servido. Ahora, lo que sí advierte la Sala es que la a quo ordenó realizar el cálculo actuarial por los días efectivamente laborados al mes, sin tener en cuenta que el artículo 6º del Decreto 2016 de 2013 contempló la obligación para el empleador, no solo de afiliación sino además permitió el pago mínimo de la cotización por cada semana, por ejemplo, para el caso concreto, cuando el trabajador labore entre 1 y 7 días, el monto de la cotización es una *“Una (1) cotización mínima semanal”*. Así las cosas, se deberá modificar la sentencia en este punto, y se ordenará realizar el pago del calculo actuarial de acuerdo a la norma que se encontraba vigente en cada uno de los contratos declarados así:

a) Contrato 1 de marzo de 1992 a 31 de marzo de 2000: Por los días efectivamente laborados del **1 de marzo de 1992 al 31 de marzo de 2000**, tal como lo definió la jueza, vale decir, 1 día a la semana y sobre la siguiente base: 1992: \$10.766, 1993: \$12.853, 1994: \$15.541; 1995: \$18.725; 1996: \$22.474, 1997: \$27.318; 1998: \$32.406; 1999: \$37.595; 2000: \$41.353; de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del CST, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 11 de 1988, reglamentado mediante artículo 16 del Decreto 824 de 1988, que regula las cotizaciones de seguridad social para los trabajadores del servicio doméstico.

b) Contrato del 30 de junio de 2005 al 31 de marzo de 2007: Por los días efectivamente laborados del **30 de junio de 2005 al 31 de marzo de 2007**, vale decir, un día a la semana y sobre la siguiente base mensual: 2005: \$249.916, 2006: \$283.645, 2007: \$166.109; de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del CST, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 11 de 1988, reglamentado mediante artículo 16 del Decreto 824 de 1988, que regula las cotizaciones de seguridad social para los trabajadores del servicio doméstico.

C) Contrato del 30 de junio de 2009 al 1 de febrero de 2016:

- Por los días efectivamente laborados del **30 de junio de 2009 al 15 de junio de 2011**, vale decir, 1 día a la semana, y sobre la siguiente base mensual 2009: \$80.277, 2010: \$83.210; 2011: \$86.396; de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del CST, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 11 de 1988, reglamentado mediante artículo 16 del Decreto 824 de 1988, que regula las cotizaciones de seguridad social para los trabajadores del servicio doméstico.
- Por los días efectivamente laborados desde 16 **de junio de 2011 al 19 de noviembre de 2013**, esto es, 1 día a la semana semanales, teniendo como base el salario diario legal mensual vigente así: 2011 \$21.599, 2012: \$22.895 y 2013: \$23.815, de conformidad con el artículo 171 de la Ley 1450 de 2011.
- Por los aportes no pagados desde el **20 de noviembre de 2013 al 1 de febrero de 2016**, se realizarán en los términos del artículo 6º del Decreto 2016 de 2013, en favor de la demandante el equivalente a 2 semanas por la labor del año 2013, 12 semanas por el año 2014, 12 semanas por el año 2015 y 2 semanas por el año 2016, correspondiente a enero y un día de febrero de ese año, con un IBC equivalente al salario mínimo legal, a excepción del año 2016, que la demandada recibió la suma diaria de \$55.000.

Cálculo actuarial que deberá ser consignado la demandada al respectivo fondo de pensiones; para tal efecto, se concederá a la demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará o se encuentra afiliada; y en caso de guardar silencio será la que elegirá dicho fondo pensional 5 días después de que venza la oportunidad de la actora; se le concede a la demandada un término adicional de 5 días para que eleven la solicitud de liquidación del cálculo y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el

evento de que la demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá hacerla la demandante.

Es de aclarar que el IBC es el señalo por la a quo, pues no fue objeto de recurso el monto diario, ni mensual que devengó la demandante, pues se reitera lo que pretendía el recurrente es que se liquidara los aportes a seguridad social el total del mínimo y no se fraccionara.

Finalmente, respecto a la excepción de prescripción, de conformidad con lo estatuido en el artículo 488 del CST la prescripción se configura a los tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. En el presente caso, el apoderado de la demandada señala que si bien hubo un reclamo en noviembre de 2016, que interrumpió la prescripción, no entiende por qué está condenando al pago de prestaciones de los años 2009, 2010, 2011 y 2012, así mismo indicó que la demanda se presentó hasta mayo del año 2019, entonces que todas las prestaciones hubieran tenido derecho de mayo de 2016 hacia atrás prescribió.

Se advierte que se hace énfasis únicamente frente al tercer contrato, vigente desde el 30 de junio de 2009 al 1 de febrero de 2016. la demanda se presentó el 25 de mayo de 2019, es decir, fuera del término trienal; sin embargo, el 24 de noviembre de 2016, se realizó una diligencia de conciliación a la cual asistió tanto la parte demandante como la demandada, la cual tuvo por objeto la solicitud de la actora, reclamando el pago de *“indemnización moratoria, liquidación de prestaciones sociales, afiliación y aportes al sistema de seguridad social y despido sin justa causa”* (pág. 16-23 PDF 02), entendiéndose interrumpida la prescripción frente a dichas peticiones, por lo que operará la excepción de forma parcial respecto de las obligaciones causadas con anterioridad al 24 de noviembre de 2013, la cual en este caso no surtiría ningún efecto si se tiene en cuenta que el auxilio de cesantías se hace exigible únicamente a partir de la terminación del vínculo laboral, los aportes a seguridad social no se afectan por el fenómeno de la prescripción, así mismo, en este caso no se causó derecho a la prima de servicios, se absolvió a la demandada de la indemnización moratoria y no fue objeto de recurso lo relativo a la indemnización por despido sin justa causa; en cuanto a los conceptos de vacaciones e intereses a las cesantías, se advierte que los mismos no son prestaciones sociales, por lo que no se encuentran incluidos dentro de la reclamación que realizó la demandante, por lo tanto, no existió interrupción del término de prescripción, debiéndose contar los 3 años, desde el 25 de mayo de 2019 hacia atrás, lo que arroja el 25 de mayo de 2016, y como el contrato terminó el 1 de febrero de ese año, los intereses a las cesantías se encuentran prescritos, por lo que se deberá revocar esa condena. Respecto de las vacaciones, tal como lo indicó la a quo, son exigibles

siguiente al que se comenzó a laborar, ese término se traduce en 4 años, por lo que al momento en que se presentó la demanda, se encontraba dentro del término para solicitar las vacaciones correspondientes desde el 25 de mayo de 2015 al 1 de febrero de 2016, lo cual arroja la suma de \$81.367, debiéndose modificar la condena de primera instancia.

Las sumas objeto de condena se actualizarán dese que terminó el contrato hasta que se haga el pago, con base en los IPC certificados por el DANE.

En los anteriores términos se dejan estudiados los puntos materia de la apelación.

Sin costas en esta instancia, por cuanto los recursos salieron avantes solo parcialmente.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Carmen Elisa Peña contra Lina María Arbeláez Echeverri en cuanto condenó a la demandada al pago de la prima de servicios, intereses a las cesantías, indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y sanción por no consignación de las cesantías del artículo 99 de la ley 50 de 1990 ; en su lugar, se absolverá de las mismas y se declara probada la excepción de prescripción frente a los intereses a las cesantías.

SEGUNDO: MODIFICAR el cálculo actuarial por la falta de afiliación y pago de aportes a pensiones en favor de la demandante; y en su lugar, se ordenará realizar el cálculo actuarial, de la siguiente manera.

- a) Contrato del 1 de marzo de 1992 a 31 de marzo de 2000:** Por los días efectivamente laborados del **1 de marzo de 1992 al 31 de marzo de 2000**, vale decir, 1 día a la semana y sobre la siguiente base: 1992: \$10.766, 1993: \$12.853, 1994: \$15.541; 1995: \$18.725; 1996: \$22.474, 1997: \$27.318; 1998: \$32.406; 1999: \$37.595; 2000: \$41.353; de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del CST, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 11 de 1988, reglamentado mediante artículo 16 del Decreto 824 de 1988, que regula las cotizaciones de seguridad social para los trabajadores del servicio doméstico.

b) Contrato del 30 de junio de 2005 al 31 de marzo de 2007: Por los días efectivamente laborados del **30 de junio de 2005 al 31 de marzo de 2007**, vale decir, 1 día a la semana y sobre la siguiente base mensual: 2005: \$249.916, 2006: \$283.645, 2007: \$166.109; de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del CST, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 11 de 1988, reglamentado mediante artículo 16 del Decreto 824 de 1988, que regula las cotizaciones de seguridad social para los trabajadores del servicio doméstico.

C) Contrato del 30 de junio de 2009 al 1 de febrero de 2016

- Por los días efectivamente laborados del **30 de junio de 2009 al 15 de junio de 2011**, vale decir, 1 día a la semana, y sobre la siguiente base mensual 2009: \$80.277, 2010: \$83.210; 2011: \$86.396; de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del CST, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 11 de 1988, reglamentado mediante artículo 16 del Decreto 824 de 1988, que regula las cotizaciones de seguridad social para los trabajadores del servicio doméstico.
- Por los días efectivamente laborados desde 16 **de junio de 2011 al 19 de noviembre de 2013**, esto es, 1 día a la semana semanales, teniendo como base el salario diario legal mensual vigente así: 2011 \$21.599, 2012: \$22.895 y 2013: \$23.815, de conformidad con el artículo 171 de la Ley 1450 de 2011.
- Por los aportes no pagados desde el **20 de noviembre de 2013 al 1 de febrero de 2016**, se realizarán en los términos del artículo 6º del Decreto 2016 de 2013, en favor de la demandante el equivalente a 2 semanas por la labor del año 2013, 12 semanas por el año 2014, 12 semanas por el año 2015 y 2 semanas por el año 2016, correspondiente a enero y un día de febrero de ese año, con un IBC equivalente al salario mínimo legal, a excepción del año 2016, que la demandada recibió la suma diaria de \$55.000.

Cálculo actuarial que deberá ser consignado la demandada al respectivo fondo de pensiones; para tal efecto, se concederá a la demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará o se encuentra afiliada; y en caso de guardar silencio será la que elegirá dicho fondo pensional 5 días después de que venza la oportunidad de la actora; se le concede a la demandada un término adicional de 5 días para que eleven la solicitud de liquidación del cálculo y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el

evento de que la demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá hacerla la demandante.

TERCERO: MODIFICAR la condena por concepto de vacaciones, para lo cual se **ORDENA** a la demandada pagar a la demandante la suma de **\$81.367** por dicho concepto, este valor y las demás condenas se deberán reconocer debidamente indexadas, teniendo como IPC inicial el de la fecha de terminación del contrato e IPC final el correspondiente a cuando se verifique el pago.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

QUINTO: Sin Costas en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la parte demandada.

SEXTO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Con salvamento de voto

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: Eduin De la Rosa Quessep

Expediente No. 11001 31 05 039 2019 00341 01

Carmen Elisa Peña vs. Lina María Arbeláez Echeverri

Salvamento de voto

Con el debido y acostumbrado respeto, me permito manifestar que salvo voto parcial en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, porque considero que **no** ha debido revocarse la sentencia apelada, en cuanto condenó al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST.

Dispone el citado artículo 65 del CST, reformado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagarle, a título de indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

La jurisprudencia ordinaria laboral enseña que la indemnización moratoria en comento no es una respuesta automática e inexorable por la simple deuda de salarios y prestaciones sociales a cargo del empleador (elemento objetivo), toda vez que en cada asunto en particular corresponde analizar si su comportamiento estuvo respaldado o no, en razones serias y atendibles, con el fin de determinar su actuar de buena o mala fe (elemento subjetivo) (CSJ SL4311-2022).

Cabe recordar que en cada proceso corresponde al empleador demandado demostrar, de manera suficiente y convincente, las razones por las cuales se sustrajo de la obligación de pago de las acreencias laborales, en razón a que como todo contrato de trabajo – sea verbal o escrito – debe ejecutarse de buena fe (artículo 55 CST), cuando se termina la relación laboral y no se satisfacen esas obligaciones, sin duda, con ello se resiente precisamente esa buena fe, al privarlo de los derechos que, por ley o convención le corresponden al trabajador, motivo por el cual es lógico que sea el empleador, en su condición de deudor moroso,



quien acredite que, a pesar de haber incumplido una obligación, su actuar no estuvo revestida de intención de defraudar los intereses del empleado o tuvo razones poderosas y creíbles para sustraerse o demorarse en su cumplimiento (CSJ SL539-2020).

En el presente caso, considero que la parte demandada no acreditó razones atendibles, sólidas, poderosas, ni justificables para exonerarla del pago de la indemnización moratoria, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque la parte demandada siempre fue consciente del trabajo que ejecutó la demandante en su hogar como *“empleada del servicio doméstico”*, de modo que no es lógico que ahora en el curso del proceso se escude en que pudo haber tenido el convencimiento de una contratación diferente a la laboral, menos si se tiene en cuenta que el trabajo de esta naturaleza (labores de aseo y limpieza dentro de un hogar) jamás puede ser un trabajo por cuenta propia o autónomo. De hecho, al contestar la demanda, la accionada confesó que la remuneraba a través de un *“jornal”* y en la ponencia se afirma que la ley laboral es contundente *“en prever que el jornal es el salario por días”*. Luego, no puede ser atendible que la empleadora pudiera estar convencida de que no tenía que acudir a la ley laboral para contratarla, cuando hace todo ese tipo de manifestaciones.

En segundo lugar, porque la parte demandada aceptó, desde la contestación de la demanda, que le suministraba delantales, escobas, traperos, detergentes, limpia vidrios, papel higiénico, crema dental y jabón, para la prestación del servicio; aspecto que no solo quiebra una presunta autonomía con utilización de recursos propios de la trabajadora, sino que acentúa aún más su carácter de dependiente.

En tercer lugar, porque la escogencia de un día de la semana por parte de la empleada no es un sinónimo de trabajo independiente y autónomo. En la práctica, es usual que las personas que se dediquen a este tipo de trabajo ofrezcan un servicio a otra persona, quien, en últimas, es quien determina y acepta esa oferta, y a partir de ahí se genera el mandato para la prestación del servicio ese día, sin que ello conduzca a considerar que no tenía que cumplir al finiquito del contrato con sus obligaciones legales como empleadora.



En cuarto lugar, porque no es lógico que una persona por “*simple solidaridad y cariño*” asegure haber liquidado las prestaciones sociales de una persona que prestaba sus servicios, lo cual en el proceso fue completamente desmentido.

En quinto lugar, porque el hecho de que la parte demandada pasara buena parte del tiempo fuera de la ciudad no significa que no pudiera, a través de diferentes formas, supervisar lo que la demandante hacía en su propia residencia, ni puede aumentar una duda sobre la configuración de un contrato de trabajo. Esto era carga de la parte demandada, y no puede ser objeto de una suposición. Mucho menos el hecho de que para el año **2016** recibiera una remuneración en dinero equivalente casi al doble del salario mínimo legal diario de la época, en razón a que no por el solo hecho de ser trabajo doméstico quiere decir que la fuerza de trabajo pueda ser menospreciada para catalogarlo en el grupo de trabajadores que devenga menos o mínima remuneración. Es un trabajo, y al margen del costo de la fuerza de trabajo, son las partes las que determinan cuánto se paga por beneficiarse de ella, de acuerdo a la periodicidad de la prestación de ese servicio, ya que no es lo mismo trabajar mensualmente a hacerlo por días.

En sexto lugar, considero que tampoco puede avalarse que la empleadora “*pudo creer*” que en ese monto iban los incluidos los derechos prestacionales que le correspondían a la trabajadora, porque no basta con creer, sino con acreditar que, por lo menos, lo pactó de esa manera con la demandante, situación que aquí no aconteció. Una cosa es creer que están incluidos unos montos en una suma dineraria, y otra muy diferente es probar que dentro de una remuneración están incluidos ciertos rubros, o pudieron estar incluidos, pero porque se conversó esa situación con la demandante. Recuérdese que en la práctica la remuneración del trabajo por días se estipula entre las partes por el día del servicio, a modo de ejemplo, si una persona cobra \$70.000 por el día de servicio, no hay forma de entenderse que se saldaron las acreencias laborales porque el salario mínimo diario era inferior, si no quedó evidencia de que así hubiera sucedido.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Martha R. Ospina G.
MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-005-2020-00346-01
Demandante: **CARLOS EDUARDO MATAJIRA SANTOS**
Demandado: **IMOCOM S.A.S.**

En Bogotá D.C. a los **22 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, que erigió en legislación permanente el Decreto 806 de 2020, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por el demandante y la accionada, respectivamente, contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

CARLOS EDUARDO MATAJIRA SANTOS demandó a **IMOCOM S.A.S.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las sumas que señala por concepto de comisiones causadas y no canceladas durante el período comprendido entre el 2007 y el 2017 y que corresponden a la cifra de ventas de la sociedad demandada; así como la sanción moratoria del artículo 65 del CST, por el no pago pleno de salarios y comisiones a la terminación de la relación laboral; la reliquidación de vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta “...que no se cancelaron

los salarios reales como lo fueron las comisiones por las ventas netas generadas a favor de mi poderdante y que comprende los periodos 2007 a 2017 y teniendo en cuenta el peritaje de 3 de septiembre de 2019...”; la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 “...por no haber consignado el valor del aporte de pensión entre el 02 de enero de 2002 y hasta el 05 de mayo de 2017 conforme al valor real del ingreso base de cotización por cuanto el mismo no corresponde al valor mensual de contrato el cual se constituía con el salario básico más las comisiones por las ventas netas generadas a favor de mi poderdante...”; la indemnización por rompimiento unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que el accionante suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 5 de mayo de 1997, para desempeñar el cargo de *Ingeniero de Proyectos*, el salario estaba compuesto por un básico de \$1.000.000 y comisiones calculada sobre la utilidad bruta “...la cual es la diferencia entre el precio de venta final y los costos directos tanto externos como locales, incluyendo mano de obra, suministros, transporte, mediante la siguientes tabla de comisiones sobre LINEA DE OLIPASTOS DE CABLE, NEGOCIOS DE IMPORTACIÓN DIRECTA, NEGOCIO DE VENTA LOCAL EN PESOS...”; “...tablas con negocios con participación única y exclusiva del titular en negocios de importación directa 6% y en negocios de venta local 3% y en negocios con participación de titular con otros en negocios de importación directa 4% y en negocio de venta local 2%...”.

Dice que el 1° de enero de 1998 suscribió nuevo contrato continuando en el mismo cargo a salario integral y el salario variable continuó cancelándose y pagándose mediante la tabla referida; el 1° de enero de 2002 con cláusula adicional se pacta con la demandada que las comisiones serán calculadas ya no sobre la utilidad bruta sino sobre el valor recaudado, es decir, el valor de la venta antes del impuesto del IVA; posteriormente se modifica el salario integral y se pacta nuevamente salario básico y comisiones.

Refiere que, con el objeto de cancelar las comisiones devengadas en virtud de las ventas netas realizadas, tanto nacionales como internacionales se le ordenó crear una sociedad la cual se denominó TEAS S.A.S. a través de la cual realizaban el pago parcial de estas comisiones; durante la vigencia de la relación

laboral, la demandada no aportó a seguridad social teniendo en cuenta el salario realmente devengado, ya que omitió cancelar el aporte sobre las comisiones reales que debían ser pagadas.

Precisa que, el 5 de mayo de 2017 fue llamado a descargos de manera verbal por la causal *conflicto de intereses*, y en esa misma fecha le dio por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa, “...no se le permitió ejercer su derecho de defensa ni se llevó a cabo la diligencia de descargos anteriormente mencionada, vulnerando el debido proceso y el derecho de defensa...”; su último salario básico certificado a 30 de octubre de 2018 fue la suma de \$7.284.000 mensuales; mediante prueba anticipada practicada con intervención de perito en el Juzgado 46 Civil Municipal de Bogotá, se encontraron las cifras sobre sueldos y comisiones de ventas que relaciona en el hecho 14, así como de las ventas netas de la línea de movimiento de materiales, donde se encontraba el actor, y se estableció el total de comisiones entre el 2007 y 2017, que relaciona en el hecho 15 (fls. 3 y 4 PDF 01)

Considera que, debió recibir por comisión de los últimos 10 años, la suma de \$6.289.950.000 con un 3% atendiendo la imposibilidad del auxiliar de la justicia de discriminar otros porcentaje en atención a que en la contabilidad de IMOCOM no reflejan detalles de negocios con participación única y exclusiva del titular y negocios con participación del titular y otros funcionarios; que de dichas comisiones la accionada no realizó los aportes a salud ni a pensión en su totalidad; el 12 de febrero de 2020 presentó derecho de petición e interrupción de la prescripción, que fue respondido por la convocada el 4 de mayo siguiente -2020- (PDF 01).

La demanda fue repartida al **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, autoridad judicial que, con proveído de 19 de noviembre de 2020, la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 04).

La sociedad demandada **IMOCOM S.A.S.**, dentro del término legal y por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a las

pretensiones, señalando que *“...mi representada le pagó al señor Carlos Eduardo Matajira Santos, en adelante -el demandante- o -el actor-, la totalidad de las comisiones causadas y exigibles a su favor, de acuerdo con las condiciones efectivamente pactadas entre las partes, durante la vigencia y tras la terminación del contrato de trabajo que las unió...”*, aclaro que *“...➤ La base para calcular las comisiones del demandante no era el valor de las “ventas” efectuadas por Imocom, sino el valor de las “utilidades brutas” obtenidas por la línea de negocios a la cual se encontraba adscrito el actor.- ➤ Las “utilidades brutas” a su vez correspondían a la diferencia entre el precio de venta y los costos directos asociados a la operación, lo cual se expresa en la siguiente fórmula: precio de venta – costos directos = utilidad bruta. - ➤ En razón a las actividades propias e inherentes al cargo del demandante, este tenía la capacidad de intervenir e influir con plena autonomía – sin restricción alguna – en todas las etapas de las operaciones comerciales de su línea de negocios, incluyendo la negociación y determinación de los costos, gastos y precios de venta con los clientes. En otras palabras, el propio actor tenía el control de todos los factores que al final le permitían obtener un mayor o menor valor de comisión,- ➤ De igual modo, en el ejercicio de su cargo el actor tenía la función de calcular y presentar a Imocom la liquidación de sus comisiones, de manera que los valores que pagó mi representada por ese concepto a lo largo de la relación laboral, fueron tasados por el mismo demandante...”*; que también se debe tener en cuenta el fenómeno de la prescripción, que para el caso concreto aplica; y que *“...llama la atención el demandante no hubiese expresado siquiera un atisbo de inconformidad en relación con esta pretensión a lo largo de tantos años de la relación laboral y que lo hiciera solo casi llegando al límite de la prescripción, máxime teniendo en cuenta la considerable suma que está reclamando. Incluso, el 4 de febrero de 2011 el actor suscribió un acuerdo transaccional mediante el cual, entre otros aspectos, declaró a mi representada a paz y salvo por motivo de unos pagos percibidos a título no salarial durante el tiempo transcurrido de la relación laboral y acordó modificar la modalidad salarial, pasando de salario integral a salario ordinario, sin que se hubiese reflejado salvedad alguna en relación con el modo de calcular las comisiones...”*; considera que el comportamiento del actor riñe en la negligencia, dado que no hay razón plausible para que una persona que ocupa un cargo de nivel gerencial, como ocurría con el demandante, *“...pase por desapercibido durante tanto tiempo un menor valor de sus ingresos salariales como el que se propone en la demanda, en especial cuando él mismo era el encargado de realizar la liquidación de sus comisiones como se indicó anteriormente...”*.

Reitero, que la sociedad le pagó al demandante la totalidad de las comisiones causadas y exigibles a su favor, en vigencia y tras la terminación de la relación laboral que existió entre las partes; en el acápite de HECHOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, sostuvo que la terminación del contrato se dio de manera unilateral y con justa causa, ya que *“...Hacia el mes de abril de 2017, mi*

representada tuvo conocimiento de que (i) el demandante era socio de otra empresa llamada «American Steel Construction Colombia S. A. S.», la cual se dedicaba a la construcción y comercialización de estructuras metálicas y de concreto, actividades similares a las desarrolladas por Imocom, y (ii) en la presentación comercial de la referida sociedad supuestamente era contratista de Imocom, a pesar de que en la realidad jamás había existido nexo contractual alguno entre las dos compañías...»; que dichas situaciones no fueron reportadas por el demandante conforme se lo exigía la *Política de Control sobre Comportamiento Ético y Relevación de información*, adoptada por la accionada e informada a sus trabajadores en febrero de 2016; por lo que sin estar obligada a hacerlo, convocó al demandante a rendir diligencia de descargos, la cual se practicó el 5 de mayo de 2017, en la cual “...A modo sintético, el demandante en la diligencia de descargos se limitó a ofrecer respuestas evasivas en relación con las faltas cometidas y objeto de reproche por parte de Imocom...”; **dado que** “...el actor ha debido revelar a Imocom las circunstancias descritas en relación con su calidad de socio y las actividades ejecutadas por «American Steel Construction Colombia S. A. S.», dado el ostensible conflicto de intereses que le podía ocasionar perjuicios a Imocom, lo cual no sucedió así e incluso fue negado por el actor durante la diligencia de descargos que se le practicó el 5 de mayo de 2017...”; **por tanto**, “...el demandante desatendió uno de los parámetros fijados para el adecuado cumplimiento de su labor, consistente en informar cualquier situación que pudiese ocasionar conflicto de intereses entre sus actividades privadas y las desarrolladas por Imocom, lo que a su vez constituye una violación grave de sus obligaciones legales y particulares como trabajador...”; y el 5 de mayo de 2017 la accionada hizo entrega de la comunicación mediante la cual le informó la decisión de terminar el contrato con justa causa, debido a la violación grave de las obligaciones legales que le incumben como trabajador.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Falta de causa, Inexistencia de las obligaciones demandadas, Cobro de lo no debido, Buena fe de la accionada, Prescripción, Compensación (PDF 07).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 2 de septiembre de 2021, resolvió:

“...PRIMERO: CONDENAR a IMOCOM SAS a reliquidar a favor del señor CARLOS EDUARDO MATAJIRA SANTOS, los aportes al sistema de seguridad social en pensión a partir del 1 de enero de 2007 al 5 de mayo de 2017, teniendo en cuenta el tope máximo

de 25 SMLMV, junto con los intereses moratorios y a satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el actor.

SEGUNDO: ABSOLVER a IMOCOM SAS., de las demás pretensiones de la demanda. Declarando parcialmente probada la excepción de prescripción, sobre las comisiones causadas hasta 2016 y la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la indemnización por despido sin justa causa y sanción moratoria.

TERCERO: COSTAS a cargo de **IMOCOM SAS.** Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes...”.

III. RECURSO DE APELACION

Inconformes con la decisión, los apoderados de las partes interponen y sustentan el recurso de apelación, en los siguientes términos:

➤ Parte demandante:

“(...) Gracias señor juez, de antemano pido y solicito se interponga el recurso de apelación ante el tribunal de Bogotá Sala laboral para que por favor sea tenido en cuenta todas y cada una de las pruebas obrantes dentro del proceso y si de ser posible se pudiese tener en cuenta el testimonio del señor Pablo Etter, quien fue la persona con quien coordinaba los pagos y llamado mal aquí debajo de cuerda, y que eran patrones expresamente conocidos por las partes, e igualmente se tenga en cuenta de que si bien es cierto a él lo despidieron el día 5 de mayo del 2017 habían ventas ya programadas como lo eran las hechas a la sociedad Portuaria de Buenaventura, contrato 2068 del 2016 que tuvo un valor de \$1.040.000.000 y que era un contrato que se ejercería del 30 de abril de 2017, un mes antes y tenía terminación en diciembre de 2017, que si no lo tuvo en cuenta el perito también no es que la empresa no le manifestó que existiera dicho perito (sic) para poder proceder a la liquidación de esas comisiones, lo cual quedaría aproximadamente pendientes las comisiones sobre estos diez mil millones de pesos; e igualmente de que se tenga en cuenta lo prescrito en la sentencia C-593 del 2014 lo que hace referencia al proceso disciplinario el cual fue violentado por parte de la demandada IMOCOM. En esos términos le solicito al señor juez se conceda el derecho de apelación ante el tribunal para que se revisen y se tengan en cuenta mis pretensiones. muchas gracias...”.

➤ La sociedad accionada:

“(...) Si señor juez, manifiesto respetuosamente al despacho que interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por su señoría, en el sentido que no está conforme mi representada con la condena el pago de aportes a la seguridad social sobre supuestas comisiones impagadas al trabajador, en primer lugar cómo se ha manifestado pues a lo largo de todo el proceso la liquidación de comisiones se hacía al trabajador era sobre las utilidades brutas y sobre las utilidades brutas se le pagaron las comisiones y se le pagaron los aportes a la seguridad social durante toda su relación laboral, en ese orden de ideas no se le estaría adeudando ningún pago de seguridad social, la manifestación hecha pues por el despacho en el sentido de que la cláusula del año 2002 firmado por el señor Ribero era la que es válida, el despacho no ha tenido en cuenta medios cruzados entre las partes, en particular uno en enero del 2017 en que la señora Martha Mendoza se cruza un email con el señor Matajira y en donde el señor Matajira le dice, sí estoy conforme en absolutamente de todo respecto de los pagos de las comisiones hasta el 2015, págume solamente un saldo que considero que está pendiente y todo queda cerrado inclusive hasta el 2015; y hay otras serie de documentos que ahora se me

escapan, pero que los haré valer en el tribunal respecto de este mismo argumento, el mismo señor Matajira como lo ha manifestado su señoría en su declaración señala que él efectivamente liquidaba su comisión sobre las utilidades brutas y no las liquidaba sobre las ventas recaudadas. Diciendo el profesional del derecho con su señoría, en cuanto a que las comisiones sobre ventas recaudadas se puedan pagar después, si se pueden pagar después en la medida en que así se hayan pactado sobre ventas, pero no si se ha pactado que hasta la fecha de terminación del contrato es cómo se liquidan, así es como se deben liquidar y entonces lo que se ha esgrimido sobre el negocio de la sociedad portuaria de buenaventura no podría ser objeto de comisiones y pues muy bien lo dijo su señoría, que si en el peritazgo el perito dispuso que sacó la cuenta de las ventas realizadas en el 2017 cuando ya estaba cerrado el ejercicio y no aparecen más, pues no debían existir ventas adicionales; eso debe llevar su señoría a que mi representada resulte absuelta de esos pagos de aportes a la seguridad social; y en el evento remoto que se condenara a que los pagara, pues debo hacer una apelación parcial si se pudiere decir, en el sentido de que las cuentas no se deben tomar desde el primero de enero del 2017 sino que del 2007, sino que se deben tomar desde el 6 de mayo del 2007 por que son los últimos 10 años de servicios del trabajador para el cálculo de esos aportes a la seguridad social si, y entonces pues se deben tomar desde el 6 de mayo 2007 hasta el 5 de mayo del 2017 que es con lo que se contabilizan los últimos 10 años cotizados. Dejó en este sentido circunscrito pues mi recurso de apelación y de manera respetuosa como siempre es mi costumbre señor juez.

El Juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01 Cdo 02 SegundaInstancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 04 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 17 de enero de 2023 (PDF 07 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada, presentó alegaciones en segunda instancia, previamente a disponerse el traslado respectivo para tal efecto, que lo fue mediante auto de 19 de agosto de 2022, notificado por anotación en estado No. 148 de 22 de agosto siguiente (PDF 04 Cdo. 02 SegundaInstancia) allegando el correo respectivo el “...jueves, 8 de diciembre de 2021 3:41 p.m.” (PDF 04); circunstancia ésta que, no es óbice para atender lo argumentado en dicha oportunidad; quien solicita se revoque parcialmente la decisión de primer grado; para lo cual, luego de transcribir la parte resolutive de la misma, sostuvo:

“(...) En la oportunidad procesal correspondiente, el suscrito apoderado interpuso recurso de apelación, con el fin de que el fallo reseñado sea revocado en su numeral primero, de acuerdo con las siguientes razones:

(ii). El ad quo (sic) basa su decisión exclusivamente en que existió una comunicación de fecha 22 de marzo de 2002, dirigida al demandante en la que le manifestaron que sus comisiones se liquidarían sobre el valor de la venta recaudada, es decir el valor de la venta antes del impuesto al valor agregado (IVA), sin embargo, tal y como se evidencia de muchas otras piezas procesales, el pago se realizaba al demandante sobre las utilidades brutas de su línea de negocio es decir sobre las ventas restando los costos, involucrados en la operación.

En la declaración de parte rendida por el señor Carlos Eduardo Matajira, reconoce que así se efectuaba el pago debido (sic) a que se comprobó el conflicto de interés existente entre las partes, siendo que el señor Matajira era propietario de una empresa llamada American Steel Construction, con el mismo objeto social de la línea de negocios para la cual trabajaba en IMOCOM S.A.

De acuerdo con lo anterior, se solicita respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, se sirva revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda...” (PDF 067 Cdo. 02Segunda Instancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, se advierte que no existe ninguna controversia respecto a los siguientes supuestos: *i)* que el demandante fue vinculado a la sociedad accionada a través de contrato de trabajo a término indefinido, entre el 5 de mayo de 1997 y el 5 de mayo de 2017, desempeñando inicialmente el cargo de *Ingeniero de Proyectos* y como último el de *Gerente de la línea de movimiento de materiales* adscrito a la División de Metalmecánica de la accionada, con un salario mensual inicial de \$1.000.000, y el reconocimiento de comisiones variables; a partir del 1° de enero de 1998 se convino el pago a través de salario integral, recibiendo \$2.860.000, y posteriormente se retornó al salario ordinario, siendo la última cuantía del salario básico mensual \$7.284.000; *ii)* que el trabajador fue convocado a diligencia de descargos, la cual se llevó a cabo el 5 de mayo de 2017; *iii)* que, mediante carta de la misma fecha -5 de mayo de 2017-, la

accionada le comunicó la decisión de terminar el contrato de trabajo aduciendo una justa causa; como se colige de la contestación de la demanda (fls. PDF 07); y se corrobora con documentos como el contrato de fecha 5 de mayo de 1997, en el que se estableció un salario de \$1.000.000 y el ANEXO 1 de fecha 5 de mayo de 1997 donde se acordó el pago de comisiones, en los términos allí indicados, (fls 6 a 10 PDF 02 y 1 a 5 PDF 10); contrato de 1° de enero de 1998, que estableció *salario integral* como remuneración; y la CLAUSULA ADICIONAL A LOS ANEXOS DEL CONTRATO DE TRABAJO DE CARLOS EDUARDO MATAJIRA, de 22 de marzo de 2002, en la que se indica “...Entre nosotros, JUAN FERNANDO RIBERO TRUJILLO en representación de la empresa IMOCOM S.A. y el Señor CARLOS EDUARDO MATAJIRA en calidad de trabajador de la misma hemos convenido por mutuo consentimiento lo siguiente: Que a partir del 1 de Enero de 2002, las comisiones recibidas por el Señor CARLOS EDUARDO MATAJIRA pactadas en el contrato de trabajo y los anexos, serán calculadas sobre el valor de la venta recaudada, es decir el valor de la venta antes del Impuesto al Valor Agregado (IVA). - Las partes aclaran que el presente acuerdo no constituye desmejora en las condiciones actuales del trabajador...” (fls. 11 a 13 PDF 02, y 7, 8 PDF 10); ACTA DE ACUERDO TRANSACCIONAL celebrado entre las partes el 4 de febrero de 2011 (fls. 8 a 11 PDF 10); ADICION AL CONTRATO DE TRABAJO, de fecha 12 de noviembre de 2004, donde adicionan el contrato con cláusulas de “...EXCLUSIVIDAD – LEALTAD – CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN – SEGURIDAD Y COMPROMISO e INCUMPLIMIENTO...”, precisándose en esta última “...Las partes convienen expresamente que el incumplimiento de cualquiera de las cláusulas incorporadas al contrato de trabajo mediante esta adicción, se considera para todos los efectos legales y contractuales como falta grave que habilita para la terminación del contrato en forma unilateral por justa causa; sin perjuicio de la responsabilidad de cualquier naturaleza pudiera acarrearle al TRABAJADOR por los perjuicios causados al EMPLEADOR...” (fl. 13 PDF 02); OTRO SI AL CONTRATO DE TRABAJO MANEJO DE CAJAS MENORES de 24 de septiembre de 2010 (fl. 15 PDF 02); comprobantes de nómina, en donde se refleja el reconocimiento de COMISIONES NREBS y COMISION GARANTIZADA entre otros conceptos, pagándole por las primeras valores de \$20, \$30, \$40, \$50 millones de pesos entre otros montos, y por las segundas la suma fija de \$6.695.000 (fls. 12 a 62 PDF 10); la carta de terminación del contrato, de 5 de mayo de 2017, en la que se indica “...La presente tiene por objeto comunicarle que, luego de la (sic) evaluar los hechos que a continuación se indican y por los cuales usted fue citado a una diligencia en la que expuso sus explicaciones y se garantizó el debido proceso, la empresa ha concluido que usted ha incurrido en una grave violación a sus obligaciones legales y contractuales que constituyen justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo decisión que se hará efectiva a

partir del momento de la entrega de la presente comunicación, mayo 5 a las 12:20 AM...” (fls. 4 y 5 PDF 02); la liquidación del contrato (fls. 63 y 230 PDF 10) y; las certificaciones laborales, expedidas por la Gerente de Gestión Humana, los días 8 de mayo de 2017 y 30 de octubre de 2018 (fls. 70 y 229 PDF 10); entre otros documentos militantes en el expediente.

Igualmente, quedo demostrado que al accionante se le citó a descargos, se adelantó la respectiva diligencia y se escuchó las explicaciones de éste respecto de las razones expuestas por la compañía para el adelantamiento de dicho trámite; como se advierte de la comunicación que se enuncia como INVITACIÓN A EXPLICAR HECHOS EVIDENCIADOS, en la que se indica “...Por medio de la presente comunicación nos permitimos invitarlo a explicar el día 5 de mayo- algunos hechos evidenciados por la compañía y que constituye un presunto conflicto de interés que no fue reportado, el cual se encentra relacionado con su participación en la sociedad AMERICAN STEEL CONSTRUCTION COLOMBIA S.A.S....”; a su vez se menciona que le hacen entrega de las pruebas que allí se relacionan, y le informan “...que la omisión en el reporte del conflicto de interés en el que usted se encuentra presuntamente inmerso constituye una violación a la política de control sobre comportamiento ético y revelación de información que constituye una violación grave a las obligaciones laborales...” (fl.190 PDF 10); documento denominado EXPLICACION DE HECHOS EVIDENCIADOS, de fecha 5 de mayo de 2017, en el que se indica “...Se aclara que la presente diligencia se lleva a cabo con el fin de garantizar el debido proceso y derecho de defensa y para dar cumplimiento a las normas del CST y del Reglamento Interno de Trabajo sobre verificación de faltas laborales de acuerdo con la citación previa de fecha cinco de mayo de 2017 y con el fin de oír y registrar los descargos del trabajador por la presunta falta a conflicto de interés que no fue reportado el cual se encuentra relacionado con su participación en la sociedad AMERICAN STEEL CONSTRUCTION COLOMBIA S.A.S....” (fls. 1 a 3 PDF 02 y 191 a 193 PDF 10) y; el ACTO CONSTITUTIVO de la sociedad AMERICAN STEEL CONSTRUCTION COLOMBIA S.A.S. – SIGLA A.S.C. COLOMBIA S.A.S., con la cual se advierte que el demandante, es socio de la misma junto con los señores Manuel Mauricio Matajira Santos y Diego Alberto Londoño Gómez, con una participación accionaria igual para todos; cuyo objeto social principal es “...LA FABRICACION Y COMERCIALIZACIÓN DE ESTRUCTURAS METÁLICAS Y DE CONCRETO. Así mismo, podrán realizar cualquier otra actividad económica lícita tanto en Colombia como en el extranjero. – La sociedad podrá llevar a cabo, en general, todas las operaciones, de cualquier naturaleza, que ellas fueren, relacionadas con el objeto mencionado, así

como cualesquiera actividades similares, conexas o complementarias o que permitan facilitar o desarrollar el comercio o la industria de la sociedad...” (fls. 16 a 33 PDF 02 y 194 a 217 PDF 10).

Por consiguiente, el debate en esta instancia se centra en determinar, si: **(i)** acertó el juzgador de instancia al darle validez a la *cláusula adicional a los anexos del contrato* de fecha 22 de marzo de 2002, que determina la forma de liquidar las comisiones o en su defecto, es errado el alcance que dio el *a quo* a dicho documento como lo sostiene la parte demandada; **(ii)** hay lugar a la reliquidación de los aportes a seguridad social; **(iii)** quedó pendiente reconocimiento alguno por comisiones a favor del demandante, como lo asegura su apoderado judicial, o por el contrario, las mismas fueron pagadas según la pasiva, y; **(iv)** se dio la vulneración al debido proceso del accionante como lo afirma su gestor judicial.

Sobre el primer cuestionamiento, esto es la forma de liquidar las comisiones que se le reconocían al trabajador, sostiene la parte accionada apelante que dicha liquidación “...era sobre las utilidades brutas y sobre las utilidades brutas se le pagaron las comisiones...”. Se advierte, en el ANEXO 1 del contrato de trabajo celebrado el 5 de mayo de 1997, que las partes acordaron que el actor recibiría además de un básico mensual de \$1.000.000, comisiones; determinando la forma y los porcentajes en que se distribuirían éstas, al señalar que las mismas recaerían sobre “...**1. LINEA POLIPASTOS DE CABLE:** en donde se entiende como línea polipastos de Cable: suministro de equipos de cable nuevos, modernizaciones, accesorios o repuestos de los mismos sobre la utilidad de los mismos. – **A. NEGOCIOS DE IMPORTACIÓN DIRECTA:** Se entiende por negocios de importación directa aquellas que EMICOM S.A. actúa como agente comercial de proveedores, recibiendo una comisión de esta venta. –La utilidad bruta se obtiene deduciendo de esta comisión los costos directos tanto externos como locales, incluyendo: Mano de obra, materiales, transportes, etc., para estos negocios se liquidará en pesos colombianos a tasa representativa vigente el día de cruce de cuentas. – **B. NEGOCIOS DE VENTA LOCAL EN PESOS...**Se entiende por negocios de venta local aquellos en que IMOCOM S.A. factura localmente en pesos el valor total del negocio. **La comisión se calculará sobre la utilidad bruta** la cual es la diferencia entre el precio de venta final y los costos directos tanto externos como locales, incluyendo mano de obra, suministros, transporte, etc...”; comisiones que se reconocerían teniendo en cuenta variables tales como si el negocio era con participación única y exclusiva del titular, de importación directa

un **6%**, si era de venta local el **3%**; o si era *negocios con participación del titular y de otros funcionarios de Imocom S.A.*, por importación directa el **4%** y por venta local el **2%**. (resalta y subraya la Sala, fls. 8 y 9 PDF 02).

El 22 de marzo de 2002, las partes celebraron una CLAUSULA ADICIONAL A LOS ANEXOS DEL CONTRATO del demandante, en la que de mutuo convencimiento, convinieron: "...Entre nosotros, JUAN FERNANDO RIBERO TRUJILLO en representación de la empresa IMOCOM S.A. y el Señor CARLOS EDUARDO MATAJIRA en calidad de trabajador de la misma hemos convenido por mutuo consentimiento lo siguiente: **Que a partir del 1 de Enero de 2002**, las comisiones recibidas por el Señor CARLOS EDUARDO MATAJIRA pactadas en el contrato de trabajo y los anexos, **serán calculadas sobre el valor de la venta recaudada, es decir el valor de la venta antes del Impuesto al Valor Agregado (IVA)**. - Las partes aclaran que el presente acuerdo no constituye desmejora en las condiciones actuales del trabajador..." (resaltado fuera de texto, fl. 13 PDF 02).

Sobre este aspecto, coligió el juzgador de instancia "...Dicho esto, efectivamente se puede concluir razonablemente que las comisiones estaban atadas era a la venta recaudada, que a la voz de lo que señala efectivamente tanto el contador como el representante legal, el contador que responde al nombre de Eliecer Ospina, efectivamente son modos y son formas efectivamente diferentes de liquidar una comisión; mientras que una comisión liquidada con base en la utilidad bruta, debe descontarse el costo de producción, es decir de la elaboración del producto, de sus gastos de lanzamientos para que nos de la utilidad bruta contablemente hablando, la comisión calculada sobre el valor de venta antes de IVA, pues es el que se facturó antes de IVA..."

Entonces, de lo señalado hasta ahora, no surge dificultad alguna en cuanto a considerar, como lo hizo el operador judicial de primer grado, que efectivamente a partir del año 2002, se varió o modificó la forma de liquidación de las comisiones que debían ser reconocidas al trabajador demandante; ya que las mismas partes determinaron por mutuo consentimiento, de manera libre y atendiendo la autonomía de la voluntad, que aquellas serían calculadas o liquidadas sobre el valor de la venta recaudada; fue lo acordado en la cláusula adicional, sin que, como igualmente lo refirió el *a quo*, dicha documental hubiere sido desconocida o tachada por la parte accionada en los términos de los artículos 269 y 272 del CGP; por consiguiente tiene pleno valor probatorio y, se reitera, acredita el cambio en la liquidación de las comisiones del accionante a partir de la data referida.

Y es que la misma Gerente de Recursos Humanos de la sociedad demandada –Martha Delia Mendoza Rodríguez-, preciso en su declaración que, para cada unidad de negocio había unas condiciones acordadas con cada Gerente para el pago de las comisiones, que *“...esto estaba pactado y estaba en las hojas de vida de cada uno, así que asumo que, con su jefe pactan cuáles son las condiciones dependiendo del tipo de negocio...”*; coligiéndose que, lo establecido en la cláusula adicional del contrato del demandante, como allí se indica, es la manifestación de la voluntad de los contratantes, por lo que se constituye en ley para las partes y no podía ser desconocido, en este caso por la pasiva, bajo la consideración que era que a todos se les liquidaba y pagaba por utilidad siempre *“...si es gerente de unidad de negocios es sobre la utilidad del negocio...”*; como lo indicó la testigo Mendoza Rodríguez.

Así, la mencionada testigo refirió sobre ese tópico *“...A ver doctor en IMOCON, o sea no sé si pues en el transcurso del proceso hayan dado claridad, IMOCON funciona en su momento con líneas de negocio, cuando yo ingrese a la compañía en este momento se llaman unidades de negocio, cada negocio, cada unidad o líneas de negocio, tiene un gerente que maneja todo lo que tiene que ver con esa unidad de negocio, entonces de acuerdo al negocio por qué son diferentes o sea en su momento pues el señor Matajira era el gerente de la unidad de negocio de fabricación que se llamaba movimiento de materiales que era la única unidad de negocio que tenía fabricación y las demás pues son compra y venta, y cada gerente de unidad tiene unas condiciones de cómo reciben su variable por qué están compuestas por Fijo y variable estas comisiones pero si hay un común denominador en todas las unidades de negocio y es que se cancela por la utilidad del negocio, siempre eso no cambia desde que la persona sea la cabeza de la unidad de negocio eso no cambia...”*; precisando *“...Pues doctor cuando yo llegue –año 2010-, le comento lo que estaba, para cada unidad de negocio habían unas condiciones acordadas con cada gerente de unidad donde le decían que porcentaje le pagaban sobre la utilidad del negocio, no era igual para todas las unidades de negocio, el común denominador es que siempre era por utilidades, porque ellos funcionan, o sea como para darle una referencia es como si fuera una empresa chiquita donde usted es el gerente general entonces usted responde por encontrar la gente, usted responde por la venta, usted responde por absolutamente todo lo que tiene que ver de esa unidad de negocio y usted gana por la utilidad...”*

Ahora, la circunstancia que como lo sostiene la parte demandada, siempre se le hubieron calculado las comisiones al accionante sobre *“...la utilidad bruta...”*, como se había definido al comienzo de la contratación, sin que éste, quien se encargaba de realizar la liquidación de sus comisiones y verificarla con su jefe inmediato, hubiera efectuado algún reclamo o manifestación sobre este aspecto,

no lleva a considera que estaba aceptando tal situación y por ende, no hay lugar a la reclamación elevada en esta oportunidad; por cuanto conforme el artículo 14 del CST, los derechos y prerrogativas concedidos en las disposiciones legales que regulan el trabajo humano, son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley; por lo que al no reconocerse las comisiones en los términos pactados, las cuales son constitutivas de salario conforme el artículo 127 del CST; se tornan en el mínimo de derechos y garantías consagrados a favor del trabajador y, por consiguiente, no pueden ser desconocidos.

Obsérvese que el actor, refirió *“...Señor juez yo lo hacía en conjunto con mi jefe inmediato que era Pablo Heter, los dos nos sentamos y acordábamos la liquidación...”*; que se reunían con tal propósito *“...cada año, a veces dos a veces tres años...”*, que dicha liquidación *“...En un principio se hicieron sobre utilidad porque eso era lo que establecía el contrato después del 2002 al principio fue sobre utilidad porque nos basamos sobre el mismo formato y cuando caí en cuenta que yo ni siquiera caí en cuenta sino por la propia empresa entonces hay unos montos que se están adeudando pero como bien lo dice Martha yo era una persona de confianza yo confiaba totalmente en la empresa entonces yo decía bueno eso lo cuadramos algún día, para mi yo tenía mucha confianza y por eso se me pasaban dos y tres años de pasar comisiones por qué pues con el básico yo lograba solventar mis gastos básicos y estaba bien económicamente entonces yo dejaba tiempos y quedamos en que acordábamos eso y se empezó a dilatar y dilatar cuando al final no se quiso reconocer esa parte, cambiaron al gerente general y pusieron al señor Sarmiento y esa parte quedó en problemas...”*.

Por consiguiente, al admitir la demandada que realmente las comisiones causadas a favor del demandante se calculaban sobre la *utilidad bruta*, como siempre lo había hecho; lo que ratificó el representante legal y la testigo Martha Delia Mendoza Rodríguez, Gerente de Recursos Humanos de la compañía, y no en los términos definidos en la cláusula adicional del contrato, esto es *“...sobre el valor de la venta recaudada, es decir el valor de la venta antes del Impuesto al Valor Agregado (IVA)...”*, la cual, se reitera, no fue desconocida ni tachada en oportunidad por la accionada, y tenía plena validez y aplicabilidad, como se indicó líneas atrás; necesariamente surgía una diferencia a favor del trabajador, soportado en el dictamen pericial contable acompañado con el escrito de demanda (fs. 39 a 43 PDF 02) pericia que tampoco fue objetada o controvertida por la pasiva, como lo precisó

el director del proceso; toda vez que como lo expuso “...las comisiones estaban atadas era a la venta recaudada, que a la voz de lo que señala efectivamente tanto el contador como el representante legal, el contador que responde al nombre de Eliecer Ospina, ... son modos y son formas efectivamente diferentes de liquidar una comisión; mientras que una comisión liquidada con base en la utilidad bruta, debe descontarse el costo de producción, es decir de la elaboración del producto, de sus gastos de lanzamientos para que nos de la utilidad bruta contablemente hablando, la comisión calculada sobre el valor de venta antes de iva, pues es el que se facturó antes de iva...”; debiendo, por tanto, confirmarse la decisión en este aspecto.

No obstante; concluyó el juzgador de primer grado, que no había lugar a edificar condena alguna por diferencia de comisiones, habida consideración que sobre las mismas recayó el fenómeno jurídico de la prescripción que cobijaba aquellos derechos causados del año 2016 hacía atrás, atendiendo la excepción formulada por la convocada a juicio y que la parte demandante no elevó reclamación ni ejerció la acción dentro del término trienal –Arts. 488 del CST y 151 del CPTSS-; decisión ésta que no fue reprochada o controvertida por las partes.

De otra parte, respecto a lo solicitado por el vocero judicial del extremo pasivo, en el sentido que la reliquidación de aportes dispuesta no se efectuó desde “... el 1° de enero del 2017 sino ... que se deben tomar desde el 6 de mayo del 2007 por que son los últimos 10 años de servicios del trabajador para el cálculo de esos aportes a la seguridad social si, y entonces pues se deben tomar desde el 6 de mayo 2007 hasta el 5 de mayo del 2017 que es con lo que se contabilizan los últimos 10 años cotizados...”; se debe tener en cuenta, en primer lugar, que a la misma hay lugar, habida consideración de sobre los aportes a pensión no recae el fenómeno prescriptivo, como quiera que el derecho a la seguridad social y, por ende, los aportes respectivos que conforman el capital de la futura pensión son irrenunciables e imprescriptibles –Art. 48 C.P-, aunado a que se determinó la validez y aplicabilidad de la cláusula adicional al contrato que establecía la manera de liquidar las comisiones, motivo que origina la diferencia por este concepto que conlleva la reliquidación ordenada. En segundo término, el *a quo* dispuso que el pago de la diferencia por los aportes a pensión, debía hacerse , “...teniendo en cuenta el tope máximo, el tope límite para cotizar al sistema de seguridad social en pensiones de acuerdo a cada año, ... a partir del 1° de enero de 2007 que es el marco del dictamen, por tanto se tiene el valor de las ventas y por tanto de las comisiones reales, hasta la fecha

de terminación del contrato, 5 de mayo de 2017, este periodo de tiempo de 2007 a 2017 ya lo cubre la reforma de la 797 de 2003, por lo tanto allí, el tope máximo será de 25 salarios mlmv, esto junto con los intereses moratorios y a satisfacción de la entidad de seguridad social en pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante...”; IBC que no fue motivo de reparo por los apelantes, específicamente por la parte accionada.

En ese orden, se observa que lo pretendido por el recurrente en el sentido que la reliquidación se calcule sobre los últimos 10 años de servicios del trabajador *...y entonces pues se deben tomar desde el 6 de mayo 2007 hasta el 5 de mayo del 2017 que es con lo que se contabilizan los últimos 10 años cotizados...”; no es procedente, dado que, si bien para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la acreencia pensional, conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se hace sobre “...el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado **durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión...**”; obsérvese que tal evento se da cuando se va a reconocer y liquidar el derecho pensional, que no es la situación aquí planteada; se trata que el empleador de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la citada Ley 100 de 1993, modificado por el apartado 4 de la Ley 797 de 2003, que contempla la obligatoriedad de las cotizaciones, durante la vigencia de la relación laboral con base en el salario realmente devengado, al prever: “...Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicio, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen...”.*

Entonces, al disponerse la reliquidación de las cotizaciones con base en lo realmente devengado por el trabajador, la misma deben comprender aquellos periodos causados durante la vigencia de la relación laboral cuyo pago no se efectuó conforme a derecho, tal como lo dispuso el a quo; en virtud de lo cual se confirmará la decisión en este sentido.

Ahora, frente a la inconformidad del apoderado de la parte actora, al señalar que para la fecha del despido del actor “...-5 de mayo del 2017- habían (sic) ventas ya programadas como lo eran las hechas a la sociedad Portuaria de Buenaventura, contrato 2068 del 2016 que tuvo un valor de \$1.040.000.000 y que era un contrato que se ejercería del 30 de abril de

2017, un mes antes y tenía terminación en diciembre de 2017, que si no lo tuvo en cuenta el perito también no es que la empresa no le manifestó que existiera dicho perito (sic) para poder proceder a la liquidación de esas comisiones, lo cual quedaría aproximadamente pendientes las comisiones sobre estos diez mil millones de pesos...”; tal situación no quedo demostrada en el expediente como lo analizó el juez de primer grado, quien sobre este aspecto razonó:

“(..)El único año no prescrito, 2017, se advierte que efectivamente como lo señala el apoderado de la parte demandada en su alegato, se advierte que para el 2017 el perito, o mejor, cual fue el valor de comisiones que debió haber recibido Carlos para el 2017, aplicando el porcentaje correcto del 2% sobre la venta recaudada, si la venta recaudada para el 2017 fue 5 mil millones, más de 5 mil millones, la comisión del 2% de esa cifra corresponde a \$100.882.000 aplicando el 2% sobre esa venta recaudada de \$5.000.044.000 exactamente, y al observar el peritaje también, se entiende que al demandante se le pagó por el 2017 \$177 millones, entonces allí en el 2017 no hay saldo a favor del señor Carlos, ni aun liquidándolas de forma correcta, claro aquí entran a jugar variables que son las que desconoce el despacho, si fue que para el 2017 la mayor parte de los negocios los que correspondían a un mayor porcentaje de comisión, si fueron negocios exclusivos de don Carlos, si fuera importación directa que se daba el 6%; entonces, pero como no tenemos esa certeza, de manera probatoria no podemos tener esa certeza como se ha indicado en repetidas ocasiones, pues se advierte que el monto de comisiones recibidos en 2017, fue mayor al que liquida el despacho aplicando el 2% sobre la venta recaudada...”.

En efecto, obsérvese que no obra medio de convicción alguna que lleve certeza de tal situación, solo se cuenta con la manifestación de la parte actora respecto al aludido negocio, sin soporte probatorio alguno. Ahora, en el dictamen pericial, se determinó por el auxiliar de la justicia en su oportunidad, unas ventas para el año 2017 en cuantía de \$5.044.000.000, y se le reconoció por concepto de comisiones en esa anualidad la suma de \$177.221.378; sin que, como también lo analizó el a quo, se pueda determinar si se trataba de *negocios con participación única y exclusiva del titular* –el demandante, de ser así, si eran de importación directa donde recibiría un 6% de comisión, o uno de venta local que le otorgaba un 3%; si se trataba de *negocios con participación del titular y otros funcionarios de Imocom S.A.*, en donde por aquellos de importación directa recibiría un 4% de comisión y en los de venta local el 2%; para establecer alguna diferencia a favor del aquí demandante.

Y es que, al no tener certeza de tales situaciones, no es factible tomar o asignar un porcentaje mayor al 2% para liquidar la comisión, como lo concluyó el juzgador de primer grado y no fue motivo de inconformidad por la parte actora;

entonces al establecerse la quantum señalado líneas atrás por ventas del año 2017 y aplicarse el referido porcentaje del 2% para obtener la comisión ($\$5.044.000.000 \times 2\% = \$100.880.000$), realmente el valor que arroja esa operación, es inferior al reconocido al demandante y que, estableció el auxiliar de la justicia ($\$177,221,378$), con base en la información contable suministrada por la sociedad accionada, peritaje que a manera de resultar insistentes, no fue puesto en entredicho u objetado por las partes.

Adviértase también que, en la liquidación del contrato, se le reconoce al demandante, la suma de \$104.000.000,00 por concepto de comisiones “NREBS” (fls. 63 y 230 PDF 10).

Por tanto, al no haber logrado demostrar el demandante, que la suma reconocida por comisiones en el año 2017, no correspondía a la que realmente debió pagársele, carga de la prueba que le competía conforme lo dispuesto en los artículos 167 del CGP y 1755 del C.C.; no queda más confirmar la decisión de instancia al respecto; circunstancia que, releva a la Sala de hacer pronunciamiento alguno frente a la manifestación del apoderado de la pasiva, en el sentido de si “...las comisiones sobre ventas recaudadas se puedan pagar después... de la terminación del contrato es cómo se liquidan, así es como se deben liquidar y entonces lo que se ha esgrimido sobre el negocio de la sociedad portuaria de Buenaventura no podría ser objeto de comisiones...”; ya que, como se indicó, no se acreditó que lo relacionado con el negocio de la Sociedad Portuaria de Buenaventura, que conllevaría el análisis correspondiente.

Finalmente, sobre la vulneración al debido proceso que alega el gestor judicial del demandante; debe precisarse que la sentencia aludida por éste C-593 de 2014, declaró exequible el artículo 115 del CST, norma que establece que antes de aplicarse una **sanción disciplinaria** el empleador debe dar oportunidad de “...ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite...”; aclarando dicho pronunciamiento que, la interpretación acorde con los postulados constitucionales, “...es aquella que impone al empleador que, en forma previa a la

imposición de cualquier sanción contenida en el Reglamento del Trabajo, debe garantizarse el respeto de las garantías propias del debido proceso...”, y señaló que los Reglamentos Internos de Trabajo deben contener unos parámetros mínimos que garanticen los derechos al debido proceso y a la defensa de los trabajadores, permitiéndoles “...conocer tanto las conductas que dan origen al castigo como su sanción, así como el procedimiento que se adelantará para la determinación de la responsabilidad...”; a su vez, dicha facultad sancionatoria del empleador “...debe ser ejercida en forma razonable y proporcional a la falta que se comete y, estar plenamente probados los hechos que se imputan...”.

Sobre este aspecto particular, vale decir el adelantamiento de un proceso disciplinario por parte del empleador cuando da por terminado el contrato de trabajo con justa causa, que es lo acaecido en el presente asunto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2351-2020, radicación 53676 del 8 de julio de 2020, indicó que el respeto al debido proceso “...es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento...”, y en ese sentido, fijó su nuevo criterio según el cual “...la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, **salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido** y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°...”. Precisó dicha Corporación, que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general, y, por tanto, el empleador “...no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, **salvo convenio en contrario**, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa...” (resaltado fuera de texto).

Bajo esos parámetros, se advierte que la obligación para el empleador del adelantamiento de un proceso disciplinario, surge cuando se pretende imponer una sanción la cual debe estar debidamente contemplada en el Reglamento Interno de Trabajo; ya que tratándose de la terminación del contrato de trabajo con base en una justa causa, que no corresponde a una decisión de carácter disciplinario, no es perentorio seguirse un trámite de tal naturaleza, a menos que el mismo se encuentre previamente establecido en el RIT o en algún otro documento del empleador, a excepción de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, pues en este caso deberá oír al trabajador previamente para garantizarle su derecho a la defensa.

Así, en el presente asunto no se acompañó documento o instrumento alguno de la accionada, donde se contemple un trámite disciplinario para efectos de la terminación del contrato de trabajo con justa causa; no obstante, se observa que, la accionada en cumplimiento de los criterios jurisprudenciales sobre la materia, en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de la parte actora, le hizo una INVITACIÓN A EXPLICAR HECHOS EVIDENCIADOS, indicando en la comunicación emitida con tal propósito: *“...Por medio de la presente comunicación nos permitimos invitarlo a explicar el día 5 de mayo- algunos hechos evidenciados por la compañía y que constituye un presunto conflicto de interés que no fue reportado, el cual se encentra relacionado con su participación en la sociedad AMERICAN STEEL CONSTRUCTION COLOMBIA S.A.S...”*; así mismo, que le hace entrega de las pruebas recaudadas por la compañía, que consisten en: *“...Certificado de existencia y representación legal de AMERICAN STEEL CONSTRUCTION COLOMBIA S.A.S. – Broschure de AMERICAN STEEL CONSTRUCTION COLOMBIA S.A.S. – Correo enviado por AMERICAN STEEL CONSTRUCTION COLOMBIA S.A.S a un potencial cliente junto con el archivo adjunto al mismo – Política de control sobre comportamiento ético y revelación de información firmado por usted...”*, y le informa *“...que la omisión en el reporte del conflicto de interés en el que usted se encuentra presuntamente inmerso constituye una violación a la política de control sobre comportamiento ético y revelación de información que constituye una violación grave a las obligaciones laborales...”* (fl.190 PDF 10).

Llevó a cabo la correspondiente diligencia, en el día señalado -5 de mayo de 2017, en la que se advierte conforme al acta denominada EXPLICACION DE HECHOS EVIDENCIADOS (fls. 1 a 3 PDF 02); que se indica que la misma se lleva a cabo *“...con*

el fin de garantizar el debido proceso y derecho a la defensa y para dar cumplimiento a las normas del CST y del Reglamento Interno de Trabajo sobre verificación de faltas laborales de acuerdo con la citación previa de fecha cinco de mayo de 2017 y con el fin de oír y registrar los descargos del trabajador por la presunta falta a conflicto de interés que no fue reportado el cual se encuentra relacionado con su participación en la sociedad AMERICAN STEEL CONTRUCTION COLOMBIA S.A.S...”; también relaciona las pruebas entregadas en la citación a descargos y puestas de presente en dicha diligencia; igualmente, se relacionan las respuestas dadas por el demandante a los cuestionamientos que le hizo la empresa, dentro de los cuales se le pregunta si conoce a la sociedad mencionada y qué relación tiene con dicha entidad, poniéndosele de presente el acta de socios en la que se le relaciona como accionista de la misma, señalando “...No he formado nada como para ser socio, di un carro, esto lo maneja mi hermano Mauricio Matajira, tengo participación la conozco, pero no aparezco en papeles. - Se presentan los documentos en la cual aparece firmando y dice no me había acordado de haber firmado nada...”; así como si es consciente que su participación en la aludida sociedad AMERICAN STEEL CONSTRUCTION COLOMBIA S.A.S., constituye un conflicto de interés, y cuales las razones para no reportar dicha situación, respondiendo “...No es conflicto de intereses por eso no lo reporté, no tenía presente porque yo entregue el carro pero no tenía presente que estaba en esa empresa...”, “...mi hermano llego y decidió montar una empresa de estructuras, no recuerdo que haya firmado pero si ahí esta y es mi firma.- Tecnoglass le ha comprado los puentes grúas a Imocom, ASC hace la estructura de la bodega...”; que si la estructura son las vigas carrilera y esas las fabrica Imocom ¿tampoco hay conflicto de intereses?, a lo que indicó “...Pues las vigas pueden ser parte del edificio o del puente grúa, y por eso las ha hecho, como parte del edificio. Por qué las vigas carrilera no es el producto final que vende Imocom sino es parte del puente grúa que vende Imocom...”, mencionando que la demandada no ha vendido vigas carrilera solas, “...Si no es parte del puente grúa, no. Nosotros competimos con los estructureros con las vigas carrilera porque son parte o de la bodega o del puente grúa...”; finalmente agregó, que “...Los proyectos de las nuevas naves a Tecnoglass se han vendido con estructura metálica...” (fls. 1 a 3 PDF 02).

Y, le comunicó o informó la determinación tomada al respecto, según carta de 5 de mayo de 2017, en la que se le comunica la decisión adoptada por la empresa al concluir que “...usted ha incurrido en una grave violación a sus obligaciones legales y contractuales que constituyen justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo...” , en la que relaciona los hechos, precisando que los mismos constituyen una violación

grave a sus obligaciones contractuales y esta decisión se ha tomado fundamentado en lo establecido en el Art. 62 literal a) numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el Artículo 58 numeral 1, política de control sobre comportamiento ético y revelación de información (fls. 4 y 5 PDF 02).

Así las cosas, como quiera que la decisión de la empresa no desencadenó en la imposición de una sanción disciplinaria, sino en la terminación del contrato de trabajo con justa causa; se considera que, el empleador no estaba obligado a seguir un proceso disciplinario para adoptar esa determinación, máxime cuando, como se indicó líneas atrás, no aparece en ningún documento de la accionada, o por lo menos no se aportó al proceso, que consagrara un procedimiento especial para terminar la relación laboral de un trabajador que incurra en una justa causa, pues recordemos que el trámite referido en la sentencia traída a colación por el apelante, hace alusión a aquellos eventos en que se imponen sanciones, decisión que se reitera, no fue la adoptada por la accionada.

Aunado a lo anterior, también se advierte que la empresa sí garantizó el derecho de defensa del trabajador previo a su despido, pues no solo lo escuchó en diligencia de descargos, dándole la oportunidad de exponer la versión de sus hechos, sino que, además, le informó previamente la conducta que se le estaba endilgando, la citó formalmente a la referida diligencia, le corrió traslado de las pruebas recaudadas por la compañía.

Y aunque el apelante repara, que todo el trámite adelantado por la compañía y que desencadenó en la ruptura del contrato del actor, se adelantó el mismo día 5 de mayo de 2017; se advierte que tal circunstancia no tiene la relevancia que quiere imprimirle el recurrente, téngase en cuenta que conforme lo señalado en la sentencia SU449 de 2020, donde se consagra como garantía obligatoria, en ejercicio de la facultad del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral y con justa causa, la de escucharse al trabajador en relación con los hechos que motivan el despido; precisando que no es exigible un procedimiento disciplinario, si el mismo no se encuentra

establecido, ya que “...si bien el trabajador tiene el derecho a cuestionar y de exponer los motivos que permitan enervar la causal, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores, **ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin** (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada. Tal posibilidad es propia del escenario judicial o del escenario acordado por las partes, en donde se realizará el examen de los motivos que dieron lugar a la terminación, ceñido a las razones específicas esbozadas por el empleador y a los cuestionamientos que se formulen por el trabajador...”, como quiera que “...**el derecho a ser oído opera como una garantía del derecho de defensa del trabajador y no como un escenario de agotamiento del debido proceso, no exigible –como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia– respecto de una facultad de carácter contractual, originada en la condición resolutoria tácita propia de los contratos bilaterales y no de un proceso sancionatorio...**” (resaltado fuera texto); y es que se reitera, en el presente asunto el trabajador tuvo la oportunidad previo a su desvinculación, de exponer su versión frente a los hechos endilgados por el empleador, aunado a que, ha contado con la posibilidad de acudir a un proceso judicial para que se califique la justeza del despido del que fue objeto, en el que se le ha dado la oportunidad de aportar y solicitar las pruebas que ha considerado pertinentes para acreditar que la causal invocada por la demandada no se configura.

En ese orden de cosas, al advertirse que la decisión de primera instancia se ajusta a derecho, como quiera que no se observó vulneración al debido proceso, se confirmará la sentencia apelada.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en el recurso.

Sin condena en costas en la instancia, habida consideración de la falta de prosperidad de ambos recursos.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS EDUARDO MATAJIRA SANTOS** contra la sociedad **IMOCOM S.A.S.** de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-011-2017-00132-01
Demandante: **MARÍA CRISTINA CAMARGO**
Demandado: **INDUMARAL LTDA.**

En Bogotá D.C. a los **22 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia proferida el 28 de abril de 2021, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

MARÍA CRISTINA CAMARGO demandó a **INDUMARAL LIMITADA**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, del 3 de enero de 1994 al 9 de diciembre de 2013, el cual terminó por decisión de la accionada sin justa causa; en consecuencia, se le condene a pagarle por el tiempo indicado, las sumas que relaciona por concepto de cesantías, intereses sobre la cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnizaciones de los artículos 64, 65 del CST, aportes a seguridad social integral –salud, pensión, riesgos laborales-, caja de compensación familiar, ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que la accionante se vinculó laboralmente con la sociedad demandada, mediante contrato escrito a término indefinido, para desempeñar el cargo de *lijadora*, devengando como salario la suma de \$660.000 mensuales más el subsidio de transporte -\$70.500; en el horario exigido y cumplido de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y sábados de 8:00 a.m. a 12:00 m.; vínculo que se mantuvo hasta el 9 de diciembre de 2013, y finalizó sin justa causa “...una vez se reintegró de su periodo de vacaciones...”; con el pago de \$1.037.082 por liquidación final de prestaciones sociales, sin que se le entregara la constancia de pago y aportes a seguridad social, pues aunque se le hacían los correspondientes descuentos parafiscales y de seguridad social, no “...se tiene certeza de que hayan sido cotizados y pagados en su totalidad...”; tampoco se le entregó la carta para el retiro de las cesantías consignadas, y a la fecha de presentación de la demanda, la accionada “...se ha sustraído del pagar la TOTALIDAD DE LO ADEUDADO ... incumpliendo así su obligación de pagar cada uno de los derechos solicitados en el acápite de peticiones...” (PDF 03).

La demanda fue repartida al Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., (PDF 06); autoridad que, con proveído de 29 de marzo de 2017, la admitió, ordenando la notificación de la demandada en los términos allí indicados (PDF 07).

La sociedad demandada **INDUMARAL LIMITADA**, dentro del término legal y por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señalando que “...han transcurrido más de 3 años desde la fecha de terminación de la relación laboral sin que la demandante haya realizado reclamación alguna Judicial o Extra - Judicial...”, respecto a la terminación del contrato, refirió que mediante Resolución No. 001 de 11 de diciembre de 2013, se le dio por terminado el contrato con justa causa, como quiera que si bien con comunicación del 17 de octubre de 2013, la empresa le había notificado a la actora la terminación del contrato sin justa causa “...debido a la liquidación de la empresa por falta absoluta de trabajo...”, aquella mediante derecho de petición le informó que se encontraba en tratamiento médico y por esos motivos no podía aceptar la terminación del nexo laboral, por tanto “...el día 7 de noviembre de 2013, en aras de salvaguardar los derechos de la trabajadora dio contestación al derecho de petición reconsiderando la terminación del contrato de trabajo y ordenando a la trabajadora

reincorporarse a sus labores el día 13 de noviembre de 2013 y a su vez solicitando la certificación expedida por la ARL y/o EPS donde se informe a la empresa el tipo de tratamiento referido por la trabajadora...”; que el día en que se debía reincorporar la actora, ésta “...asiste a la compañía informando que debe atender a un familiar que se encuentra en delicado estado de salud y abandona las instalaciones de la compañía sin que a la fecha la trabajadora haya asistido a su lugar de trabajo...”; y “...Mediante comunicado elaborado por la trabajadora de fecha 14 de noviembre de 2013, refiere haberse presentado a la empresa a trabajar y había sido informada que no había trabajo y por eso se había ido nuevamente...”; por lo que una vez analizada el caso en concreto, consideró “...es evidente que la trabajadora no le asiste interés en continuar laborando para la compañía INDUMARAL LTDA. pues a partir del día 13 de noviembre de 2013, no se presenta a trabajar y tampoco ha notificado una razón válida que justificara su inasistencia para prestar personalmente la labor para la cual fue contratada. Pues carece de fundamento y de lógica que la empresa le ordene reincorporarse a sus labores con el fin de salvaguardar sus derechos y mantener su contrato de trabajo y que días después de no asistir a su jornada laboral la trabajadora mediante comunicado afirme que asistió, pero fue informada que no había trabajo tampoco hizo llegar la certificación o incapacidad por parte de la EPS y/o ARL informe que efectivamente la trabajadora se encuentra en tratamiento médico...”.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Inexistencia de las obligaciones demandadas “...con base en lo establecido en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo...”, “...Ya que han transcurrido más de 3 años desde la fecha de terminación de la relación laboral sin que la demandante haya realizado reclamación alguna Judicial o Extra – Judicial...”, cobro de lo no debido, pgo total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representado y a favor de la demandante (PDFs 10 y 22).

El 19 de enero de 2018, el vocero judicial de la parte demandada, solicitó declarar la terminación del proceso, ante el fallecimiento de la accionante acaecido en el año 2017 (PDF 14). Mediante auto de 9 de marzo siguiente -2018- el juez de conocimiento dispuso oficiar a la Registraduría del Estado Civil, para que informara si se había inscrito el deceso y allegara copia del registro civil de defunción respectivo (PDF 15); dicha entidad, con oficio COD. 514, dio respuesta al juzgado informando que “...encontró información en la base de datos sobre el registro civil de defunción a nombre de la ciudadana **MARÍA CIRSTINA CAMARGO**, inscrita el 8 de septiembre de 2017 en la Notaria 68 de Bogotá Cundinamarca, con el indicativo Seria 9289899...” y; adjuntando

el registro civil de defunción, en el que se indica como fecha del fallecimiento el 6 de septiembre de 2017 (PDF 17).

Mediante proveído de fecha 31 de agosto de 2018, el *a quo* ordenó “...dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 68 del CGP, el cual prevé que en caso de muerte del litigante, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador, por lo que previo a continuar con el trámite respectivo, se requiere al apoderado de la parte demandante a fin de que informe sobre la existencia de herederos de la señora CARMAGO (sic) (Q.E.P.D.)...” (PDF 18); y con auto de 4 de septiembre de la misma anualidad -2018-, dispuso “...se REQUIERE al apoderado de la parte actora a efecto que proceda a informar sobre la existencia de herederos de la demandante señora MARÍA CRISTINA CAMARGO (Q.E.P.D.), una vez cumplido lo anterior regrese el proceso al Despacho para continuar con el trámite...” (PDF 19); sin que se advierta manifestación o actuación alguna del vocero judicial de la parte actora.

Con auto de 17 de marzo de 2021, dispuso continuar con el trámite del proceso, señalando fecha y hora para adelantar las audiencias previstas en los artículos 77 y 80 del CPTSS, toda vez que “...la parte demandante no ha dado cumplimiento al requerimiento, por tanto de conformidad con lo dispuesto en el art. 48 del CPTSS y a su vez con lo dispuesto en el art. 30 de la obra procesal referida, y de acuerdo al precedente jurisprudencial emitido por el órgano de cierre de esta jurisdicción y especialidad en proveído AL1290 de 2017...” (PDF 20).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 28 de abril de 2021, resolvió:

“...PRIMERO: ABSOLVER a la demandada persona jurídica de derecho privado **INDUMARAL LTDA en Liquidación**, de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por parte la ciudadana **MARIA CRISTINA CAMARGO** y consecuentemente los herederos determinados e indeterminados teniendo en cuenta que la demandante se encuentra fallecida para esta calenda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido propuestas por la demandada, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: *Enviar las presentes diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandante, de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia...*”.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la parte demandante no interpuso recurso de apelación, se remitió el expediente al superior para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

Conoció inicialmente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, repartido al magistrado JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA (PDF 02 Acta Reparto Cuaderno segunda Instancia folio 1).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 7 de febrero del año en curso (PDF 06ActaRepartoCuad.segunda Instancia folio 1).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

No hay constancia de secretaría que las partes presentaran alegatos de conclusión.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a continuación, a revisar las actuaciones del proceso y la decisión proferida por el juzgado de primera instancia en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, reformado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Atendiendo lo señalado por las partes en la demanda y su contestación, se observa que no hay controversia en cuanto a la existencia de la relación laboral, su extremo final, el cargo, el salario y el horario; ya que es lo que admite el extremo pasivo desde la contestación de la demanda, al aceptar como cierto que entre las partes existió un vínculo de carácter laboral, regido por un contrato de trabajo a

término indefinido, mediante el cual la demandante desempeñó el cargo de *lijadora*, en el horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y de 8:00 a.m. a 12 m. los sábados, devengando como salario el mínimo de cada época más auxilio legal de transporte, nexa que expiro el 9 de diciembre de 2013 (PDFs. 10 y 22); aspectos que se corroboran entre otras documentales, con comunicación de 17 de octubre de 2013, a través de la cual la accionada le informa a la demandante “...Por falta absoluta de trabajo nos vemos en la obligación de dar por terminado su contrato de trabajo. Agradecemos e tiempo laborado con nosotros. Favor pasar por su liquidación el próximo viernes 25 de octubre de 2013...” (fl. 5 PDF 12); con la misiva de 13 de diciembre de 2013, mediante la cual se cita a la actora para notificarle el contenido de la Resolución No. 001 de 9 de diciembre de 2013 (fl. 8 PDF 12); con la Resolución No. 001, por la cual se le termina de manera unilateral y con justa causa el contrato de la actora (fl. 9 a 11 PDF 12) y; con liquidación final de prestaciones sociales (fl. 12 PDF 12); documentales que militan en el expediente.

Por consiguiente. se observa que el litigio en esta instancia se centra en determinar: (i) el extremo inicial del contrato de trabajo; (ii) si se dio el despido sin justa causa que dé lugar al reconocimiento de la indemnización del artículo 64 del CST y si; (iii) hay lugar a elevar condena en los términos pedidos en la demanda.

Respecto a la **fecha o extremo inicial** del contrato; se alude en la demanda que ello acaeció el 3 de enero de 1994 (hecho 1, fl. 1 PDF 03); supuesto que aceptó parciamente la demandada en cuanto a la existencia del contrato de trabajo que también se mencionaba en el mismo, precisando que la trabajadora se vinculó a la empresa el 30 de noviembre del año 2000 (fl. 1PDFs 10 y 22).

Al proceso aportaron las partes, los siguientes documentos:

(i) *certificado de Cargos y Funciones*, de fecha 5 de septiembre de 2011, dirigido al SEGURO SOCIAL, en el que se indica “...Certificamos que la señora **MARIA CRISTINA CAMARGO**, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 51.732.022, labora para la compañía desde el 03 de Enero de 1.994, desempeñando el cargo de LIJADORA dentro del cual realiza labores como: lijado de muebles. En una jornada laboral de lunes a viernes de 7:00 A.M. a 5:00

P.M., y sábados de 8:00 A.M. a 12:00 M...” (subraya la Sala, fls. 1 y 6 PDFs 4 y 12, respectivamente).

(ii) Liquidación final del contrato, en la que se relaciona como FECHA INICIO “...11/10/1995...” (fls. 4 y 12 ídem).

También se practicó interrogatorio decretado de manera oficiosa, el **representante legal de la accionada** –Hollman Galeano, quien a la pregunta porque la certificación indicaba una fecha diferente a la que se decía en la contestación había ingresado la accionante, manifestó “...No tengo conocimiento, es decir la señora MARÍA CRISTINA hizo trabajos temporales antes de trabajar en forma definitiva, en el año después del 2000, pero antes ella no tuvo ninguna relación laboral, solo por trabajos temporales de acuerdo a las necesidades de la empresa, ella nos ayudaba a lijar, pues cuando había así trabajo, al mes o una vez al mes y por allá cada 6 meses, la llamábamos y ella nos colaboraba...”; que la persona que aparece suscribiendo la aludida certificación –Antonio Pérez Liévano, “...es nuestro asistente, la persona que nos ayuda a llevar la parte de contabilidad y nos ha acompañado con las cuentas, la responsabilidad que tiene de ayudar a todo lo que es la parte de la liquidación, él está pendiente de anexar los documentos que se necesiten...”; y no sabe porque se expidió la misma en esos términos “...realmente desconozco eso, no sé, algún favor o alguna cosa que hizo el asistente, pero no sé...”.

La testigo **Aura Stella Maya Yepes**, refirió que ella está vinculada con la demandada desde el año 1987, conoce a la actora porque “...trabajábamos en el mismo lugar, en la empresa Indumaral, en la sede avenida carrera 27 No. 9-27 sur, yo estoy en la parte comercial y ella estaba en la parte de producción, pero teníamos una relación de compañeros...”; que aquella ingresó en el año 2000 “...fecha exacta no conozco, pero desde el año 2000 que ella ingreso acá, pero no tengo el mes exacto...”; precisando al preguntarle el juez, el motivo por el que el actora señalaba que había empezado a laborar en el año 1994 “...lo que pasa es que ella antes de tener contrato fijo, vino en algunas oportunidades a colaborar, una semana o dos semanas cuando había mucho trabajo y ella venía y se le pagaba por prestación de servicios pero por tiempos cortos, como una semana dos semanas,..”; que al año podía asistir “...como 2 o 3 veces máximos, pero tiempos exactos no recuerdo ni el año exacto tampoco...”.

Igualmente, se decretó y practicó de manera oficiosa, la declaración de **Antonio Pérez Liévano**, quien aparece suscribiendo el certificado mencionado

líneas atrás, manifestando cuando se le puso de presente el mismo y le preguntó el a quo si conocía el documento “...es que esa firma es como rara, estoy mirando bien la firma, no parece que fuera mi firma doctor, algo extraño...”, al reiterarle si reconocía el documento, manifestó “...doctor es que hace tantos años, desconozco el ...mi nombre está ahí pero la firma si no se doctor...”; aceptó que era la persona encargada de elaborar las certificaciones laborales como la que se le exhibió “...si doctor, si doctor...”; que el membrete del certificado es el que utiliza la empresa “...si claro que si doctor, el membrete está bien...”, insistió que “...ya estoy mirando, es que esa firma es extraña, esa firma doctor no...”, dijo que desconocía el documento y exhibió su cédula, tratando de corroborar que la firma no era igual a la que aparecía en el documento que se le exhibía.

De los medios de prueba referenciados, analizados uno a uno y en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS); es factible colegir, contrario a lo considerado por el a quo, que el **hito inicial** del contrato lo fue en la fecha que certifica la misma demandada **-3 de enero de 1994-**, ya que no resulta lógico y coherente ni ajustado a las reglas de la experiencia, que se solicite se tenga como prueba y se allegue con la respuesta a la demanda, un documento en el que se indica una situación diferente a la que se está exponiendo en el libelo de contestación sin hacerse aclaración o manifestación alguna al respecto; obsérvese que dicho documento no fue desconocido ni tachado de falso en los términos y oportunidad previstos en los artículos 269 y 272 del CGP, aplicables en materia laboral por autorización del artículo 145 del CPTSS.

En ese orden de ideas, no es una razón válida ni de recibo para restarle valor probatorio, el que ahora quien aparece suscribiendo la aludida certificación –el testigo Antonio Pérez Liévano, persona encargada de elaborar y expedir esos documentos-, venga a decir que la firma que aparece en la misma no es la de él, porque en su sentir, no se parece a la que impuso en la cédula; cuando se repite, se encuentra en papelería de la entidad, ya que aparece con membrete de la misma, como lo admitió el citado testigo, está dirigida al *Seguro Social* no a la

demandante, y se relaciona dirección y teléfono de la empresa, en caso de necesitar la entidad destinataria, mayor información.

Recordemos que la jurisprudencia legal tiene adoctrinado que el juez del trabajo debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo “...pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...” (Sent. CSJ SL6621-2017, radicado No. 49346 de 3 de mayo de 2017, en la que trajo a colación lo señalado en la SL14426-2014, que a su vez reiteró el criterio expuesto en los fallos SL 8360, 8 mar. 1996, SL 36748, 23 sept. 2009, SL 34393, 24 ago. 2010 y SL 38666, 30 abr. 2013).

Además, nótese que, en dicho documento no se menciona que la prestación del servicio era interrumpida, para atender la tesis del representante legal y la testigo Aura Stella Maya Yepes, en cuanto a que antes del 2000, que según éstos es la fecha de ingreso con contrato fijo, la accionante laboraba por épocas, ya que en dicho documento se alude a que ésta “...labora para la compañía desde...”, infiriéndose que desde la fecha señalada **-3 de enero de 1994-**, la actora trabaja en la empresa, sin interrupción alguna; en virtud de lo cual, se tendrá, como se indicó líneas atrás, la calenda anunciada como la fecha de iniciación del contrato, lo que así se indicará.

Entonces, como quedo acreditado el contrato de trabajo pregonado por la parte accionante, correspondería a continuación, verificar si la demandante tiene derecho a las acreencias en los términos reclamados; no obstante, como la pasiva en su defensa, propuso la excepción denominada “...INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACION DEMANDADA: Con base en lo establecido en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo.....”, fundamentándola en que “...Ya que han transcurrido más de 3

años desde ña fecha de terminación de la relación laboral sin que la demandante haya realizado reclamación alguna Judicial o Extra – Judicial...” (fls. 9 y 12 PDFs 22 y 12 respectivamente); considerándose que realmente el medio exceptivo al que alude el profesional del derecho es el de la **prescripción** atendiendo los preceptos legales que trae a colación, así como los fundamentos fácticos de la misma; sin que haya lugar a duda que esa es la excepción formulada.

Sobre dicha figura jurídica, se debe precisar, que al declararse que el contrato de trabajo terminó el 9 de diciembre de 2013, es a partir de esta fecha que se contabiliza el término prescriptivo, teniendo en cuenta que la génesis de las pretensiones reclamadas es la terminación del vínculo laboral; por lo que la accionante contaba con un término de tres años a partir de la misma para hacer su reclamación e incoar la acción, conforme lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS; el cual iba hasta el mismo día y mes del año 2016 -9 de diciembre-; pudiendo interrumpirse dicho lapso por una sola vez, con el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador acerca de un derecho debidamente determinado; contándose de nuevo dicho lapso a partir de reclamo y por un período igual al señalado inicialmente, según lo establecido en las normas citadas –Arts. 489 del CST y 151 del CPTSS-.

Es decir, que la interrupción de la prescripción, ocurre de dos formas: (i) extraprocesalmente mediante la presentación por una sola vez de reclamación escrita del trabajador sobre los derechos que persigue específica y claramente determinados y (ii) procesalmente con la presentación de la demanda siempre que se den los requisitos del art 94 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS.

En el presente caso, se allegó constancia de la Inspectora de Trabajo RCC 6, de fecha 24 de febrero de 2014, en la que se consigna la manifestación de la querellante en los siguientes términos “...ingrese a trabajar el día 3 de enero de 1994 y trabaje hasta el 25 de octubre de 2013 estoy reclamando: indemnización por despido sin justa causa...”, e igualmente se indica que “...llegada la fecha y hora de la diligencia la empresa INDUMARAL LIMITADA, como reclamada no asistió ni justificó su inasistencia...” (fls.3 y 7 PDFs 4

y 12, respectivamente); no obstante, no aparece constancia de que la sociedad demandado hubiese sido notificada de la citación a la audiencia, y además se registra la incomparecencia de la misma, circunstancias por las cuales dicha audiencia no puede estimarse como suficiente para interrumpir el término de prescripción; toda vez que no es factible considerar que el empleador recibió el reclamo de la trabajadora sobre un derecho o prestación debidamente determinado; pues se reitera, no hay evidencia de ello; para tener por interrumpido el lapso prescriptivo.

Ahora, tampoco se advierte que la presentación de la demanda haya surtido dicho efecto –interrumpir la prescripción-; como quiera que aunque se presentó una demanda el 23 de septiembre de 2016, como se advierte en el acta de reparto (PDF 06); allí también se indica “...*PROCESO PRESENTADO DE NUEVO EN EL CENTRO DE S...*”; significando ello que esa calenda no puede ser tenida en cuenta, dado que al realizarse la respectiva consulta en el Sistema de Información Siglo XXI, se advierte que, con auto de 23 de noviembre de 2016, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, “...*RECHAZA DEMANDA NO SUBSANO CONFORME A LO INDICADO EN AUTO ANTERIOR...*” siendo retirada por el apoderado el 21 de febrero de 2017; y nuevamente presentada, según acta de reparto el **22 de febrero de 2017** (PDF 06); coligiéndose que realmente para la fecha en que se presentó la demanda que ahora nos ocupa, ya se encontraba superado el término trienal, pues pasaron tres (3) años dos (2) meses y trece (13) días entre la terminación del nexo que ató a las partes -9 de diciembre de 2013- y la fecha en que se incoó la acción; lo que lleva a concluir que frente a los derechos reclamados en la demanda –cesantías, intereses, primas, vacaciones, indemnizaciones por despido y moratoria, aportes parafiscales y etc.-, operó la prescripción, lo que así se declarará.

No obstante, se debe precisar que dicho fenómeno jurídico –de la prescripción- no se aplica frente a los aportes al sistema de seguridad social en pensión, como quiera que éstos constituyen o conforman el capital para que el trabajador obtenga su derecho pensional, que se torna en irrenunciable e imprescriptible, al igual que éstos; y como quiera que en la demanda se reclama la correspondiente condena por las cotizaciones a pensión, sosteniendo la

accionante, que *“...A la trabajadora se le realizaron los correspondientes descuentos de Parafiscales y Seguridad Social Integral, sin que se tenga la certeza de que hayan sido cotizados y pagados en su totalidad...”* (hecho 11, fl. 2 PDF 03); dicha condena es procedente, en el evento de determinarse que la accionada no cumplió con su obligación patronal.

En efecto, téngase en cuenta que conforme lo previsto en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general en pensiones por parte de los empleadores, entre otros, con base en el salario que el trabajador devengue. Igualmente el artículo 22 ibídem, señala que le corresponde al empleador sufragar o efectuar los aportes para pensión durante la vigencia del contrato de trabajo, para cubrir dicho riesgo hacia el futuro, pues es una obligación que se le impone al patrono de cumplir con estas cotizaciones a la Seguridad Social y se consagra éste derecho como irrenunciable (Art. 48 C.P.); la falta de pago va a redundar en perjuicio del ex empleado, al verse menguados por la omisión de su antiguo empleador, sus aportes para una futura pensión, obligación que solo cesa, cuándo el afiliado reúne los requisitos para acceder a dicha prestación ya sea por vejez, invalidez, o anticipadamente, sin perjuicio de los aportes voluntarios, según el artículo citado.

Por consiguiente, el empleador es responsable de los aportes a su cargo y de los que correspondan a sus trabajadores, por lo que debe descontar del salario de cada afiliado, al momento del pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y de las que voluntariamente y de manera expresa haya autorizado el empleado por escrito, trasladando dichas sumas a la entidad elegida, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos establecidos, respondiendo por la totalidad del mismo, aun en el evento en que no hubiere efectuado la deducción al trabajador (Art. 22 de la Ley 100/93).

La accionada, al dar respuesta al supuestos fáctico aludido líneas atrás, sostuvo *“...se evidencia en la página del FOSYGA, consultando por la cédula de la señora María Cristina Camargo que se encuentran compensados y pagados los aportes a seguridad social para*

todo el año 2013, además la señora María Cristina Camargo puede ella misma verificar sus aportes a la seguridad social tanto a la Nueva EPS como a COLPENSIONES...” (fl. 5 y 4 PDF 10 y 22 respectivamente); allegando pantallazo de la página web de FOSYGA.GOV.CO, donde se observa *información de períodos compensados*, cotizaciones para la NUEVA EPS S.A, a favor de la actora durante el período comprendido entre el 12/2011 al 05/2014, en su condición de cotizante (fl. 4 PDF 12). Además, en la liquidación definitiva de prestaciones sociales, se relacionan descuentos para seguridad social, ya que se registra “...Menos eps – Menos Pensión...” (fls. 4 y 12 PDF 4 y 12 respectivamente). riesgo.

Sin embargo, como específicamente respecto al riesgo de pensión no se acompañó la historia laboral de la trabajadora o las planillas de auto liquidación de aportes, que evidenciara que real y materialmente se le habían efectuado las cotizaciones respectivas durante la vigencia del contrato de trabajo, carga de la prueba que le competía a la demandada, conforme lo previstos en los artículos 167 del CGP y 1757 del CC, toda vez que es a quien incumbe probar que efectivamente cumplió con tal obligación como lo asevera; sin que se pueda predicar que por deceso o fallecimiento de la trabajadora, el cual ocurrió posterior a la finalización del contrato de trabajo -6 de septiembre de 2017-, tal situación libera a la accionada del pago de los aportes que eventualmente hubiere dejado de cubrir, toda vez que el derecho pensional que se origina en dichas cotizaciones puede transferirse o sustituirse a sus herederos o beneficiarios; por consiguiente, se condenará a la parte demandada, sufragar los aportes a pensión causados durante la vigencia del contrato de trabajo -3 de enero de 1994 y el 9 de diciembre de 2013, cuyo pago no se encuentre acreditado, con base en el salario mínimo legal mensual de cada época, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, como quiera que de los supuestos fácticos del escrito de demanda, se puede colegir que la actora si estaba afiliada para tal riesgo.

En los anteriores términos queda revisada la sentencia consultada, debiendo revocarse parcialmente la misma, como quiera que el juzgador de primer grado absolvió a la parte demandada de todas las súplicas de la demanda.

Sin condena en costas en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional de consulta. Las de primer grado estarán a cargo de la parte demandada.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral 1° de la sentencia proferida el 28 de abril de 2021, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA CRISTINA CAMARGO (Q.E.P.D.)** contra la sociedad **INDUMARAL LIMITADA.**, que absolvió a la parte demandada de todas las súplicas de la demanda; en su lugar **DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, entre el 3 de enero de 1994 y el 9 de diciembre de 2013; en consecuencia, **CONDENAR** a la sociedad demandada **INDUMARAL LIMITADA**, pagar los aportes a pensión a favor de la accionante, causados durante la vigencia del contrato de trabajo -3 de enero de 1994 y el 9 de diciembre de 2013, cuyo pago no se encuentre acreditado, con base en el salario mínimo legal mensual de cada época, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral 2 del fallo, para **DECLARAR PROBADOS PARCIALMENTE** los hechos sustento de las excepciones de *Prescripción y Cobro de lo no debido*, atendiendo lo considerado en precedencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado a cargo de la parte accionada.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-024-2018-00629-01
Demandante: **REINA EDITH CASTILLO ACOSTA**
Demandado: **EVER PEREGRINO ACOSTA**

En Bogotá D.C. a los **22 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

REINA EDITH CASTILLO ACOSTA instauró demanda laboral contra **EVER PEREGRINO ACOSTA**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1° de marzo de 2011 al 30 de diciembre de 2015, en consecuencia, se le condene a pagarle del tiempo laborado cesantías, intereses, dominicales, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social, indemnizaciones por despido y moratoria por no consignación cesantías a un fondo, lo que resulte probado extra y ultra petita, y costas del proceso.

En apoyo de las peticiones expuso en la demanda que laboró para el demandado mediante contrato verbal desde el 1 de marzo de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2015; que desempeñó sus funciones en el inmueble ubicado en la Calle 73 No. 80 N. 28 Sur Barrio Laureles, Bogotá; que prestó *“sus servicios las 24 horas diarias, ya que aparte de los servicios domésticos debía suministrarle los alimentos diarios, (desayuno, comida, almuerzo)”*; que le suministraba medicamentos en horas exactas durante la noche; no fue vinculada a salud, pensiones ni ARP; que el empleador como contaba con algunos bienes en el año 2015 *“en pago de sus servicios le dio en venta el inmueble ubicado en la Calle 73 Sur Nro. 80 N. 28 Barrio Laureles Bosa Bogotá, reservándose el patrono el usufructo de dicho bien como consta en la escritura Nro. 1832 de junio 2 de 2015, extendida en la Notaria 17 del Círculo de Bogotá”*; que el 25 de abril de 2016 mediante apoderado el demandado solicitó la nulidad de la escritura anterior, manifestando que aprovechando las pésimas condiciones psicofísicas en las que se encontraba; que manifestó que no había inconveniente en efectuar la rescisión de la escritura anterior; que el 16 de junio de 2016 en la Notaria 17 del Círculo de Bogotá se firmó la escritura de rescisión, dejando sin valor la escritura No. 1832 de 2 de junio de 2015; que con relación a los impuestos y servicios que había pagado durante el tiempo que tuvo el inmueble el demandado le reintegro dichos valores; que el demandado durante todo no le cancelo ningún salario, no recibió vacaciones, ni primas de servicios, ni cesantías; que se vio obligada a buscar otro inmueble para residir, en virtud de los acosos por parte del demandado; que en virtud de salir del inmueble, le reclamo al demandado las prestaciones por los servicios y a lo cual prestó caso omiso.(PDF 03Demanda).

Correspondió la demanda por reparto al **Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (PDF 06ActaDeReparto), autoridad judicial quien, mediante auto de 14 de diciembre de 2018, la admitió disponiendo la notificación a la parte demandada, en los términos allí indicados (PDF 07AutoAdmiteDemanda).

El demandado **ERBER PEREGRINO ACOSTA BELTRAN**, a través de apoderado, dio respuesta a la demanda, con oposición a las pretensiones, señalando que no existió contrato de trabajo entre las partes, negó la mayoría de narraciones de la demanda por lo dicho anteriormente. Precisó que

“Ya se han expuesto a lo largo de esta contestación los hechos y razones de la defensa, teniendo en cuenta, que en el caso sub examine, entre demandante y demandado no existió contrato de trabajo, en razón, a que nunca se pactó ni verbal ni por escrito. Bástenos resaltar ahora en este acápite, que respecto al contrato de trabajo que afirma Reina Edit Castillo Acosta, tenía con Erber Peregrino Acosta Beltrán, por el lapso comprendido entre el (1) de marzo del año 2011 a (30) de diciembre del año 2015, este no existió, toda vez, que el demandado, por el lazo familiar que existe con la demandante (Sobrina), lo único que hizo fue arrendarle parte del inmueble de la Calle 73 Sur No. 80N-28 Barrio Laureles Bosa Bogotá D.C., quien, ocasionalmente, y cuando no estaba presente Libardo Javier Acosta, hijo del demandado que lo cuidaba le prestaba el auxilio que necesitaba, sin que ello generara relación laboral, pues, Reina Edit Castillo Acosta, lo hacía por el vínculo familiar ya que ésta desempeñaba labores cuidando niños y en otras oportunidades trabajando en las residencias de la Zona Rosa de la Avenida Primero de Mayo de Bogotá D.C., es importante tener en cuenta que la demandante en muchas oportunidades se ofrecía a cuidar a Erber Peregrino Acosta Beltrán, pero por el estado de salud del demandado no le confiaron su cuidado, estableciéndose con el transcurso del tiempo que el interés en cuidar a Erber Acosta Beltrán, no era otra diferente a la de aprovechar la oportunidad de que estuviera sola con el demandado para llevarlo a la Notaria (17) de Bogotá D.C., para que firmara la Escritura Pública de Compraventa del Inmueble de la Calle 73 Sur No. 80Nc- 28, con el convencimiento de que no sería descubierta, pero al ser descubierta en su actuar ilícito, tuvo que firmar la Escritura de Resciliación de la compraventa sobre el citado inmueble, y abandonarlo, al fracasar dicha treta, resolvió inventarse el contrato de trabajo que hoy pretende también fraudulentamente se declare a sabiendas que nunca fue contratada por Erber Peregrino Acosta Beltrán ni ningún familiar cercano a éste para que lo atendiera en ninguna de sus necesidades básicas como lo pretende hacer creer en esta proceso, por ello, es temeraria la aseveración que trabajaba para el demandado prestando sus servicios las (24) horas diarias, lo cual, es sorprendente porque es la primera persona en el mundo que presta sus servicios por el periodo comprendido entre el (19) de marzo del año 2011 a (30) de diciembre del año 2015, laborando (24) horas diarias sin dormir y tener un día de descanso. Así mismo, es relevante tener en cuenta que nunca se pactó entre demandante y demandado en este proceso salario alguno por el lapso que supuestamente la actora le prestó sus servicios, y esto obedece a que nunca la relación de trabajo que pregona, por lo tanto, es deshonesto por parte de Reina Edit Castillo Acosta, que trate ahora de mala fe conseguir beneficios que legalmente no ha causado, abusando de la generosidad que le brindó el demandado de morar en el inmueble de este por un arriendo módico tratando de ayudarla.”

En su defensa, formuló las excepciones de fondo o mérito que denominó: Cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, falta de legitimación en causa por la pasiva y la que denomino genérica (PDF 20ContestaciónDemanda)).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 3 de noviembre de 2020, resolvió:

“(…) PRIMERO. - DECLARAR PROBADAS las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO y FALTA DE LEGITIMACION EN CAUSA POR PASIVA, conforme a lo motivado. SEGUNDO. - ABSOLVER a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por REINA EDITH CASTILLO ACOSTA. TERCERO. - CONDENAR en costas a la parte demandante. Se fijan como agendas en derecho la suma de \$100,000 a favor de cada una de los demandados. CUARTO. - REMITIR el expediente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en el evento que la decisión no fuere apelada. ...”.

III. RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión, el apoderado de la accionante interpuso y sustento el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(…) En estos momentos interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por su señoría ante el Honorable Tribunal de acá de Bogotá. Lo interpongo el recurso en la siguiente forma

Efectivamente la señora REINA EDITH CASTILLO ACOSTA laboró de manera personal al señor EVER PEREGRINO ACOSTA desde el 1º de marzo del 2011, hasta el 30 de diciembre del 2015, era tan así que ella era subordinada, o ella hacia caso y respeto hacia su patrón tanto así que su patrón le dijo que según el expediente le dijo que le entregaría ese bien inmueble a cambio de su trabajo, (..) toda vez que el señor no le dio en ningún momento pues dinero, también estuvo pendiente de la salud del señor, le cocinaba, le lavaba la ropa, ella estuvo siempre pendiente, pero ella siempre le hacia la venia al señor todo lo que el dijera pues era así en el momento en que el abogado le dice que le devuelva el bien inmueble ella hace caso, sin ninguna oposición, y se lo devuelve por eso es que ella impetro su demanda laboral toda vez que su patrón nunca le dio ningún dinero, ella vivía ahí día y noche el hecho que hubiera un aviso que cuidaba niños, era así como ella lo dijo, cuidaba los niños la señora que vivía en el primero piso mas no ella, ella laboraba los días de lunes a domingo por eso es que solicita los días domingos que se le paguen y ella al ser desconocimiento de la ley nunca le solicito un documento o algo así que le hiciera constar que el señor firmaba que ella laboraba para él, pero efectivamente la señora REINA EDITH CASTILLO ACOSTA laboró de manera permanente al señor EVER PEREGRINO ACOSTA desde el 1º de marzo de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2015, por eso es que se solicita al HTB que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, y se accedan a las pretensiones de la aquí demandante señora REINA EDITH CASTILLO ACOSTA ...”.

Conoció inicialmente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, repartido al magistrado JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA (PDF 01ActaReparto. Cuaderno segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente

a esta Corporación y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 7 de febrero del año en curso (PDF 06ActaReparto. Cuaderno segunda Instancia).

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La parte demandada presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia, por ajustarse a derecho, con base en que en la evidencia del proceso no existió contrato de trabajo entre las partes. (PDF 05AlegatosParteDemandada. Cuaderno segunda instancia).

III. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación, la controversia en esta instancia resulta de determinar si erró la juzgadora de primer grado al no tener por acreditado el contrato de trabajo del accionante, como lo alega el apelante y, por ende, hay lugar a elevar condena por las pretensiones de la demanda.

Sobre la existencia del contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra los elementos esenciales del mismo, tales como son: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia, y el salario. Frente a la subordinación y dependencia, se debe advertir que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, estipula la presunción consistente en que: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido. Igualmente, en virtud del

principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación de trabajo, consagrado en el art 53 de la CP, el juez debe darle primacía a los que se deduce de la realidad, de los hechos y no de las formas, es decir, documentos elaborados por las partes.

Respecto a los alcances del artículo 24 de la norma sustantiva del trabajo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia No, 30437 del 1° de julio de 2009, explicó lo siguiente:

“(...) el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo” y no establece excepción respecto de ningún tipo de acto, de tal suerte que debe entenderse que, independientemente del contrato o negocio jurídico que de origen a la prestación del servicio, (que es en realidad a lo que se refiere la norma cuando alude la relación de trabajo personal), la efectiva prueba de esa actividad laboral dará lugar a que surja la presunción legal.

Por esa razón, como con acierto lo argumenta el recurrente, en ningún caso quien presta un servicio está obligado a probar que lo hizo bajo continuada dependencia y subordinación para que la relación surgida pueda entenderse gobernada por un contrato de trabajo.”

“Así las cosas, forzoso resulta concluir que incurrió el Tribunal en el quebranto normativo que se le atribuye, porque, desde sus orígenes, ha explicado esta Sala de la Corte que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el citado artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una importante ventaja probatoria para quien alegue su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.

De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, desvirtuar dicha subordinación o dependencia.”

Es pertinente recordar que tales subreglas o presupuestos jurisprudenciales han sido reiterados, entre otras, en las sentencias CSJ SL10546-2014, MP. Dr. Gustavo Hernando López Algarra; CSJ SL16528-2016, MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga; CSJ SL1378-2018, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buevas.

En ese orden, la trabajadora demandante le incumbe probar la prestación personal del servicio, para con ello dar viabilidad a la presunción mencionada y tener por acreditado que su vinculación era de carácter laboral; y en tal evento, le

correspondería a la parte demandada desvirtuar dicha presunción (Art. 24 CST). Veamos si en el presente caso, la parte convocante al proceso cumplió con tal carga procesal, acreditando la prestación del servicio en favor del demandado a quien endilga su condición de empleador.

En el examine, se practicaron, entre otros, los siguientes medios de prueba: Interrogatorios de las partes (PDF 25GrabaciónAudiencia).

Se recibieron las declaraciones de MARTHA SANABRIA ROJAS y LUIS GABRIEL MARTINEZ FORERO solicitados por la demandante, y LUIS GUALBERTO SOLORZA GONZALEZ, MARGARITA AGUDELO, SANDRA MILENA HERRERA VARGAS y LIBARDO JAVIER ACOSTA, solicitados por el de mandado

MARTHA SANABRIA ROJAS, expuso entre otras cosas, de manera general, que es la compañera de Luis Gabriel Martínez Forero; manifestó ser amiga de la demandante, y conocer al demandado; conoce a la demandante desde el 2011; que la demandante le cuidaba la niña, se la empezó a dejar de tres meses de edad; que la demandante vivía con sus tres hijos en el segundo piso y el señor Acosta vivía en el tercer piso, quien era el dueño de la casa; la demandante tenía arrendado un apartamento en la casa del señor Acosta; que vio siempre al señor Acosta solo; que escucho varias veces decir que ella le barría el cuarto y le echaba la ropa a la lavadora y también escucho que le daba de comer porque ella llegaba en la mañana le dejaba la niña y regresaba hasta la noche a recoger la niña; ella cuidaba otros niños también esporádicamente; no sabe exactamente hasta cuando vivió; no vio si el demandado le pagaba, sabe que cuando él se enfermó quien lo cuidó fue la demandante, y en ese entonces ya no le cuidaba tanto la niña porque no le quedaba tiempo, por estar en el hospital y por estar pendiente del señor, llevarlo a los exámenes y eso; recuerda que fue como en el 2015 él se enfermó y ella lo llevo al hospital, y se la pasaba con él; que el señor era el Tio; no vio que le diera ninguna orden; que la testigo llegaba a recoger su niña y le preguntaba a la hija de la demandante y ella le decía que la mama estaba pendiente del Tio en el hospital; que la testigo en algunas ocasiones cuando llegaba a recoger la niña por las tardes

vio haciendo la comida y ella le decía que le estaba haciendo la comida a él, o dándole las onces; no vio a los hijos del demandado; no sabe si el demandado le pago; dependiendo el turno que tenía la testigo, cuando llegaba en la mañana vio que le llevaba el desayuno, y por la tarde la comida, y deduce que le daba el almuerzo; la testigo dice que tiene la idea que el señor Acosta le dijo que la cuidara que la diera la alimentación; que la demandante le dijo que iba a cuidar a su tío porque ella le dijo, que personalmente no pudo estar ahí; que ella vio varias veces que le servía el desayuno y en la tarde también le estaba preparando la comida pero obvio no todos los días; los hijos de la demandante William como 19 20, Francly 17 y 18, y Nelson el menor 13 y 14.

LUIS GABRIEL MARTINEZ FORERO, distingue a la demandante hace aproximadamente once años; se conocieron en la localidad de Bosa, al demandado también lo distingue; que ellos son familia; que la señora Reina vivió en la casa del señor Peregrino como siete años, más o menos 2012 y 2013; que ella le cuidaba una niña desde la edad de los tres meses, y la demandante estaba pendiente en la casa del demandado, estaba pendiente de la salud, medicamentos acompañamiento al médico y de los alimentos de la manutención; que cuando iban a llevar la niña, en horas de la mañana se daba cuenta de la situación y cuando iba a recogerla por la noche que en algunas ocasiones tuvo que dejar la niña con los hijos de ella para acompañar al hospital al demandado; no le consta que le diera una orden; la señora Reina vivía en el segundo piso, el señor Peregrino en el tercero solo; sabe que él tiene hijos y solo ha visto a uno, pero no lo llegó a ver, años después se enteró; que la demandante se dedicaba al hogar, al cuidado del señor, y de la niña; nunca vio pagos no sabe si le pagaba o no; que la demandante le pagaba arriendo a él, que ella les decía que de lo que le pagaban de la niña que tenía que pagar el arriendo; que ella estuvo acompañándolo en la clínica de la policía, las 24 horas, porque ella llegaba trasnoche a la casa y tenía que regresarse y les dejaba la niña al cuidado de los hijos de ella; que los hijos de la señora reina estudiaban y a veces lo dejaba con otra señora que vivía en el primer piso de nombre Angela; que ella no siguió porque hubo como discordia con los hijos y ella prefirió retirarse; que los conoció como en el 2009, que el demandado tenía una peluquería

como en otra casa, pero no tuvo amistad lo vio; que la demandante se fue como en agosto o septiembre de 2015; que la niña se la cuidó desde enero de 2012 de tres meses hasta año 2015, cuando tomó la decisión de irse para Junín; le consta porque la vivieron en varios momentos que ella le daba los medicamento o suministraba los alimentos, y ella estuvo pendiente y lo llevaba a la clínica o hospital, le consta personalmente, que la demandante prefirió la salud del tío y le dejaba la niña al cuidado de los dos hijos que estaban en la casa; que llevaban a la niña a las siete de la mañana y la recogían a las seis o siete, él o la señora recogían la niña.

LUIS GUALBERTO SOLORZA GONZALEZ, es abogado, conoce a la demandante a raíz de un problema que tuvo con el demandado por año 2015 o 2016, en esa época lo visitó el demandado con el propósito que le prestara servicios personales para rescindir un contrato de una escritura de venta, que el demandado le había hecho a la demandante, por la suma de setenta millones de peso; que citó a la demandada a una conciliación en la carrera 30 con 26 y la demandante manifestó que no tenía ningún problema en rescindir el contrato en la medida que le pagaran unos gastos de servicios públicos y el impuesto predial, y después de eso hizo la minuta y se llevó la Notaría 17, se rescindió el contrato de la nuda propiedad; que el demandado le dijo que ella era inquilina durante mucho tiempo como era familiar y por temporadas le tomaba en arrendamiento y le dijo que le firmo esa escritura que por la edad que tenía, que le quedaba difícil administrar el inmueble, que fue un acto simulado, que le comentó que a veces contrataba una persona por días, que no se la pasaba en la casa; que el demandado le había dicho a la demandante que por la edad y estado de salud que ella le colaboraba a administrar la casa pero tenía que firmar un documento, y le dijo que un día lo habían llevado a la notaría con un señor y le dijeron que era para administrar la casa, que eso le dijo el demandado; que se convino en la conciliación que no se iba a formular ninguna denuncia y ella no tenía problema en la rescisión de la escritura; que uno de los temas es que la venta era de 70 millones cuando el inmueble valía 300, que por eso ella accedió fácilmente a rescindir el contrato. Y expuso sobre otras circunstancias, y que dentro de la charla se comentó que la conducta de la demandante era una conducta

delicada y en el que no se rescindiera habría que formular el proceso civil y una demanda penal.

MARGARITA AGUDELO, distingue al demandado hace como 40 años; que a la demandante vivió en el primero piso cuando la distinguió, hace muchos años; y el demandado también vivía en esa casa, él en ese tiempo vivía en el segundo piso; cuando el construyó ella subió al segundo y él al tercero; que él vivía solo; que él desayunaba se preparaba sus alimentos desayuno y comida, y el almuerzo a veces se lo encontraba en el restaurante en la esquina de la casa, o se lo llevaba el hijo Libardo Acosta, que el hijo trabajaba en Tunja y después vino a vivir a la casa; nunca vio a la demandante que ella le cocinara al demandado, en el tiempo que ella iba de vez en cuando; que la testigo también le lavaba y a veces hacia un almuerzo especial le llevaba, que él mismo hacia su aseo, que ella cuando iba barría o trapeaba el baño; que el demandado estuvo enfermo, que le dieron cuatro infartos y el hijo estuvo pendiente que ella lo visito en el hospital y el hijo estaba pendiente; que la demandante era la sobrina, no sabe si cuando ellos estaban solo ella le daría algo a él, que las veces que ella estuvo no vio que le diera nada; que la demandante cuidaba unos niños, que cuando iba a visitar al demandado escuchaba las voces de unos niños, y ella en la ventana puso un aviso que se cuidaban niños, que ella vio un niño como de 13 años, no sabe qué edad tendrían; no vio si estudiaban; que la demandante estaba en el inmueble llegó como inquilina; que la vio en varias oportunidades; que no vio que la demandante le prestará un servicio; que cuando estuvo enfermo Libardo y la esposa del hijo, y ella a veces cuando ella iba, que no tomaba medicamentos de noche y los del día el mismo se los toma; y expuso otras circunstancias.

SANDRA MILENA HERRERA VARGAS, manifestó ser amiga de la demandante como desde el 2012, que vivía en la casa del demandado en pisos diferentes, que la demandante era arrendataria; que la demandante no le hacía ningún oficio ni le servía como empleada; que el demandado vivía solo; lo que era la comida él la preparaba en el apartamento, el almuerzo salía a comer a restaurante; que después que él se empezó a enfermar, que le dieron varios infartos, el primero en mayo de

2014, se recuperó, el siguiente al año más o menos, que ellos estaban pendientes de él con el esposo, que le compraban en el restaurante o le llevaban de la casa, que el desayuno un café o un huevo, que la comida también algo liviano; que la casa la arreglaba cuando ella iba, y en cuanto a la ropa el esposo le llevaba la ropa para echársela a la lavadora sino y la llevaban a una lavandería que quedaba al frente de la casa de él; que viven a media cuadra; que el esposo salió pensionado en el 2011, que venían a visitarlo seguido porque el tenía descanso cada tres o cuatro días; que trabajaba en la policía venían a visitar a sus papas al demandado a la señora; que la demandante vive como inquilina más o menos desde el 2012, porque ella vivía en el segundo piso con el esposo y los hijos, y ella cuidaba una niña; que un día ella le dijo que ella hacía turnos en la primero de mayo con Américas en un hotel; que ella solamente lo llevó una vez a urgencias cuando le dio el primer infarto; que él estuvo hospitalizado varios días; que no tenía que quedarse un acompañante que lo metían a la UCI; que la demandante no desempeño labores domésticas para el demandado; que ella no trabajaba para el demandado ni nada, que ella vivía en el segundo piso y cuidaba unos niños; que cuidaba niños la niña Isabela de domingo a domingo inclusive las 24 horas porque la niña se la dejaban a dormir, porque ella permanecía ahí en el apartamento con la demandada; que los medicamentos se los suministraba el esposo y las terapias, que en la horas de la noche no debe tomar medicamentos solo en las horas del día; no ha habido ningún tipo de contrato entre las partes; ella pagaba 300 mil pesos de arriendo; el contrato de arrendamiento era verbal; que la demandante se fue porque en una oportunidad que él estuvo convaleciente ella lo llevo a una Notaria para hacer firmar escrituras de la casa, entonces ellos hicieron la recuperación de la casa por eso la demandante tuvo que desocupar la casa en septiembre de 2016; que durante el tiempo que ha padecido las enfermedades la testigo y el esposo lo han atendido, y una señora Gloria que a veces le llevaba un bocado de comida y otra señora que también pasaba y lo saludaba le llevaba un bocado de comida y le hacía el aseo del apartamento; que él duraba hospitalizada 15 días 20 días o un mes dependiendo; en total le pone como unos cuatro meses aproximadamente; en la clínica le daban la alimentación; que a finales de 2014 lo llevaron para San Luis de Gaceno a la casa del papa de la testigo que estuvieron como 20 días, y permanente salía con ellos, cada vez que salían se

lo llevaban de paseo; que la demandante como sobrina se imagina que lo visitaba, que en la clínica la vio una vez y él estaba en cuidados intensivos y ella le dijo que porque sería que el tío no se moría; que visitaba todos los días al demandado, que la testigo era ama de casa; que lo visitaba la señora Gloria, Margarita, los hijos y ella; y expuso otras circunstancias.

El demandante propone la tacha de sospecha del testimonio del hijo del demandado, a quien se le procede a recibir el dicho. Declara LIBARDO JAVIER ACOSTA, que en el año 2011 residía en Tunja y salió pensionado en agosto y se vino a vivir a Bogotá, que vivían a media cuadra, la casa del papa era de tres pisos; que conoce a la demandante que es prima, la conoció cuando el llegó pensionado ella vivía como arrendataria; el papá vivía solo; que cuando estaba bien él mismo se preparaba alimentos iba al restaurante, hacia aseo, posteriormente cuando se enfermó a veces la señora Margarita, Gloria, la esposa y él; que la demandante era ama de casa y cuidaba niños; que estuvo hospitalizado, la primera vez la demandante le aviso estaban en una reunión colegio de la hija, que duro como 20 25 hospitalizado; que estuvieron en diciembre donde el suegro, luego le dieron infartos seguidos, durante 20 o 30 días estuvo hospitalizado, la última vez como tres meses le hicieron una traqueotomía; que la demandante vivió en el dos mil once se fue luego volvió y hasta el 2016; que hubo un inconveniente y cuenta lo que el papá le dijo lo de la firma de la escritura, que después cuando el papá tuvo conocimiento dijo yo lo embarre y contrataron un abogado, y posteriormente la demandante lo demando por trabajo; que el papá firmo la escritura que estaba convaleciente, se lo llevaron con excusas según le dijo el papá, y le hicieron hacer las escrituras; que el papá nunca le pago a la demandante, nunca se le dijo a la demandante ni se le contrato ni se le pago; y expuso otras circunstancias

Obran como medio de prueba, entre otros documentos, militantes en el expediente, los siguientes:

Copia escritura pública 1832 de 2 de junio de 2015, de la Notaria 17 del Círculo de Bogotá, compraventa nuda propiedad, reserva usufructo (PDF 04AnexosDemanda folios 9 a 19 y PDF 19AnexoContestación folio 1 a 8).

DECLARACIONES EXTRAPROCESO rendidas ante Notario 74 Del Círculo de Bogotá, por MORENO BURGOS ANGELA DOMINGA, MARTINEZ FORERO LUIS GABRIEL, y SANABRIA ROJAS MARTHA, quienes en términos generales declaran que son amigos de la demandante, por lo que les consta que trabajo al demandado, durante cinco años, veinticuatro horas del día, realizando las terapias ordenadas por el médico, lo llevaba al hospital las veces que fuera necesario, además tenía que realizar el aseo general de la vivienda donde reside y hacerse cargo de la alimentación (PDF 04 Anexos Demanda folios 24 a 29).

Copia Escritura 2874 Notaria 17, de fecha 17 agosto de 2016, se realiza resciliación, de la escritura antes citada, dejando sin ningún valor o efecto lo pactado (PDF 19AnexoContestación folio 16 a 22).

Carta de agosto 17 de 2016, suscrita por la demandante dirigida al demandado y su abogado, como referencia entrega inmueble Calle73 Sur Nro. 80 N. 28 (parte que ocupa), manifestando que lo efectuará el 29 de septiembre de 2016 (PDF 19AnexoContestación folio 41), Otros documentos relacionados con el registro de las escrituras aludidas-.

De los medios de prueba referenciados, analizados uno a uno y en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS); no se colige la prestación de servicios personales de la demandante al demandado durante el tiempo reclamado, entre el 1° de marzo de 2011 al 30 de diciembre de 2015, pues desde las contestación de la demanda se negó la prestación de servicios por parte de la demandante como la existencia del contrato de trabajo, lo que se corrobora con los medios de prueba practicados.

Téngase en cuenta que, que los testigos traídos por la actora los dos primeros, MARTHA SANABRIA ROJAS y LUIS GABARIEL MARTINEZ FORERO, no dan cuenta de la prestación de servicios de manera material durante el tiempo que se indica en la demanda, si bien indican que observaron que la demandante le suministraba

el desayuno, y la comida y la testigo supone que el almuerzo, sus dichos no arrojan la credibilidad para colegir la existencia el contrato de trabajo, y además son contradictorios con el dicho de los otros testigos citados por la parte demandada.

En efecto los dos testigos, fundamentan su conocimiento en la circunstancia de que la demandante les cuidaba una niña desde la edad de los tres meses y cuando iban a llevarla por la mañana, o a recogerla por la tarde observaban que la demandante estaba preparando el desayuno o la comida o las onces y les decía que era para el demandado, sin embargo debe precisarse que los dos testigos iniciales son pareja, no coinciden en la hora en que iban a llevar a la niña y la hora de la recogida y no iban al mismo tiempo los dos, y además de acuerdo con las reglas de la experiencia si trabajaban e iban a dejar a la niña, no resulta creíble que se quedaran a observar que la demandante prepara alimentos para el demandado en la mañana o en la noche, pues tenían que ir a trabajar y regresaban por la noche por la niña. Además, no narran que vieran al demandado consumiendo los alimentos que según lo expuesto le preparaba la demandante, se fundamentan en lo que ellas les dijo para quien eran.

De otra parte sus dichos son contradictorios con los otros testigos citados por la parte demandada, debe resaltarse sobre el particular, el dicho de la esposa del hijo del demandado y el dicho de éste, SANDRA MILENA HERRERA VARGAS, quien expone que ella, el hijo del demandante y dos amigas a veces le suministraban alimentos al demandado, y particularmente ella y el hijo estaban pendientes de su salud, y se advierte la espontaneidad de su dicho al admitir que la primera vez que le dio un infarto fue la demandante quien le avisó porque estaban en una reunión.

Debe tenerse en cuenta que la demandante es sobrina del demandado, asimismo que el demandado era propietario del inmueble donde vivían, que tenía tres pisos, el primero estaba arrendado, el segundo arrendado a la demandante y en el tercero vivía el demandado solo; asimismo que la demandante tenía tres

hijos y cuidaba una niña, aspectos estos que se encuentran evidenciados con los medios de prueba señalados.

Asimismo, la demandante en el interrogatorio de parte acepto que en efecto ella de manera verbal celebró contratos de arrendamientos con el demandado, inicialmente para habitar el primer piso, y posteriormente el segundo, por lo que se presenta su presencia en la casa.

Debe advertirse que entre las partes, inicialmente se celebró una escritura mediante la cual el demandado vendía la nuda propiedad, quedando con el usufruto, a la demandante, del inmueble donde vivían, en la suma de 70 millones de pesos, escritura pública 1832 de 2 de junio de 2015, de la Notaria 17 del Círculo de Bogotá, sin que en el texto de la escritura se advierta que la misma se hubiese celebrado como lo alega la parte demandante para pagarle sus servicios, pues ello no se advierte de ninguna de las cláusulas contentivas de la escritura. Además, se advierte otra Escritura 2874 Notaria 17 de fecha 17 agosto de 2016, mediante la cual se realiza la resciliación de la escritura antes citada, dejando sin ningún valor o efecto lo pactado, donde tampoco se alude a que el demandado hubiese cancelado o pagado algún derecho de carácter laboral a la demandante, o que tales actos tuvieran relación con algún vínculo de carácter laboral de la demandante con el demandado.

Tampoco existe medio de prueba que evidencia que durante el tiempo que la demandante alega que prestó servicios al demandado, entre el 1° de marzo de 2011 al 30 de diciembre de 2015, éste le hubiese cancelado suma alguna por concepto de salarios o prestaciones sociales.

No resulta creíble la versión de la demandante que laboraba las 24 horas del día, y que aparte de los servicios domésticos debía suministrarle medicamentos diarios y en horas exactas de la noche, pues en principio no resulta creíble con base en las máxima de la experiencia que laboraba las 24 horas del día, pues ningún ser humano puede vivir sin pernoctar y tomar

alimentos, y de otra parte los testigos indican que la demandante tenía tres hijos y además cuidaba una niña, por lo que necesariamente debía dedicar tiempo a su cuidado y manutención, por lo que tampoco podría trabajar las 24 horas para el demandado, además los testigos indicaron que cuando el demandado estaba bien él mismo se preparaba alimentos o salía a un restaurante y realizaba las labores de cuidado de ropa y aseo, luego que se enfermó su hijo, su esposa, y las dos amigas le colaboraban, y además que estuvo internado en la clínica durante varios periodos, tiempo durante el cual, la demandante desde luego no le podía suministrar alimentos ni prestar ningún servicio, y son enfáticos en señalar que el demandante no tomaba ningún medicamento en horas de la noche.

En consecuencia, se impone la confirmación de la decisión de primera instancia, pues como se dijo la demandante no cumplió con la carga probatorio por lo menos de demostrar la prestación personal de servicios a favor del demandado.

Como no salió avante el recurso, se condenará en costas a la parte demandante recurrente de esta instancia. Fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de noviembre de 2020, dentro del proceso de la referencia acorde a lo considerado en precedencia

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante. Fíjese la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 002 2018 00315 01

José Francisco Churrio Manjarrés vs. Sierracol Energy Arauca LLC y otro.

Bogotá D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación de la entidad codemandada **Sierracol Energy Arauca LLC**, contra la sentencia condenatoria proferida el 18 de febrero de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. José Francisco Churrio Manjarrés, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra Occidental de Colombia LLC (hoy Sierracol Energy Arauca LLC) y Consultoría Colombiana S.A., con el fin de que se declare la existencia de un primer contrato de trabajo con la primera, desde el 3 de diciembre de 1990 hasta el 22 de junio de 1993 y un segundo contrato laboral con la segunda, entre el 12 de abril y el 20 de diciembre de 1988 y, en consecuencia, se condene a ambas entidades a convalidar ante Colpensiones el tiempo laborado y no cotizado al subsistema de pensiones, lo *ultra* y *extra petita*, y costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que laboró al servicio de las dos entidades codemandadas Occidental de Colombia LLC (hoy Sierracol Energy Arauca LLC) y Consultoría Colombiana S.A., en las fechas enunciadas, sin que hubiese sido afiliado al Sistema de Seguridad Social en pensiones, por lo que al no ver reflejados los ciclos de cotización en su historia laboral, el 25 de octubre de



2017 les solicitó a las accionadas información sobre los salarios devengados, el municipio donde ejecutó su labor, número de afiliación, a lo cual solo la última le contestó que debido a que el ISS no tenía cobertura en su sitio de trabajo y tratarse de un contrato celebrado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 *“no existía obligación por parte de la empresa de afiliación y pago de aportes para el seguro de invalidez, vejez y muerte o para el traslado de la reserva actuarial por el tiempo de servicio”*.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Occidental de Colombia LLC (hoy Sierracol Energy Arauca LLC) aceptó la existencia del contrato de trabajo, pero se opuso a la pretensión de convalidación de tiempos no cotizados al subsistema de pensiones, tras argumentar que nunca hubo llamamiento obligatorio de inscripción de sus trabajadores al extinto ISS, *“en razón a que no era jurídicamente posible efectuar aportes para cubrir el riesgo de vejez, sin que ninguna disposición establezca la obligación de asumir tales aportes cuando quiera que el contrato de trabajo feneció previa la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993”*. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho.

2.2. Consultoría Colombiana S.A. admitió la existencia del contrato de trabajo, pero se opuso a la pretensión ligada a la convalidación, porque su obligación de afiliar al demandante al subsistema de pensiones solo se dio hasta el año 1996. Propuso las excepciones de mérito de cobro de lo no debido y falta de causa petendi, prescripción, buena fe, condena en costas y solicitó declarar probada cualquier otra.

3. Durante la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, la jueza del conocimiento declaró probada la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario y ordenó vincular al proceso a la Administradora Colombiana de Pensiones, al igual que notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

4. Colpensiones contestó no constarle ninguno de los hechos relacionados con la existencia de los contratos de trabajo, aunque aceptó la afiliación del demandante al régimen pensional que administra, y respecto de las pretensiones, indicó que ninguna de ellas está dirigida a ella. Propuso las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no



configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y solicitó declarar cualquier hecho que configure alguna otra excepción.

5. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pese a estar notificada, no intervino en esta causa (archivo51).

6. Sentencia de primera instancia.

La Jueza Segunda Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad Consultoría Colombiana S.A., con vigencia del 12 de abril hasta el 20 de diciembre de 1988 y otro más entre el demandante y la sociedad Occidental de Colombia LLC, a partir del 3 de diciembre de 1990 al 22 de junio de 1993 y, en consecuencia, condenó al pago del valor del cálculo actuarial por cada uno de los tiempos laborados con las accionadas, con base en el último salario devengado; declaró no probadas las excepciones de mérito, e impuso condena en costas.

7. Recurso de apelación de la parte demandada. Inconforme con la decisión, la codemandada **Sierracol Energy Arauca LLC** presentó recurso de apelación, y lo sustentó en los siguientes términos: *“El recurso tiene por objeto la revocatoria de la decisión para que en su lugar el Tribunal absuelva a mi representada. El primer argumento que se expone (...) pues sería que tal como lo indicó el juzgado para la fecha de vigencia del contrato de trabajo del demandante no existía llamamiento obligatorio de inscripción, lo que hacía imposible llevar a cabo la afiliación y pago de aportes en favor del demandante. Lo anterior evidencia, entonces, no se trataba de un empleador omiso y que la ausencia de esa afiliación y pago de aportes obedeció al acatamiento estricto de la legislación que regulaba la materia. De manera puntual, se repite lo que ya se ha expuesto que únicamente con la Ley 90 de 1946 se creó el ISS por primera vez y la asunción del riesgo por parte de esa entidad se dio de manera progresiva y gradual teniendo que en el caso particular de mi representada, si bien fue llamada a inscripción a través de la resolución 4250 de 1993, como empresa petrolera, pues no es menos cierto que el lugar de prestación de servicio, que lo fue Arauca, la materialización efectiva de ese llamamiento obligatorio de inscripción y la posibilidad de afiliación y pago de aportes (...) se dio únicamente a partir del 1 de abril de 1994. En ese sentido, es claro que sin llamamiento obligatorio de inscripción no era posible, ni afiliarse, ni pagar aportes en favor de los trabajadores, lo que implica que no pueda considerarse a mi representada como un empleador omiso. Asimismo, se repite, que esta situación fáctica fue considerada por la ley y en el artículo 33 se estableció que únicamente procedía la convalidación de aportes por tiempos servidos al servicio de*



empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento directo de pensiones cuando quiera que el contrato se encontrara vigente al 23 de diciembre de 1993, que fue la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100. En el caso particular, pues el contrato finalizó de manera previa a esa data – junio de 1993 – lo que implica que no se acredite el presupuesto necesario de convalidación de esos aportes. Esta norma tuvo declaratoria de exequibilidad en sentencias proferidas por la Corte Constitucional puntualmente en la sentencia C-506 de 2001 C-10 de 2004, razón por la cual de ellas se deriva el efecto de cosa juzgada. Sin perjuicio de lo anterior que expondría en un primer término, la ausencia de obligación legal que soportara la que hoy se impone en la sentencia se aborda entonces el vehículo económico al que fue condenada mi representada que fue el pago del cálculo actuarial. Para arribar a esa decisión el juzgado señala que si bien en un inicio la CSJ pues tenía sentada una postura en torno a la inexistencia de obligación cuando quiera que el contrato no estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993, posteriormente esa postura ha venido siendo modificada (...) de manera particular, preciso algunas sentencias dentro de las que me permito relevar, aquella proferida el 24 de febrero de 2016, SL2138, porque en esa sentencia, mejor dicho, si bien no se desconoce que la CSJ ha venido modificando la postura en torno a la inexistencia de cualquier obligación, se omite por parte del despacho tener en cuenta que no ha sido pacífico y no se encuentra sentado jurisprudencialmente el tema del vehículo económico. De hecho, en esa sentencia de 2016, que es una de las sentencias que se soporta esta providencia que se impugna, se apela, se señala como obligación trasladar con base en el cálculo actuarial la suma que cubra cotizaciones de los periodos que no hubo aportes, es decir, se tiene el cálculo actuarial no como la figura aritmética concebida legalmente, sino como una operación aritmética a efectos de encontrar el valor de los aportes y por qué es importante señalar esto. Porque es que no es cierto que la CSJ en todas sus providencias haya señalado que siempre los empleadores que no tuvieron llamamiento obligatorio de inscripción y frente a los trabajadores cuyo contrato no estaba vigente al 23 de diciembre de 1993 tengan que pagar un cálculo actuarial. En muchas providencias, como incluso como en esta que el juzgado relleva y que yo también, se precisa que lo que debe pagarse es las cotizaciones por el tiempo en que no hubo aportes, y una cosa es el valor de las cotizaciones y otra cosa es el valor de un cálculo actuarial, el cual de acuerdo con el Decreto 1887 de 1994, se concibe como el valor del capital necesario para financiar una pensión de vejez. Entonces, pues más o menos es el reconocimiento directo de la pensión porque la operación que se hace es cuánto vale la pensión, entonces tú pagas un pedazo de esa pensión, y eso bien distinto a decir cuánto cuestan los aportes, que eventualmente hubieran tenido que hacerse, y esos aportes traídos a valor de hoy, cuánto valen. Eso es bien distinto, entonces, llama la atención en ese punto, en esa diferenciación conceptual, también lo que indica el juzgado referente a que este pago es necesario para consolidar el derecho pensional del demandante porque es que el valor, si se ordena el valor de las cotizaciones actualizados igualmente el actor, quien valga señalar, ya tiene las semanas para acceder a la pensión de vejez, pues tampoco es que no acceda al derecho pensional, en caso de que no tenga esos aportes, igual accedería a la pensión, porque es que está en Colpensiones, y en Colpensiones lo que usted requiere es el cumplimiento de una edad y el cumplimiento de unas semanas, y esas semanas pues se incrementarían con el valor de las cotizaciones actualizadas, sin necesidad de ordenar el cálculo actuarial para que mi representada además en un efecto mucho más gravoso derivada de esa orfandad legislativa, tenga que terminar pagando el valor del capital necesario para constituir el cálculo actuarial. Cálculo actuarial que además por su figura legal, como está concebido, como no está concebido el cálculo actuarial para estos eventos, entonces claro, las variaciones matemáticas que se tienen en consideración en el Decreto 1887, no se acomodan a esta situación particular, y esas variables cuáles son, usted necesita



una pensión de referencia, necesita un salario de referencia, necesita aplicar retroactivamente una tasa de cotización y rendimiento financiero, y ahí también llama la atención el salario de referencia porque si estamos hablando de la convalidación de tiempos servidos durante un periodo, un lapso en el que el señor se ganó determinados salarios que además fueron certificados al despacho, pues no se entiende tampoco las razones por las cuales el juzgado ordena la emisión del cálculo actuarial con base en un último salario promedio (...) y no con base en los salarios realmente devengados por el señor mes a mes porque todavía es más gravoso que mi representada tenga que pagar, incluyendo por decir cualquier cosa, un ejemplo, el año 1992 con salario \$634.000 cuando el salario en el mes de abril, de marzo, fue \$400.000. Entonces tampoco tendría ningún asidero jurídico que no se tenga en consideración los salarios realmente devengados, sino que se tome el mayor valor para poner al demandante en el mejor de los mundos y a contrario sensu condenar a mi representada a una carga absolutamente gravosa derivada de una obligación que ni siquiera existe. Finalmente, y dejando claro que pues que estamos en desacuerdo con la improcedencia de la aplicación de la figura de cálculo actuarial, tampoco, y solicito al Tribunal que se guarde especial atención en esto, porque no podría admitirse que cualquier valor en favor del demandante relacionado con un tema pensional, ya sea el cálculo actuarial, el valor de los aportes, no se pague a la administradora de pensiones a la que esté afiliado, sino que se permite que se pague a la administradora de libre escogencia del actor, ¿Por qué? Porque si el objetivo de la condena es que el señor pueda financiar su pensión, no tendría ningún sentido eventualmente que el señor dijera que por favor le pasen la plata a un fondo voluntario porque es como la libre elección del señor no está consolidando la carga que se impone a mi representada para acceder a la pensión de vejez, sino que se le estará dando un beneficio que no cubre la finalidad que se pretende. Luego es claro que no puede pagarse estos valores a una entidad distinta al fondo de pensiones en el que está afiliado. Por lo anterior, se solicita que la sentencia sea revocada para en su lugar absolver (...) subsidiariamente podría ser en caso que se considerara la existencia de algún tipo de obligación (...) deberá modificarse el vehículo económico para que en lugar de ordenarse la figura del cálculo actuarial se ordene el pago de aportes pensionales indexados, en todo caso, este pago tiene que ser dirigido únicamente a Colpensiones, que es en donde el señor se encuentra afiliado y debe considerarse como históricamente el pago ha estado tanto del empleador como del trabajador pues el demandante tiene que asumir la porción, la cuota parte, que le hubiera toca asumir, de haber existido llamamiento obligatorio de inscripción. Asimismo que debe considerarse que cualquier obligación que eventualmente se imponga a mi representada, no puede en consideración un último salario, mejor dicho, el último salario que se certificó, sino que tiene que corresponder con el salario realmente devengado durante toda la vigencia del contrato de trabajo, mes a mes, en los anteriores términos dejamos rendido el recurso de apelación”.

8. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido, intervinieron la entidad apelante y Colpensiones.

7.1. Alegatos de Sierracol Energy Arauca LLC. Insistió en que para el momento en que existió el contrato de trabajo con el demandante el extinto ISS no tenía cobertura, por lo que solo fue hasta la resolución No. 4250 del 28 de septiembre de 1993 que se resolvió fijar como fecha de iniciación de inscripción al IVM a los trabajadores de las empresas petroleras el 1º de octubre de ese año, de modo que



antes de esa calenda no tenía obligación de afiliar al demandante, ni mucho menos de pagarle los aportes a seguridad social en pensiones. Reiteró que con las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004 proferidas por la Corte Constitucional se estudió sobre el requisito contemplado en el literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 sobre la vigencia de la relación laboral al 23 de diciembre de ese año, razón por la cual no existe ninguna disposición que la obligue a constituir títulos que convaliden los tiempos no cotizados con anterioridad. Persistió en que, aun si en gracia de la discusión se admitiera su obligación, lo único que se procedería sería el traslado actualizado de los aportes *“que se hubieran llevado a cabo en el escenario de haber existido llamamiento obligatorio de inscripción”* y no cálculo actuarial, con participación de la cuota parte que le corresponde al trabajador, tal como se dejó claro en las sentencias T-492 de 2013 y T-014 de 2016.

7.2. Alegatos de Colpensiones. Solicitó que se confirme el fallo de primera instancia, pero pide se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la relación laboral reclamada en la demanda se pretendió únicamente respecto de Occidental de Colombia LLC y Consultoría Colombiana S.A., no con esa entidad.

9. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: **1)** ¿Desacertó la jueza a quo cuando impuso condena a la entidad recurrente al pago del cálculo actuarial por los tiempos no cotizados al subsistema de pensiones?; **2)** ¿La jueza a quo desatinó cuando dispuso que la solución técnica para cuando se evidencia una omisión en la afiliación al subsistema de pensiones por falta de cobertura del extinto ISS es el pago del cálculo actuarial?; **3)** ¿El hecho que un trabajador pueda tener garantizado el derecho a la pensión de vejez es un argumento válido para exonerar el empleador de su obligación?; **4)** ¿La obligación de pago del cálculo actuarial desaparece cuando el contrato de trabajo no estaba vigente al 23 de diciembre de 1993?; **5)** ¿Erró la jueza a quo cuando condenó al pago del cálculo actuarial de las cotizaciones a seguridad social en pensiones con el último salario devengado?; **6)** ¿Se equivocó la jueza a quo al no tener en cuenta que el empleador solo debe asumir el 75% del valor del cálculo actuarial?; y **7)** ¿Desacertó la jueza a quo cuando dispuso el cálculo actuarial se pagaría a la entidad en la que se encuentre afiliado o elija eventualmente el demandante?



10. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que la sentencia apelada será **modificada** en cuanto a los salarios base del cálculo actuarial, **adicionada** para precisar sobre su pago, y en lo demás se **confirmará**.

Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Art. 33 L. 100 de 1993, CSJ SL646-2013, CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL7251-2015, CSJ SL7854-2015, CSJ SL2138-2016, CSJ SL3892- 2016, CSJ STL6796-2016, CSJ SL10122-2017, CSJ SL3547-2018, CSJ STL4148-2018, CSJ SL5535-2018, CJ SL1356-2019, CSJ SL2811-2019, CSJ STL3473-2019, CSJ SL3995-2019, CSJ SL2353-2020, CSJ SL2584-2020, CSJ SL5110-2020, CSJ SL220-2021, CSJ SL673-2021, CSJ SL2059-2021, CSJ SL2465-2021, CSJ SL3606-2021, CSJ SL3867-2021, CSJ SL4843-2021, CSJ SL2421-2021, CSJ SL2340-2022, CSJ SL2798-2022, CSJ SL3847-2022, CSJ SL2876-2022, CSJ SL4282-2022, CSJ SL4321-2022, CSJ SL087-2023, CSJ SL244-2023.

Consideraciones.

En este asunto no se encuentra en discusión que entre el demandante y la entidad recurrente Occidental de Colombia LLC (hoy Sierracol Energy Arauca LLC) existió un contrato de trabajo, con vigencia desde el 3 de diciembre de 1990 hasta el 22 de junio de 1993, sin que el primero haya sido afiliado al subsistema de pensiones, situaciones fácticas aceptadas por la pasiva, en cuanto a los extremos laborales y al considerar que no tenía obligación de afiliarse al demandante.

A continuación, por cuestiones de método, esta Sala procede a darle solución a los problemas jurídicos planteados, en el siguiente orden:

¿Desacertó la jueza a quo cuando impuso la obligación a la entidad recurrente de hacerse cargo de los tiempos no cotizados a favor del trabajo al subsistema de pensiones por falta de cobertura del ISS?

Para resolver sobre este primer interrogante, se recuerda que, aunque la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en una época anterior, no tenía una línea jurisprudencial consolidada sobre el tema puesto en discusión, porque en un primer momento llegó a considerar que el empleador era inmune a toda responsabilidad generada por la falta de afiliación de un trabajador al subsistema de pensiones por falta de cobertura del extinto ISS por lo que descartó toda posibilidad



de éxito a las pretensiones en ese sentido (CSJ SL, 24 jul. 2006, rad. 26078; CSJ SL, 29 jul. 2008, rad. 29180; CSJ SL, 1º jul. 2009, rad. 32942 y CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 39914), con las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 abandonó esa tesis de inmunidad total del empleador, para optar por aquella que le endilga responsabilidad por la omisión en la afiliación al sistema de pensiones por falta de cobertura del extinto ISS, basada en que, muy a pesar del carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales determinado en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, del cual asumiría gradualmente la entidad de seguridad social cuando entrara a operar, el empleador debía realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador haya laborado para entregársela a aquella en un momento dado, a efectos de garantizar el derecho pensional, ya que, por una omisión legislativa no resultaba razonable y suficiente para cargarle consecuencias adversas a la parte débil de la relación laboral.

De ahí que, aun cuando la carga pensional continuó radicada en cabeza de los empleadores, el solo llamamiento de inscripción a los riesgos de invalidez, vejez y muerte ordenado a través del Acuerdo 224 de 1996, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, no se traducía en un total desprendimiento de las obligaciones a su cargo, so pena de desconocer la protección integral que se debía dispensar a los trabajadores a través del pago de un cálculo actuarial en los eventos en que la subrogación no cubriera el periodo totalmente laborado o impidiera consolidar el derecho pensional irrenunciable.

Esta posición es la que se ha mantenido uniforme y pacífica desde entonces, tal como puede consultarse, entre otras, en las sentencias CSJ SL7251-2015, CSJ SL7854-2015, CSJ SL2138-2016, CSJ SL3892- 2016, CSJ SL10122-2017, CSJ SL3547-2018, CSJ SL5535-2018, CSJ SL3995-2019, CSJ SL5110-2020, CSJ SL673-2021, CSJ SL2059-2021, CSJ SL2465-2021, CSJ SL4843-2021, CSJ SL2421-2021, CSJ SL3847-2022, CSJ SL2876-2022, CSJ SL4321-2022 y CSJ SL244-2023, y es la que comparte esta Sala, porque precisamente una falta de cobertura en determinadas zonas geográficas no puede truncar la posibilidad de consolidar un derecho pensional; por el contrario, nutrirlo con el reconocimiento de un dinero que beneficiará su monto desde el ingreso base de liquidación o tasa de reemplazo.



Específicamente, en el campo del sector petrolero, la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias CSJ SL220-2021, CSJ SL3606-2021 y CSJ SL3867-2021, consideró:

“Al respecto, la recurrente sostuvo que no había lugar al pago de cotizaciones por el período ya señalado, comoquiera que, en el caso de las empresas del sector petrolero, dicha obligación surgió solamente a partir del 1.º de octubre de 1993, cuando entró en vigencia la Resolución ISS 4250 de ese año.

En consecuencia, encuentra la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar, si se equivocó el *ad quem* al definir que Halliburton Latin América SRL Sucursal Colombia debía realizar las cotizaciones correspondientes al tiempo que el señor Galindo Junco prestó sus servicios.

Entrados en materia, lo que sí es cierto es que la posición de la Corte respecto de la intelección del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y los artículos 59 a 61 del Acuerdo 244 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 del mismo año, está decantada y ese resulta ser el aspecto nodular por dilucidar en este caso.

Aunque hubo posiciones divergentes en el pasado, a partir de la sentencia CSJ SL9856-2014, el criterio respecto de que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a períodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura, ha sido pacífico y uniforme. Así razonó entonces la Sala en ese momento:

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la



entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer *«El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»*; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué *ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.*

(...)

Añádase a lo anterior que la seguridad social en particular fue definida a nivel constitucional como un servicio público de carácter obligatorio, sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (art. 48 CN); y que la Corte, en desarrollo de ese fenómeno de constitucionalización del derecho laboral y de la seguridad social, ha propuesto y materializado la reinterpretación de algunas normas de orden legal, preconstitucionales, para armonizarlas con el texto y el espíritu de la Carta del 91, cristalizando lo dispuesto en el artículo 93 en cuanto prevalecen en el orden interno los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos



humanos y que la interpretación de los derechos y deberes debe sujetarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En consecuencia, de cara a lo ilustrado por nuestro máximo organismo de cierre, no tiene respaldo la entidad recurrente en cuestionar que la falta de cobertura del ISS es un razón de peso para desligarla de su obligación y, en esa medida, acertó la jueza a quo cuando le impuso la obligación de hacerse cargo de los tiempos laborados no cotizados del trabajador al subsistema de pensiones.

¿La jueza a quo desatinó cuando dispuso que la solución técnica para cuando se evidencia una omisión en la afiliación al subsistema de pensiones por falta de cobertura del extinto ISS es el pago del cálculo actuarial?

La jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral y de la seguridad social ha sostenido que los tiempos laborados en los que los empleadores no estaban obligados a afiliar a los trabajadores, bien sea porque no había cobertura o se trataba de un empleador omiso, deben ser contabilizados para efectos de un eventual reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que la solución técnica es el pago de un cálculo actuarial liquidado, con sujeción a las reglas descritas en el Decreto 1887 de 1994, compilado en el Decreto 1833 de 2016, reformado hoy por el Decreto 1296 de 2022 (CSJ SL1356-2019; CSJ SL2353-2020; CSJ SL4282-2022).

Lo anterior en aplicación del inciso 2º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que preceptúa que en los casos previstos en los literales b), c), d) y e), entre los cuales se encuentran las hipótesis de tiempos públicos laborados no cotizados y tiempos de servicios con empleadores que por omisión no afiliaron al trabajador al sistema, estos se computan siempre y cuando el empleador traslade *“con base en el **cálculo actuarial** la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora”.*

Cabe resaltar que si bien el aporte al seguridad social en pensiones por cálculo actuarial y el aporte pensional con su indexación podrían eventualmente habilitar tiempos servidos para efectos de un derecho pensional, estos se rigen por una regla de liquidación completamente disímil por cada uno responde a lógicas matemáticas distintas (CSJ SL, 4 nov. 2009, 36439; CSJ SL2811-2019). En detalle, el cálculo actuarial está referido a una modalidad de las matemáticas aplicadas que se utiliza para predecir o tratar de simular hechos económicos específicos atendiendo a sus



posibles consecuencias y a los costos que ellos supondrían, en caso de llevarse a cabo, previo análisis y ponderación de ciertos factores legales (CSJ SL2798-2022).

En ese contexto, acertó la jueza a quo cuando determinó que la solución adecuada para contrarrestar la falta de afiliación no es otra que atribuirle al empleador el pago del cálculo actuarial, y no los aportes pensionales indexados como equivocadamente se pretende, al corresponder a dos escenarios completamente diferentes y obtenerse su resultado a raíz de fórmulas matemáticas diseñadas para efectos distintos.

¿El hecho que un trabajador pueda tener garantizado el derecho a la pensión de vejez es un argumento válido para exonerar el empleador de su obligación?

La jurisprudencia ordinaria laboral ha enfatizado en que el hecho de que un trabajador tenga garantizado el derecho a la pensión de vejez por cumplir los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, o sencillamente cuente con un número escaso de ciclos cotizados al sistema, no significa que el empleador esté exonerado de su obligación o que la autoridad judicial avale el desconocimiento del derecho irrenunciable a la seguridad social, en el primer caso, porque el tiempo faltante puede ser tenido en cuenta para un eventual aumento de la tasa de reemplazo o el ingreso base de liquidación, según el caso, (CSJ STL3473-2019) y en el segundo porque en nada interesa un tiempo precario de cotizaciones, como tampoco puede absolverse por una mera suposición que no es razonable, sobre la cual no puede asegurarse que no llegará a consolidar el derecho (CSJ STL6796-2016; CSJ STL4148-2018).

En consecuencia, no tiene razón la entidad recurrente cuando cuestiona su obligación porque nada impide que el demandante pueda alcanzar su pensión.

¿La obligación de pago del cálculo actuarial desaparece cuando el contrato de trabajo no estaba vigente al 23 de diciembre de 1993?

La jurisprudencia ordinaria laboral ha profundizado en que no es de recibo el argumento según el cual la vigencia del contrato de trabajo al momento de comenzar a regir la ley de seguridad social debe tenerse como una condición necesaria para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, razón



por la cual, la solución es inaplicar ese condicionamiento, por ser contrario a los postulados de la seguridad social (CSJ SL646-2013, CSJ SL2138-2016). En la última sentencia, la alta corporación puntualizó:

“(...) Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

*Cabe decir también que la **Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014 (...).***

Es más, en relación con el argumento según el cual el aparte normativo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 506 de 2001 con efectos *erga omnes*, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que no es admisible utilizarla como razón para ser exonerado de la obligación en comento porque la ratio decidendi de esta decisión se hizo únicamente desde la perspectiva del derecho a la igualdad, por manera que no lo fue desde la vista de principios superiores diferentes, como los relativos a la seguridad social y los derechos adquiridos, establecidos por los artículos 48 y 58 de la Constitución Política, tal y como lo acogió en sentencia CSJ SL2138-2016 en el siguiente sentido:

“En este aspecto, desde las sentencias CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398 y CSJ SL646-2013 esta Sala de la Corte ya había justificado la necesidad de inaplicar ese tipo de condicionamientos, por ser contrarios a la intención del legislador plasmada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En dichas decisiones se recalcó que «...la Ley 797 de 2003 no estaba creando por primera vez la obligación del empleador de responder por el tiempo servido por el trabajador sin la afiliación



debida, puesto que esta obligación, en esencia, ha existido desde el momento mismo en que surgió, para este, la obligación de afiliar al trabajador al ISS. Con la modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 lo que se quiso fue adecuar al régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, la forma de hacer el cómputo de los tiempos laborados por el trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época...»

También la Sala considera pertinente destacar que ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Posición que se ha mantenido pacífica y ha sido reiterada por sentencias CSJ SL3995-2019, CSJ SL2584-2020, CSJ SL673-2021 y CSJ SL3606-2021.

Por lo demás, se agrega que en la sentencia C-1024-2004, la Corte Constitucional dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-506 de 2001. Luego, aplican las mismas razones de peso para aseverar que no se trata de cosa juzgada sobre la materia desde la perspectiva que se pretende hacer ver por la entidad recurrente.

¿Erró la jueza a quo cuando condenó al pago del cálculo actuarial de las cotizaciones a seguridad social en pensiones con el último salario devengado?

La entidad recurrente cuestiona que cálculo actuarial debe efectuarse con los salarios mes a mes, y no con el último salario como lo determinó la jueza a quo.



Al respecto, se precisa que, al no estar en discusión la relación laboral entre las partes, la entidad recurrente debe responder por el cálculo actuarial por todo el tiempo laborado, lo que se traduce en su pago con destino a la entidad de seguridad social en la que se encuentre afiliado o pueda eventualmente afiliarse el trabajador, para lo cual debe tenerse en cuenta lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, compilado en el Decreto 1833 de 2016, actualizado por el Decreto 1296 de 2022, para tener en cuenta factores como la fecha de nacimiento y los salarios percibidos durante ese interregno (CSJ SL2340-2022), de los cuales se tomará la edad, la fecha y el salario de referencia, así como la fecha de corte, entre otras variables.

En sentencia CSJ SL087-2023, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema estimó:

“En igual sentido, no le asiste razón a la recurrente, respecto del argumento que plantea que la liquidación del cálculo actuarial debe hacerse teniendo en cuenta el ingreso «[...] devengado por el demandante, mes a mes, durante el periodo del 30 de enero de 1973 al 14 de septiembre de 1982, y con referencia a las tablas de categorías y aportes vigentes para ISS durante el precitado lapso; y en subsidio de esto, con referencia al último salario mensual devengado por el demandante y ubicado en las precitadas tablas de categorías y aportes de ISS para septiembre de 1982».

Al respecto, esta Corporación tiene definido que, para liquidar el bono o título pensional, debe tenerse en cuenta la fecha de nacimiento del trabajador y los salarios que este percibió en el tiempo en que no se efectuaron aportes al Sistema General de Pensiones.

En pronunciamiento CSJ SL2340-2022, se dijo que, «Para los efectos de la liquidación, se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento [...] y los salarios percibidos en ese interregno». En este sentido, el Tribunal decidió:

[...] el pago del cálculo actuarial, mediante título pensional que para el efecto elabore Colpensiones, por concepto de aportes a pensión del demandante durante el periodo comprendido entre el 30 de enero de 1973 y el 14 de septiembre de 1982, teniendo en cuenta para ello los salarios devengados durante la vigencia de la relación laboral con la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A, para cada anualidad, siendo el del último año la suma US 455.218,33 dólares, para lo cual deberá utilizar la tasa de cambio de cada año. De lo resuelto, se encuentra que la disposición sobre la forma de liquidación del cálculo actuarial, se ajusta al Decreto 1887 de 1994 y al



precedente jurisprudencial de esta Corporación, en el entendido que señala que este lo debe realizar Colpensiones con base en los salarios devengados durante toda la relación laboral.

De esta manera se evidencia que la entidad recurrente no tiene razón en sostener una forma de liquidación que no se acompasa con la ley, sin que el simple hecho de su desacuerdo sea una razón para que el Tribunal desatienda su contenido.

Con todo, sí habría que agregar que la juzgadora de instancia no debió anticiparse a determinar el último salario como único factor a tener en cuenta para tal efecto, sino establecer como parámetros los montos percibidos por el trabajador durante el tiempo laborado, para que fuera la entidad de seguridad social, quien con base en esos datos, señale el salario base de liquidación del cálculo actuarial por la convalidación de los tiempos laborados a través de la figura del salario de referencia. En ese sentido, habrá de modificarse la sentencia apelada.

Debido a que los salarios devengados por el trabajador para los años 1990, 1991, 1992 y 1993 están acreditados en la relación de pagos aportada al expediente (archivo71), se establecerán los salarios anuales, y no mensualizados, así:

Año	Salario promedio mensual
1990	\$ 280.000,00
1991	\$ 356.052,75
1992	\$ 476.089,17
1993	\$ 634.062,33

Para una mejor ejecución de la sentencia, se concede a la parte demandante el término de **5 días hábiles** siguientes a la ejecutoria, para que confirme en qué entidad se encuentra afiliado en la actualidad, al cabo de lo cual el empleador cuenta con un plazo de **5 días hábiles** para solicitar la elaboración del cálculo actuarial, y una vez concretado su monto, tiene un término de **30 días calendario** para efectuar su pago. En caso de que el empleador no eleve solicitud, el trabajador está habilitado para hacerlo dentro del término de **5 días hábiles**, y una vez se conozca el valor de la deuda, el empleador tiene un plazo de **30 días calendario** para pagarlo.

¿Se equivocó la jueza a quo al no tener en cuenta que el empleador solo debe asumir el 75% del valor del cálculo actuarial?



La jurisprudencia ordinaria laboral también ha indicado que como el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 consagra que es el empleador quien debe trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente, representada en un bono o título pensional, no es correcto incluir al trabajador en esa obligación (CSJ SL2584-2020, CSJ SL673-2021 y CSJ SL244-2023). En estas sentencias se dijo:

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el parágrafo 1.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».

De modo que, no le asiste razón a la sociedad recurrente en cuanto afirma, que el Tribunal se equivocó al condenarla al pago del cálculo actuarial por la totalidad del tiempo en que el demandante laboró para ella, y no por el pago del 75% de los aportes a pensión indexados”.

Por consiguiente, no se equivocó la jueza a quo al determinar que empleador debe asumir el 100% del valor del cálculo actuarial, sin la participación del trabajador.



¿Erró la jueza a quo cuando dispuso el cálculo actuarial se pagaría a la entidad en la que se encuentre afiliado o elija eventualmente el demandante?

La jueza a quo consideró que la entidad recurrente debía efectuar el pago del cálculo actuarial con destino a la entidad de seguridad social en la que se encuentre afiliado el demandante o la que eventualmente elija para tales efectos.

La Sala acompaña la decisión de primera instancia, porque considera que se ajusta a la lectura e intelección del inciso 2 del literal e) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por la Ley 797 de 2003, según la cual el valor del cálculo actuarial debe estar dirigido a la entidad de seguridad social en la cual se encuentre afiliado el trabajador, bien sea en el régimen solidario de prima media con prestación definida o en el régimen de ahorro individual con solidaridad, como producto de la libre elección que debe ser respetada y que, de hecho, tiene asidero en el literal b) del artículo 13 de la misma ley, según el cual *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”* y que *“el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1 del artículo 271 de la presente ley”*. No obstante, y para evitar que se interprete de una manera inadecuada la expresión *“a su libre escogencia”* dispuesta en la sentencia, habrá de precisarse la condena en el sentido de establecer que el cálculo actuarial deberá pagarse con destino a Colpensiones, entidad en la que se encuentra afiliado el demandante o, en su defecto, a aquella en la que se encuentre válidamente afiliado posteriormente, para no dar entender que puede elegir sin respetar los tiempos mínimos de permanencia, o que se le cercene la posibilidad de un traslado eventual, o se desconozca algún traslado que se hubiere efectuado desde el año 2018 en adelante.

En estos términos quedará precisada la sentencia objeto de apelación, y así quedan resueltos entonces todos los puntos objeto de inconformidad.

Finalmente, y en cuanto a la solicitud de Colpensiones en los alegatos de segunda instancia, la Sala considera que no hay que emitir pronunciamiento alguno, primero porque esa entidad no apeló, como tampoco resultó condenada, al margen de que la juzgadora de instancia la hubiera vinculado como litisconsorte necesario, el que, para el caso específico, constituía era uno facultativo, porque bien podía resolverse la procedencia del cálculo actuarial de los empleadores omisos, sin su comparecencia al proceso.



Costas. Por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación, no habrá condena en costas en esta instancia ante su no causación.

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

Resuelve:

Primero: Modificar el numeral tercero de la sentencia apelada, para disponer que el cálculo actuarial de las cotizaciones a seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 3 de diciembre de 1990 y el 22 de junio de 1993, que debe liquidarse con sujeción al Decreto 1887 de 1994, compilado en el Decreto 1833 de 2016, a cargo de la sociedad Occidental de Colombia LLC (hoy **Sierracol Energy Arauca LLC**) deberá tener en cuenta los siguientes salarios:

Año	Salario promedio mensual
1990	\$ 280.000,00
1991	\$ 356.052,75
1992	\$ 476.089,17
1993	\$ 634.062,33

Segundo: Adicionar la sentencia apelada, en el sentido de precisar que el cálculo actuarial de las cotizaciones pensionales del demandante deberá pagarse con destino a Colpensiones, entidad en la que se encuentra afiliado o, en su defecto, en la que eventualmente esté inscrito, o decida afiliarse con sujeción a la ley.

Para una mejor ejecución de la sentencia, se concede a la parte demandante el término de **5 días hábiles** siguientes a la ejecutoria, para que confirme en qué entidad se encuentra afiliado en la actualidad, al cabo de lo cual el empleador cuenta con un plazo de **5 días hábiles** para solicitar la elaboración del cálculo actuarial, y una vez concretado su monto, tiene un término de **30 días calendario** para efectuar su pago. En caso de que el empleador no eleve solicitud, el trabajador está habilitado para hacerlo dentro del término de **5 días hábiles**, y una vez se conozca el valor de la deuda, el empleador tiene un plazo de **30 días calendario** para pagarlo.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

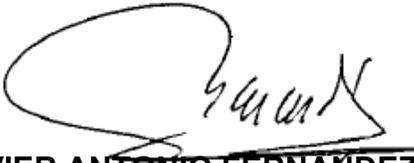
Cuarto: Sin lugar a imponer condena en costas ante su no causación.

Quinto: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 025 2014 00185 01

Yorledis Pájaro Torres vs. Fabricaciones de Tapas Plásticas Ltda & otros.

Bogotá D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2021 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Yorledis Pájaro Torres, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la sociedad Fabricaciones de Tapas Plásticas Ltda., y solidariamente contra Juan José Quintero, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente desde el 25 de abril de 2011 hasta el 4 de abril de 2013 y, en consecuencia, se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización por despido indirecto, indemnizaciones moratorias contenidas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, indexación y costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que el 25 de abril de 2011 celebró un contrato de trabajo verbal con la entidad demandada, en virtud del cual prestó sus servicios personales en el cargo de 'elaborar tapas plásticas', con funciones de *“escoger tubos para crema, vender a you pascal, soplado y arreglo de dorsay, ensamble mitchica/jeans/its, corte de mitchica/its/jea/ni, ensamble sexy, corte pm sexy/retiro mitchi/sexy y cajas de lana alumnio”*, en una jornada laboral que iba de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 1:00 p.m., y de 2:00 p.m. a 5:30 p.m., y los sábados de 8:00 a.m. a 1:00



p.m., a cambio de un último salario de \$567.200, más el auxilio de transporte de \$67.800, expresa que no le consignaron el auxilio de cesantías a un fondo, ni le pagaron sus derechos laborales, entre ellos, el haber disfrutado de sus vacaciones durante todo el tiempo laborado.

Indicó que Juan José Quintero, en su calidad de representante legal y socio de la compañía, era la persona que directamente impartía órdenes *“por lo tanto, es solidariamente responsable del pago (...) de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuda, objeto de esta demanda, de conformidad con el artículo 36 del C.S. de T”*.

Agregó que el 4 de abril de 2013 su empleador le notificó su decisión de despedirla *“por el hecho de no querer firmar un contrato de prestación de servicios, a través de un tercero”*, razón por la cual le adeuda la indemnización por despido injustificado.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Fabricaciones de Tapas Plásticas Ltda – Fatplast Ltda y su representante legal Juan José Quintero, contestaron que conocieron a la demandante por su relación familiar y personal con Diana Carolina Fuentes Villamizar, quien fungió como contratista de la compañía, pero se oponen a las pretensiones de la demanda, porque ella no estuvo vinculada laboralmente con la entidad demandada, ni prestó sus servicios personales, y mucho menos recibió órdenes e instrucciones, como tampoco cumplió horario de trabajo. Propusieron las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa, mala fe, prescripción, buena fe, y solicitó declarar probada cualquier otra que esté probada. En escrito separado, llamaron en garantía a Diana Carolina Fuentes Villamizar, con quien celebraron varios contratos de prestación de servicios para realizar el reacondicionamiento de productos varios, y era cuñada de la demandante.

2.2. Diana Carolina Fuentes Villamizar se opuso al llamamiento en garantía, dice que en virtud de la contratación celebrada con la entidad demandada, no podía contratar personal, ni actuar como outsourcing de nómina, ni comportarse como empresa de servicios temporales, razón por la cual la entidad demandada lo que busca es desviar el pago de las acreencias laborales de la demandante, en razón a que ella prestaba sus servicios personales en forma subordinada, en cumplimiento de una jornada laboral de lunes a viernes de 8 a.m. a 5 p.m., con 1 hora de almuerzo, y los sábados de 8 a.m. a 1 p.m.; aceptó ser cuñada de la demandante, pero eso no significa que la hubiera contratado; indicó que *“al ser la señora Pájaro*



trabajadora directa de Fatplast Ltda”, no podía recibir dineros de su parte, sino de la entidad, *“quien semanalmente le pagaba sus salarios y bajo esta modalidad, no la incluían en nómina para tratar de desvirtuar un contrato laboral”*. No propuso excepciones mérito.

3. Sentencia de primera instancia.

El Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 24 de mayo de 2021, absolvió a la parte demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, sin imponer condena en costas.

4. Recurso de apelación de las partes. Inconformes con la sentencia, las partes presentaron recurso de apelación y lo sustentaron en los siguientes términos:

4.1. Recurso de apelación de la parte demandante. Respaldo su inconformidad en que *“(...) concerniente a la absolución de la parte demandada con referencia a que no se declaró las funciones, el salario, que tenía mi mandante con la empresa (...) sea lo primero para manifestar que, si bien es cierto señor juez que en la parte de los hechos de la demanda se manifestó que el salario devengado por mi mandante era \$567.200, se pudo establecer ese valor dado que si bien es cierto como lo dijo su despacho, habían valores, varios valores en las diferentes cuentas de cobro que mi mandante presentaba a la sociedad demandada, también es cierto que como es de conocimiento y así lo estipula el CST y múltiples sentencias que nadie en Colombia puede devengar menos de 1 salario mínimo legal vigente, por lo que considero que si al momento de su despacho, habría estudiado los valores diferentes que se presentaron en las facturas que presentó mi mandante, hubiese partido que devengaba como tal un salario mínimo. Hecho que brilla por su ausencia, al momento de manifestar el señor juez en cuanto tiene que ver con el salario que no se presenció, ni tampoco se indica según su decir que fue plasmado, ni en ningún documento por los diferentes valores. Ahora bien, con base en las funciones que tenía mi mandante, si bien es cierto, en el objeto de la función, el objeto de la empresa demandada, no estaban plasmados como tal lo que mi mandante realizaba, con la llamada en garantía y otras personas más, también es cierto que ella, al momento de exponer en sus testimonios y en su interrogatorio manifestaron cuál eran las funciones que realizaba la señora Pájaro para la empresa demandada. Si bien es cierto no estaba plasmado en forma clara y sucinta en la empresa, como tal ese objeto que ella desarrollaba, también es cierto que el objeto de la empresa es muy amplio porque en uno de sus apartes que su señoría alcanzó a leer se indicaba que realizar la elaboración de varias tapas plásticas dentro de las cuales se encontraban las funciones que desarrollaba la señora Yorledis Pájaro. Ahora bien, si bien es cierto los elementos del contrato de la señora Yorledis Pájaro se pudieron, la parte demandada no pudo establecer que no se dieron, también es cierto que la sentencia SL105-2020, 76477, MP Martín Beltrán Quintero, indicó, entre otras, que para determinar si una trabajadora había laborado o no, bajo una subordinación o en forma directa de una empresa, solo bastaba con establecer que había laborado así no estuviera vínculo de subordinación como tal. Entre otros, manifestó ‘para considerar acreditada la subordinación en un vínculo contractual, se requiere tener consciencia sobre todos los hechos presentados en la ejecución del contrato, se requiere tener consciencia sobre todos los hechos*



presentados y pues la esencia de la configuración del contrato de trabajo bajo este tipo es la propia realidad, por esta razón más que las palabras usadas por los contratantes y los documentos de su voluntad para definir el tipo de relación que van a formalizar, lo que debe imponer al juzgador y por mandato constitucional es el contenido material del vínculo y los hechos que verdaderamente se dieron' y continúa 'que la actividad desarrollada por el demandante en favor del demandado y en lo que respecta a la subordinación jurídica no es menester su acreditación cuando la primera prestación personal del servicio se hace manifiesta, pues en tal evento lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal del artículo 24 del CST según la cual 'se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo'. En otras palabras, el demandante solo le basta probar su actividad personal en favor del demandado para que se presuma en su favor la existencia del vínculo laboral'. Si bien es cierto su despacho salió adelante en este sentido de que el verdadero empleador de mi mandante fue la empresa Farplas Ltda, también es cierto que a través de los diferentes recibos de pago, el interrogatorio que el mismo señor Juan José Quintero indicó que la señora sí laboraba, los recibos presentados que tienen fecha hasta el 2013, se puede evidenciar que sí se estableció la fecha de inicio y la fecha de terminación de la relación laboral entre mi mandante con la empresa demandada. Por lo tanto, me permito solicitar al superior sea revocada en esta parte la sentencia proferida por su despacho y en consecuencia establecer que la demandante sí se estableció con los interrogatorios, tanto de ella y de la señora Diana Fuentes, que sí ejerció un cargo y con base en el objeto especial de la empresa. Que la fecha de iniciación sí se puede demostrar con los mismos interrogatorios de la señora Diana Fuentes y la señora Yorledis Pájaro, donde se estableció la fecha de iniciación y la fecha de terminación. Y con relación a las funciones, está dentro de las mismas, objeto de la empresa demandada, como se lo dije anteriormente. Y con relación al salario como lo dije anteriormente, si bien es cierto no se estableció como tal un salario variable, se puede establecer que con base en la norma y la jurisprudencia que ha indicado que nadie puede desempeñar o devengar un salario mínimo legal, considero que debió condenar a la empresa demandada de todas mis acreencias, tomando como tal un salario mínimo, razón por la cual solicito del superior sea revocado todos estos hechos que le fueron adversos a mi demandante y, en consecuencia de ello, salgan adelante las pretensiones de mi demanda (...)

4.2. Recurso de apelación de la parte demandada. Indicó lo siguiente: "debido a que en la parte motiva de la decisión que usted acaba de realizar manifiesta que existió una relación laboral entre la sociedad y la señora Pájaro Torres teniendo en cuenta que existe una intermediación o existió una intermediación con la señora Diana Carolina Fuentes y la sociedad Fatplast, ilegal esta, que en contravía de lo probado en el proceso, y me permito sustentar el recurso únicamente formulado en contra de la situación jurídica que sustenta el despacho al reconocer la existencia de una relación laboral y mi representada de la siguiente forma. En primer lugar, todos los documentos que obran al proceso sin firma, ni nota de autor, fueron objeto de oposición en las pruebas, en las contestaciones de la demanda con fundamento en que obran al proceso, no fueron elaborados por mi representada y, por ende, no pueden ser aducidos como prueba en su contra, más aun con lo que el despacho determinó existían pagos que eran variables y que fueron realizados por mi representada, situación jurídica y fáctica que no es cierta. La sociedad Fatplast Ltda jamás recibió una cuenta de cobro por parte de la demandante y eso es claro al proceso porque si hubiera existido esa cuenta de cobro hubiera sido en consecuencia la manera cómo ella manifestaba era entregada esta cuenta de cobro, esto es, que eran presentadas al señor Juan José Quintero y, por ende, el documento que



*debió haber aportado la parte actora y no lo hizo porque no existió, debió contar con una firma de la persona que supuestamente recibía las cuentas de cobro (...) Y eso no es cierto debido a que mi representada jamás en ningún momento, de ningún tiempo en los cuales la señora Yorledis Pájaro Torres ejecutó actividades de reacondicionamiento presentó ningún tipo de documento solicitando pagos a mi representada porque ella no fungía como su trabajadora, situación jurídica que es clara al proceso. Su señoría hizo un análisis muy juicioso de las pruebas testimoniales aportadas al plenario, pero omitió manifestar el testimonio de Ana Silvia Salgado, quien afirmó en la última audiencia que se celebró que desempeñó actividades de reacondicionamiento en el mismo lugar y bajo la misma directriz de Diana Carolina Fuentes y manifestó de manera clara que ni Diana Carolina, ni mucho menos Fatplast ordena o hacía o impartía instrucciones a la señora demandante. ¿Eso qué quiere decir? Ninguna de las dos partes, esto es, Diana Carolina Fuentes, llamada en garantía ni la sociedad imponía órdenes e instrucciones horario de trabajo o mucho menos condiciones de subordinación directa por parte de algún empleador, y a cargo de la señora demandante (...) Entonces su señoría si no hay subordinación porque no fue probada al proceso y ese es un elemento que me llama la atención que el despacho con toda firmeza anuncia la existencia de una relación laboral no fue dilucidada por el despacho, ni mucho menos probado por la parte actora, teniendo en cuenta que la parte actora lo que hace es afirmar la existencia de un contrato de trabajo, pero no demuestra la existencia de ninguno de los elementos. Solamente la presencia de la señora Yorledis Pájaro Torres en unas instalaciones que ya se explicó los motivos por los cuales ella tuvo que llegar a ese lugar teniendo en cuenta que los elementos que se hacían en reacondicionamiento tenían como destino final una empresa de cosméticos y que era muy complicado por contaminación cruzado que cada uno de los contratistas o de las personas que de manera independiente y libre y autónoma aceptaban prestar servicios para el contrato de la señora Diana Carolina Fuentes, tuviera esa subordinación u obligación jurídica que determina la existencia de esa responsabilidad por parte del empleador de imponer órdenes e instrucciones y del empleador de asumirlas y cumplirlas. En ese sentido, su señoría manifestó de una manera acertada que no existía prueba de que hubiera órdenes e instrucciones, ni mucho menos imposición de normas disciplinarias o de control disciplinario por parte de la señora Diana Carolina Fuentes, pero tampoco lo existió por parte de Fatplast. Al plenario fue aportado por esta parte de una manera informativa el fallo proferido por la magistrada Luz Stella Vásquez Sarmiento dentro del proceso ordinario laboral que cursó en el Juzgado Quince Laboral del Circuito, por la hermana de Yorledis Pájaro, esto es, Yoneidys Pájaro Torres, que tuvo fallo donde se absolvió a mi representada de cualquier situación jurídica de un presunto contrato, toda vez que el Tribunal aceptó que no existía una relación jurídica derivada de una norma laboral y que no estaba regida esa relación jurídica por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. En ese sentido, si no existe pago porque su señoría analizó unos documentos que son desconocidos o fueron desconocidos desde el principio aduciendo que existieron pagos, esos pagos nunca existieron y de alguna manera solicito al Tribunal (...) se sirva analizar la documental con el suficiente detalle y cuidado para determinar que ni siquiera tienen constancia de su autoría. No hay quien firme ninguno de los documentos dentro del plenario, aportados por la demandante, en el sentido de que pueden ser o haberse originado en la misma forma en que se constituyó la demanda esto es aduciendo situaciones jurídicas que no se ajustan a la realidad. Teniendo en cuenta que el despacho soporta la decisión proferida, **sí es absolutoria**, y eso sí quisiera de alguna manera aceptar la sentencia, pero la motiva de la decisión es la que yo estoy atacando de alguna manera, objetando de alguna manera, para que el Tribunal se sirva analizar en debida forma y a profundidad que esa relación jurídica que se estableció entre la señora Pájaro Torres y Diana Carolina Fuentes, que es su cuñada, no tiene*



nada que ver con la sociedad Fatplast, que ella llegó a las instalaciones por una situación de bioseguridad para evitar que el producto se contaminara y esa posibilidad jurídica no deriva en una subordinación, ni mucho menos en un contrato de trabajo y, por ende, no puede ser mi representada, analizada como empleadora y estar conminada a derivar obligaciones que no fueron de alcance probatorio por parte de la actora, pero de continuar ese análisis desencadenaría en muchas situaciones jurídicas para la sociedad Fatplast. Insisto no existe prueba al plenario, ni documental, ni testimonial, ni por confesión de ninguna especie que demuestre que existió una relación laboral (...).

5. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido, intervinieron las partes para presentar alegatos.

5.1. Alegatos de la parte demandante. Reiteró los argumentos planteados en el recurso de apelación sustentado en la primera instancia y cuestionó, en resumen, que *“no se entiende cómo el a-quo en su fallo indica que la señora Pájaro fue trabajadora de la empresa demandada, pero a renglón seguido indica que no se dieron o demostraron los elementos del contrato de la relación laboral, entonces me pregunto, si no se dieron los elementos del contrato como manifiesta que si fue trabajadora directa de la demandada, por lo tanto, no se entiende la postura del juez de primera instancia”.*

5.2. Alegatos de la parte demandada. Solicitó que se confirme la sentencia proferida en primera instancia, en cuanto absolvió de condenar a algún pago, ya que la demandante no probó la existencia de subordinación jurídica, no probó la imposición de una jornada de trabajo, no probó pagos laborales a su favor, no probó la presentación de cuentas de cobro y, en general, no probó ninguna de las afirmaciones realizadas en la demanda; por el contrario, hay prueba testimonial en el proceso, en particular, de Lady Katherine Torres y Ana Silvia Salgado, quienes dijeron que ni la sociedad Fatplast Ltda., ni Juan José Quintero tenían relación con las actividades de la demandante y que esta última no asistía a las instalaciones de la entidad, ni siquiera formaba parte de ella, no era objeto de sanciones, ni reconvenciones, mucho menos de llamados de atención.

6. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala resolver si el juez a quo se equivocó al abstenerse de declarar la existencia de un contrato de trabajo, por considerar no demostrado el salario, el cargo y los extremos temporales.

7. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano se anuncia que la sentencia apelada será **confirmada**, pero por las razones que aquí se expondrán.



8. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 22, 23, 24, 32, 34 y 35 CST, y 61 CPTSS; CSJ SL, 22 mar. 2006, rad. 25580; CSJ SL12019-2016; CSJ SL5170-2019; CSJ SL2879-2019; CSJ STL10349-2019; CSJ SL4515-2020; CSJ SL4479-2020; CSJ SL1277-2021; CSJ SL4162-2021; CSJ SL3435-2022.

9. Cuestión preliminar. Sea lo primero precisar que, como la sentencia fue absolutoria en su integridad, es decir, absolvió a la parte pasiva de todas las pretensiones de la demanda, quien tiene interés jurídico y legitimación para recurrir es únicamente la demandante, quien resultó afectada con esa decisión, sin que sea viable admitir que por la simple manifestación efectuada por el juez de primer grado en sus consideraciones sobre la configuración un hecho, que no tuvo la fuerza suficiente para declarar un efecto jurídico sustancial o imponer alguna condena en la parte resolutive de la sentencia, conlleve a que el extremo demandado de la litis esté habilitado para cuestionarlo, pues si bien realizó algunas ponderaciones en la parte motiva de la providencia, lo cierto es que, tales manifestaciones no devinieron en acceder a las suplicas del libelo (CSJ STL16465-2014 y CSJ STL7340-2015).

En esta última sentencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia concedió la protección constitucional al debido proceso reclamado por una parte, y dejó sin efectos jurídicos el actuar del Tribunal que admitió el recurso de apelación en ese sentido, después de haber precisado lo siguiente:

“Aplicado el referente jurisprudencial transcrito, es dable estimar que la empresa Cementos Argos S.A. carecía de legitimación en la casusa por activa para interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, de conformidad con el art. 350 del C.P. C. que establece que «podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia (...)», ello en razón a que tal decisión le fue favorable al ser absuelta de todas las pretensiones incoadas en su contra, conforme se desprende de la parte resolutive del fallo del 30 de octubre de 2013.

La circunstancia de que el a quo al fundamentar su decisión, en la parte considerativa dijera que al haber laborado el demandante en un cargo de alto riesgo, la empresa CEMENTOS ARGOS S.A. tenía la obligación de cotizar el porcentaje adicional para esta clase de actividades, no le otorgaba legitimación para recurrir en apelación, pues esa inferencia no fue objeto de declaración alguna en la parte resolutive, ni de la misma hizo derivar una condena determinada y concreta contra el empleador demandado; por el contrario, es claro y concluyente el fallo de primer grado de absolver a Cementos Argos S.A. de todos los pedimentos formulados en su contra”.



En consecuencia, no queda a duda que la entidad demandada no cuenta con legitimación para recurrir en apelación, pues se insiste, la simple inferencia relacionada con que se benefició del servicio prestado por la demandante y que Diana Carolina Fuentes Villamizar no se comportó como una verdadera contratista independiente, no hizo parte de alguna condena determinada, en razón a que su decisión fue totalmente absolutoria, por no encontrarse probado, según el juez, el cargo, el salario y los extremos temporales. En todo caso, se tendrá en cuenta su inconformidad al momento de resolverse el recurso de apelación de la parte demandante, como una extensión de los alegatos de segunda instancia para dar respuesta a los mismos, de cara a lo expuesto frente a su teoría.

Consideraciones

Elucidado lo anterior, procede la Sala a darle solución al problema jurídico planteado.

El juez a quo, en su sentencia, encontró probado que la demandante, a través de Diana Carolina Fuentes, sí prestó servicios personales en el área de reacondicionamiento, en beneficio de la entidad demandada, pero curiosamente absolvió de las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no se había probado el cargo, el salario y los extremos temporales descritos en la demanda.

La Sala discrepa de ese razonamiento, por lo siguiente: **1)** porque sostener que el servicio está demostrado, pero **no** el cargo, es casi como darle prelación a la forma sobre la realidad y, al mismo tiempo, constituye una contradicción e, incluso, riñe con la lógica, porque no se entiende cómo puede concluir que la actividad personal está acreditada – labores de reacondicionamiento –, pero no el cargo desde el punto de vista nominal y formal, cuando es claro que este último es simplemente una denominación para efectos netamente de organización empresarial e identificación en la estructura jerárquica que se materializa precisamente con la ejecución de una actividad, tarea o servicio; **2)** porque el hecho de que un presunto trabajador no demuestre concretamente el monto del salario, ello no quiere decir que el juez deba negar las pretensiones, toda vez que, por virtud del artículo 132 del CST, lo adecuado es que se presuma que como nadie puede devengar menos del salario mínimo legal vigente mensual, sea ese valor el que, en últimas, pueda tomarse a fin de materializar los derechos laborales de un trabajador (CSJ SL, 22 mar. 2006, rad. 25580; CSJ STL10349-2019); y **3)** porque el solo hecho de que no se demuestre un servicio, en estricto rigor, que empezó el 25 de abril de 2011 y culminó 4 de abril de



2013, no le impedía auscultar el haz probatorio para entonces hacer uso, si ello era posible, de una facultad minus o infra petita, a fin de concretar unos extremos temporales inferiores (CSJ SL4515-2020).

Dilucidado lo anterior, se verifica si, a pesar de esos tres errores atribuibles al sentenciador de primer grado, el fallo apelado debe ser confirmado o revocado.

A propósito de la existencia del contrato de trabajo, el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 22, lo define como aquel *“por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*. Por su parte, el artículo 23 determina sus 3 elementos esenciales, a saber: la actividad personal, la continuada subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador y el salario como retribución. Y el artículo 24, reformado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, establece que ***“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”***.

Sobre la correcta intelección de la presunción del contrato de trabajo, la jurisprudencia ordinaria laboral ha enseñado que, para que se active a favor de la parte demandante, a esta solo le corresponde demostrar que prestó servicios personales para otra persona natural o jurídica, al cabo de lo cual, corresponde a la contraparte desvirtuar esa deducción mediante la prueba de los hechos contrarios; es decir, de la acreditación de que ese servicio no se prestó bajo subordinación o dependencia, sino de manera autónoma e independiente o, incluso, en beneficio de otra persona – sea natural o jurídica (CSJ SL2879-2019; CSJ SL3435-2022).

En este punto, hay que señalar que el verbo presumir significa tener por demostrado un hecho hasta que no se acredite lo contrario tal como se desprende de la lectura del artículo 166 del Código General del Proceso, aplicable a los procedimientos laborales por virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Por su parte, el vocablo desvirtuar implica que se acrediten los hechos contrarios que sirvieron de base a la presunción aplicada, es decir, en el caso de la presunción del contrato de trabajo, que la parte demandada elimine el hecho base que le da origen. Esto, impone entonces concluir que, una vez establecido el elemento de la prestación personal del servicio por parte del demandante, no le corresponde al juez emprender la búsqueda de la prueba de la subordinación y dependencia, como erradamente lo reflexionó la apoderada judicial de la parte demandada en sus alegatos, sino, por el contrario, verificar si se acreditó la autonomía e independencia, o su sujeción al poder subordinante de otra persona.



Descendiendo al caso que nos ocupa, se examinan las pruebas allegadas al expediente, así:

Los documentos denominados 'YORLEDIS PÁJARO REACONDICIONAMIENTO' correspondientes a los meses **de febrero y marzo de 2013**, sin firma, que contienen información sobre unos conceptos – al parecer actividades –, así como unas cantidades, unos valores y un total (pp. 5-6 y 9, 12-13, archivo04), no involucran directamente a ninguno de los demandados, ni a la llamada en garantía. Por sus características, pareciera que fueron elaborados por la misma demandante, de modo que no es posible que pretenda sacar provecho de un manuscrito propio, y mucho menos pensar que con su solo contenido se refuerce el servicio.

El formato con nombre de la demandante, sin fecha y sin firma de alguno de los demandados (p. 7, archivo04), solo revela una descripción de trabajos, así como unas cantidades y precios, pero sin saber para quién o en qué contexto se prestaron.

El formato de 'CRONOGRAMA DE DESARROLLO DE PRODUCTO' con membrete de la entidad demandada, no contiene información que involucre a la demandante, o demuestre una prestación personal del servicio por parte de ella. Lo que evidencia es que allí se relacionan unas etapas de las órdenes de servicios expedidas por los clientes, con indicación del responsable, entre los cuales, están los cargos de gerente, mecánicos, jefe de planta y director de calidad (p. 11, archivo04). Lo mismo sucede con el certificado de retención de IVA emitido para el año gravable 2004 (p. 14, archivo04).

En contraste, con los documentos que sí tienen el membrete de la entidad demandada a nombre de la demandante, donde se detallan unas actividades realizadas como *“ensamblada de tapa dorada (3 bolsas) 2 horas de carga y descarga (...)”*, *“3 cajas de lana alumnio (...) 1 hora de aseo”*, *“3 cajas de lana de aluminio”* durante los días **16, 19, 20, 21, 22, 23, 26 y 27 de diciembre de 2011**; *“ensamble mythica”* y *“lainado ago doble”* durante los días **16 y 18 de febrero de 2013**; y *“ensamble pm nitro”* y *“corte pm nitro”* durante los días **24, 25, 26, 27 y 28 de febrero de 2013** (pp. 8 y 10, archivo04), sí reflejan, contrario a lo planteado por el juez a quo, que, aun cuando no se trató de todo el interregno temporal delimitado en la demanda, sí hubo prestación del servicio.

Frente al mérito persuasivo de estas instrumentales, baste con señalar que, contrario a lo esgrimido por la entidad demandada al momento de contestar la demanda y de



sus alegaciones en segunda instancia, estos tienen todo el mérito persuasivo, en razón a que cuentan con signos distintivos propios – como un logo –, por lo que se presumen auténticos, sin que tal carácter puede desvanecerse por el solo hecho de no contener una firma, toda vez que este concepto debe entenderse también en función de la certeza que pueda derivarse de quien los haya elaborado, es decir, de la posibilidad de conocer a ciencia cierta quién es su autor, para lo cual la autoridad judicial puede valerse de la conducta procesal observada por las partes, sus afirmaciones, los signos individualizadores de la prueba como marcas, improntas, logos y otros signos físicos, digitales o electrónicos (CSJ SL12019-2016; CSJ SL5170-2019; CSL 1277-2021). De ahí que, la sola ausencia de firma – único argumento que se planteó desde la contestación de la demanda para cuestionar la autenticidad del documento – no significa que carezcan de fiabilidad, si no hay prueba en contrario.

En su interrogatorio de parte, **Juan José Quintero**, quien se identificó como representante legal de la entidad demandada, manifestó que su objeto social es la fabricación de productos plásticos y que la actividad de reacondicionamiento “*se hace esporádicamente*”, en particular, “*cuando un cliente lo requería*”. Dijo no conocer a la demandante, pero sí saber que la habían llevado a su compañía para que hiciera una labor de una contratista suya, quien la había traído al sitio. Negó haberla contratado directamente, pero sí aseveró que la veía que pasaba, aunque no ejercía ningún mando sobre ella. Cuando se le preguntó quién era la contratista, contestó que Diana Fuentes, con quien firmó un contrato de prestación de servicios para que hiciera, en su casa o en la misma empresa, un trabajo y utilizara el personal que ella necesitara. Luego, aseguró que era la contratista quien probablemente le impartía órdenes a la demandante “*la que decía qué tenía que hacer*” porque “*con la empresa no tenía nada que hacer*”. De hecho, añadió que la contratista “*de acuerdo a la urgencia del trabajo (...) contrataba*”, por lo que “*ella veía si contrataba o no contrataba*”. Cuando se le preguntó sobre si esas actividades realizadas por Diana Fuentes eran en beneficio de su compañía, respondió que **sí** y, acto seguido, dijo que “*ella hacía un trabajo para la empresa cuando lo había, la empresa le pagaba por la labor que hubiera hecho, se le pagaba de acuerdo a lo que hiciera independiente que si tenía un vínculo directo, se le pagaba, pasaba una cuenta de cobro y se le pagaba*”. Del documento de folio 20, que corresponde al documento denominado ‘CONTROL DIARIO DE ACTIVIDAD CALIDAD’ aceptó que sí era el logo de la entidad, aunque no dijo saber de qué se trataba su contenido y que, aun así, no estaba firmado por él. Posteriormente, refirió que, en todo caso, las actividades allí descritas nunca fueron autorizadas por la entidad, aunque algunas de ellas sí se hacían en sus instalaciones, por ejemplo, “**ensamble de tapa dorada**”, pero no “*caja de lámina*”, ni “*aseo*”.



Cuando se le interrogó por la relación jurídica con Diana Fuentes Villamizar por parte del apoderado judicial de la llamada en garantía, reiteró que la labor de reacondicionamiento era esporádica y acotó que *“inicialmente esas labores se hacían en la casa, entonces lo realizaba en la empresa en un espacio totalmente independiente”*. Luego añadió que la contratista pasaba su cuenta de cobro cada 15 días y se le pagaba lo que hiciera, y que, en todo caso, no era que se dieran órdenes, sino que *“cuando mirábamos lo que había para hacer, la empresa para la cual prestábamos servicios mandaba un instructivo y a través de la secretaria se le mandaba eso, hay que hacerlo para tal día y no más”*.

En su interrogatorio, la **demandante** aceptó que Diana Fuentes Villamizar era y es su cuñada, pero negó que le pagara sumas de dinero. Luego, dijo que, por sus servicios, pasaba cuentas de cobro directamente a Juan Quintero o a Diana Carolina Quintero (hija), sin que en el expediente se hayan aportado estos supuestos documentos. De los pagos recibidos, simplemente indicó que sí recibió esos pagos de estas dos personas y también de la secretaria Leidy Katherine Torres.

La declaración de **Diana Carolina Quintero Mahecha**, quien dijo ser la directora administrativa de la empresa e hija del representante legal, es importante porque señaló haber conocido a la demandante en sus instalaciones, pero no porque laborara para ellos, sino porque *“trabajaba en el área de reacondicionamiento con la señora Diana Carolina Fuentes”*, con quien se tenía celebrado un contrato de prestación de servicios, que consistía precisamente en que ella se hacía cargo de esa área cuando llegara cierto producto *“lo reacondicionaba para que pudiera funcionar”*, para lo cual se encargaba de conseguir su propio personal. Cuando se le preguntó sobre la relación que existía entre esa contratista y la demandante, respondió que hasta donde sabía era la cuñada, y cuando se le indagó por las actividades de esta última, contestó que *“eran varios reacondicionamientos, o sea solo puedo decir que trabajaba en el área de reacondicionamiento ¿Qué hacía? Pues es que eran varios productos, no puedo decir cuáles porque eran varios productos”*. Posteriormente, cuando se le cuestionó por qué se permitía que la contratista realizara esa actividad en las instalaciones de la compañía, contestó que *“porque anteriormente se enviaban los productos, se reacondicionaban en la calle, pero llegaban con contaminación, con comida, con cabello, con pelo, entonces eso era un mal indicador para nosotros, entonces se optó por hacerlo en las instalaciones de Fatplast”*.

Luego, cuando se interrogó por los productos reacondicionados, mencionó que eran del cliente Belcorp, quien solicitaba ese reacondicionamiento y la compañía Fatplast le facilitaba esa gestión. Después, cuando se le preguntó por el servicio de la



demandante durante los años **2011** a **2013**, manifestó que *“pudo estar esos años, pero en forma progresiva no”*, lo que más adelante explicó con que *“ella podía estar ahí o no”*, a lo que agregó que, hubo un tiempo en que se ausentó por un tiempo – más de 1 mes – y no pasó nada. En ocasiones, la demandante solicitaba llevarse el producto para su casa a trabajar y le dijeron que no había problema. No supo exactamente cuándo fue que inició sus labores, y a la pregunta de quién era quien se beneficiaba de ese servicio prestado, contestó **“se realizaba un reacondicionamiento en Fatplast. Por ende, se contrataba a una persona para que realizara el contrato. Tenía un contratista para que realizara la labor – Diana Carolina Fuentes- y Diana Carolina Fuentes se encargaba de conseguir a otras personas para realizar”**, a lo que el juez le preguntó *“¿Y dentro de esas personas está la demandante?”*, lo que contestó sí, y agregó que ese beneficiario era **Fatplast**.

La declaración de **Luz Nelly Forero Suárez**, quien informó que laboró como auxiliar de calidad en el departamento de Control de Calidad de la compañía demandada entre febrero de 2007 y el año 2014 con funciones de *“mirar los productos que salían de planta, de la máquina, verificar que estuvieran en sus dimensiones y que cumplieran todas las expectativas que el cliente requería”*, es relevante pues aseguró haber conocido a la demandante porque laboraba para Diana Fuentes Villamizar, a quien identificó como su cuñada, *“haciendo reacondicionamiento, por ejemplo, un cliente determinaba, enviaba válvulas, tocaba hacerle un corte o perforarle, o lijarlo, depende de lo que el cliente requería, ella lo hacía”*, unas veces en su casa y otras en las instalaciones de la sociedad, en concreto, en el tercer piso. Luego, especificó que esa actividad dependía de los diversos clientes y de sus requerimientos, *“por ejemplo, a veces llegaba un cliente (...) entonces eran las válvulas de las lociones, la quiero de 30 cm y esta tiene 40, entonces hay que cortarle 10”*. Seguidamente, narró que Diana Fuentes Villamizar tenía un contrato de prestación de servicios con la entidad, que empezó más o menos entre **2011** o **2012**, y señaló que, en todo caso, **“eso era esporádico porque yo me acuerdo que ella a veces duró un buen tiempo que se fue, yo no la veía allá y después otra vez volvió”**. A la pregunta de quién era el que daba trabajo a la contratista, contestó que era Leidy Katherine Torres, quien estaba vinculada directamente con la compañía y era de la parte administrativa, pero que era Diana Fuentes quien le daba órdenes a la demandante. Posteriormente, describió que *“por cuestiones de calidad, ellos se ponían gorro y una bata, y a veces guantes”* y dentro de ese grupo habían otras personas como Berenice, Ana, Erick *“habían hartas, habían poquitas, depende del trabajo”*. Cuando se le preguntó quién determinaba ese servicio de reacondicionamiento, respondió que *“un cliente llamaba a decir toca cortar, entonces dependiendo de lo que el cliente mandara, Katherine le mandaba una orden a Diana y ella sabía lo que tenía que hacer los cortes, la lija, depende lo que tuviera que hacer”* y le daban un cheque a Diana Fuentes Villamizar por el valor de todo. De los formatos de folios 20 y 21,



aclaró que estos documentos eran exclusivos del área de calidad, y en ellos se debía especificar a diario lo que hacían, pero no para otras áreas. Cuando se le interrogó cómo la demandante había obtenido acceso a ese documento, dijo que *“ahí afuera había una fotocopiadora grande, ahí afuera de la oficina y ahí permanecía ese formato para nosotros (...) llenar”*.

La declaración de **Leidy Katherine Torres Pinto**, quien manifestó haber laborado para la entidad de **2001 a 2013** en el cargo de directora administrativa, con funciones como estar encargada de la contabilidad, tener todo listo a la contadora para hacer declaración de impuestos, pago de proveedores y atender solicitudes de clientes, es bastante ilustrativa, comoquiera que aseveró conocer a la demandante *“porque inicialmente yo llevé a trabajar allá a mi cuñada para unos reacondicionamientos que salían esporádicamente y mi cuñada a su vez llevó a trabajar a Yorledis, que era cuñada de ella, entonces por eso fue que la conocí, cuando ella la llevó a trabajar allá a reacondicionamiento”*, aproximadamente desde el año **2011** hasta el año **2013**. Cuando se le preguntó por las funciones, respondió: *“lo que pasa es que el reacondicionamiento **era un proceso transversal** que se hacía a la actividad principal de la empresa, la actividad era la fabricación de tapas plásticas, y esporádicamente, como le digo, se hacían reacondicionamientos, con Yorledis. Eran varias cosas, donde nuestros clientes principal es Belstar, entonces por ejemplo llevaban una válvula y tocaba quitarle la manguerita, entonces era lo que se le mandaba a hacer a Diana y Diana a su vez subcontractaba personal para hacer ese reacondicionamiento”*. Seguidamente, precisó que la demandante se entendía con Diana Carolina Fuentes, pero esta última no era empleada directa de la entidad porque *“el reacondicionamiento no era constante, simplemente cuando llegaba el reacondicionamiento, se le llamaba a ella, para que ella subcontractara a su gente y desarrollaba ese reacondicionamiento. Ella nos pasaba cuenta de cobro y por medio de la cuenta de cobro le pagábamos a Diana, y ella le pagaba a la gente que trabajaba para ella”*. A la pregunta de cada cuándo se daba esa actividad, la testigo contestó que al principio era *“digamos al mes, llegaba 1 o 2 reacondicionamientos, había épocas del año en la que llegaban más seguido, unos 10, pero no era un número específico”*. Cuando se le indagó por el lugar del servicio, explicó que *“lo que pasa es que inicialmente cuando empezamos a hacer reacondicionamiento se dejaba llevar a la casa de las personas, pero entonces lo que nos sucedió es que las tapas, los productos, las válvulas llegaban contaminadas, me refiero a que llegaba con suciedad, con pelos, con comida, porque la gente no le tenía como el cuidado que se debía tener, y eso era para cuidado personal, entonces el cliente nos empezó a rechazar mucho reacondicionamiento precisamente por esa contaminación. Por eso optamos por el tercer piso, bueno don Juan, para que las personas realizaran allá el reacondicionamiento”* y del pago, recalcó que Diana Fuentes pasaba la relación global de todo lo que había hecho, sin que concretara qué era lo que iba a destinarse a las personas que ella subcontractaba, aspecto sobre lo cual aclaró que el número de estas no era una cuestión de la compañía, sino directamente de la contratista. De los formatos del área de control de calidad, expresó que *“estas hojitas*



nosotros las dejábamos afuera de las oficinas había una fotocopiadora grande donde yo les dejaba todos los registros para diligenciar. Entonces estas hojas Diana las tomó de ahí para llevar el control de lo que cada persona hacía para poderles cancelar y este de computador este lo hacía Diana según cada producto que habían reacondicionado, también para saber cuánto le cancelaba a cada persona. Esos formatos no eran para que fueran diligenciados por el área de reacondicionamiento". Finalizó su relato con que el directo beneficiario de la actividad de la actora era Diana y el cliente.

La declaración de **Ana Silvia Salgado Buitrago**, quien dijo conocer a la demandante por haber laborado con ella en el área de reacondicionamiento para Bel y a Diana Fuentes, quien la contrató – a la testigo – por intermedio de una amiga para que fuera a colaborar con su actividad, es persuasiva porque, además de comentar el grado de parentesco por afinidad entre una y otra, asentó que la demandante se encargaba de hacer lo mismo que ella, inicialmente desde casa y después en las instalaciones de la compañía. Cuando se le pidió que detallara su actividad, contestó que *"teníamos una sala donde llegaba el producto y Diana nos lo pasaba a nosotros y ella nos decía hay que hacerle esta selección, mirar que no estuviera contaminado, cortarle tal cosita, teníamos que tener un gorrito o una blusa. Ella nos indicaba lo que teníamos que hacer (...) Ella nos relacionaba el producto y nos pagaba"*, a lo cual le complementó que la demandante hacía lo mismo que ella *"reacondicionamiento, revisar, ensamblar, cosas así, de lo que Diana nos decía. Hacíamos lo mismo, yo hacía lo mismo que ella hacía"*, actividad que explicó que *"eso eran unos productos que mandaba Ebel, por ejemplo, mandaba una válvula, revisar que no estuviera contaminada, quitarle un pedacito a una manguera, revisarle que no estuviera contaminada, seleccionar la parte"*. Luego, a la pregunta de si la entidad demandada le pagaba a Diana Fuentes, respondió que *"nosotros no trabajábamos para Fatplast"* y a la pregunta entonces quién ejercía el control de calidad a la demandante, contestó que Diana Fuentes. Finalizó su relato con que Diana Fuentes no era empleada, sino contratista.

En los comprobantes de pagos o abonos a cuenta y retenciones practicadas aparece es el nombre de Diana Carolina Fuentes Villamizar, no el de la demandante (pp. 1-16, archivo21), mismo nombre que está consignado en los comprobantes de egreso con membrete de la entidad demandada por concepto de "pago reacondicionamiento", en particular, en las casillas *"preparado"* y *"firma y sello del beneficiario"* (pp. 1-2, archivo19, pp. 17-18, 20-21 y 25-27, archivo21 y pp. 17, 19, 21, archivo24), al igual que en las cuentas de cobro presentadas por esa actividad (p. 3, archivo19 y 19, 21-28, archivo21 y 18, 20, archivo24); circunstancias que sin lugar a dudas lleva a concluir que la demandante sí ejercía su actividad en colaboración de esta contratista, quien, a su vez, era la que se encargaba de ejercer su dirección y supervisión e, incluso, le



remuneraba el servicio, a través de unos pagos que recibía con ocasión de la presentación de una cuenta de cobro directa a Fatplast Ltda.

Lo reseñado hasta aquí permite concluir, a la luz del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que la demandante sí logró demostrar que prestó servicios personales en beneficio de la sociedad demandada Fatplast Ltda., consistente en ejecutar labores de reacondicionamiento de productos de clientes que acudían directamente a esta, en sus propias instalaciones, de **2011 a 2013**, aunque no de manera continua, sino interrumpida, o por lo menos durante los días **16, 19, 20, 21, 22, 23, 26 y 27 de diciembre de 2011, 16 y 18 de febrero de 2013 y 24, 25, 26, 27 y 28 de febrero de 2013**, como lo reflejan las planillas inicialmente apreciadas, las que, dicho sea de paso, corresponden al hito temporal que refirieron los testimonios de Diana Carolina Quintero Mahecha, Luz Nelly Forero Suárez, Leidy Katherine Torres Pinto, sin importar, desde luego, que se acreditó también que haya sido subcontratada por parte de **Diana Carolina Fuentes Villamizar**, con quien esa entidad había celebrado un contrato de prestación de servicios, tal y como lo refirieron las declarantes.

En ese orden, y una vez establecido que la demandante logró demostrar que prestó servicios personales en beneficio de la entidad demandada en labores de reacondicionamiento, lo adecuado ahora es entrar a verificar si quedó demostrado que la llamada en garantía **Diana Carolina Fuentes Villamizar** se comportó o no, como una verdadera contratista independiente a la luz del artículo 34 del CST, para tenerla a ella como empleadora real y efectiva de la demandante, y descartar la presunción legal que se activaría en contra de la sociedad accionada, a raíz de que, como se dijo, fue quien se benefició directamente del servicio prestado por la actora, por lo menos, durante esos días exactos.

Dispone el artículo 34 del CST que son **contratistas independientes** y, por tanto, verdaderos empleadores, y no representantes, ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, es decir, ejecutan obras ajenas, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos que de ahí deriven, para realizarlos con sus propios medios y con plena libertad y autonomía técnica y directiva.

Revisados los contratos de prestación de servicios celebrados entre la entidad demandada y **Diana Carolina Fuentes Villamizar** con fechas del **2 de octubre, 2 de**



noviembre y 2 de diciembre de 2010, 2 de enero, 2 de febrero y 2 de marzo de 2011, se verifica que Diana Carolina, en su calidad de contratista, se comprometió a *“ejecutar los trabajos y demás actividades propias del servicio contratado el cual se debe realizar de conformidad con las condiciones y cláusulas adicionales del presente documento y específicamente debe realizar lo siguiente: REACONDICIONAMIENTO A PRODUCTOS VARIOS, tales como corte de capilar para válvula, desensamble y ensamble de laines, entre otros”*, inicialmente por un plazo de 1 mes, a cambio de un precio determinado *“por cada unidad debidamente ensamblada y/o reacondicionada”* pagadero *“una vez se entreguen a satisfacción los trabajos, previa presentación de la cuenta de cobro por la cantidad de unidades ensambladas”*. Por su parte, la entidad contratante se comprometió a facilitarle los productos para llevar a cabo el objeto del contrato, así como a poner a su disposición sus instalaciones para realizar el trabajo y la maquinaria necesaria para ello, bajo su supervisión para formular observaciones *“con el fin de ser analizadas conjuntamente con la contratista y efectuar por parte de esta las modificaciones o correcciones a que hubiere lugar”* (pp. 4-22, archivo19 y 22-39, archivo24).

De lo anterior se evidencia que la aparente contratista independiente en realidad no lo era, ya que, a pesar de que, es inobjetable que sí se trataba de la ejecución de una o varias labores – actividad de reacondicionamiento –, lo cierto es que el precio no era determinado por ella, sino por la sociedad beneficiaria **Fatplast** para negociarlo y tener una ganancia, tal como lo refirió la testigo Lady Katherine Torres Pinto, quien afirmó que *“el cliente nos enviaba la orden de producción, la orden de reacondicionamiento con el instructivo y el valor, y nosotros negociábamos con Diana, obviamente un precio menor porque teníamos que tener una ganancia, pero con ella era directamente con quien negociábamos el valor”*. Ni siquiera lo realizaba con recursos propios, porque todo era suministrado por la entidad contratante en sus instalaciones después de que los clientes se quejaron por la contaminación del producto – tercer piso –, entre ellos, los implementos como gorros, batas y guantes, tal como lo señalaron las declarantes Luz Nelly Forero Suárez y Lady Katherine Torres Pinto y las órdenes de servicio que llegaban del mismo proveedor – Ebel o Belstar o Belcorp –, razón por la cual puede afirmarse que no actuó con autonomía técnica.

La jurisprudencia ordinaria laboral ha admitido que la figura del contratista independiente tiene sustento en el fenómeno de descentralización o externalización de actividades, en el que una empresa decide no ejecutar de forma directa una o varias actividades de su proceso productivo, aun cuando sea transversal a su objeto social, para optar por desplazarla o delegarla en otra persona natural o jurídica, motivo por el cual, para que se admita su validez en un escenario determinado, es



necesario que cuente con medios de producción propios, capital, personal y asunción de riesgos o, en otras palabras, tener estructura propia y un aparato productivo especializado, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción (CSJ SL4162-2021). De suerte que si una persona natural o jurídica no actúa como un genuino empresario en la ejecución de un contrato base – sea de naturaleza civil o comercial, *“bien porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación”*, no es factible pregonar que se está frente a un contratista, sino frente a un simple intermediario que solo sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal *“o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente”* (CSJ SL4479-2020).

Bajo ese panorama, no comparte la Sala la tesis de la entidad demandada, consistente en tener a la llamada en garantía **Diana Carolina Fuentes Villamizar** como una verdadera empleadora y contratista independiente, sino más bien, como una posible intermediaria, quien, a su vez pudo haber actuado como su representante, como lo prevén los artículos 32 y 35 del mismo estatuto sustantivo laboral, al agrupar y coordinar el servicio de la demandante para la ejecución de trabajos con utilización de sus locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos para beneficio de la sociedad Fatplast Ltda., en actividades ordinarias e inherentes o conexas.

Recuérdese que la relación personal de trabajo es independiente cuando tiene por causa el contrato base cuyos presupuestos, de acuerdo a lo regulado en el artículo 34 en cita, son los siguientes: **a)** la ejecución de una obra o labor en beneficio ajeno, asumiendo el trabajador todos los riesgos; **b)** el empleo por este de sus propios medios y libertad para obrar con autonomía técnica y directiva, y **c)** un precio determinado que el beneficiario de la obra o labor debe pagar por ella a quien la realizó. De ahí que cuando el servicio se presta sin autonomía técnica y directiva y con elementos suministrados por el beneficiario del trabajo, no hay contrato base y, por consiguiente, es impropio hablar de **contratista independiente**.

Bajo ese enfoque, se reafirma que la actividad personal que la demandante desplegó en un presunto beneficio de **Diana Carolina Fuentes Villamizar**, en el fondo, fue en beneficio de la entidad demandada **Fatplast Ltda.**, razón suficiente para mantener activa la presunción de existencia del contrato de trabajo a la que se hizo alusión.



Determinado lo anterior, procede la Sala a verificar si la entidad demandada logró derruir esa ficción legal, bien sea porque, a pesar de que se benefició del servicio y actuó de una manera inadecuada al hacerlo a través de una subcontratación de una aparente contratista independiente, la demandante no estuvo sometida a subordinación jurídica por parte de la pasiva.

En su interrogatorio, el representante legal de la compañía demandada relató que, a pesar de que la empresa cumplía un horario de 24 horas *“por el tema de fabricación y máquinas”* o en ocasiones de *“16 horas”*, lo cierto es que la demandante no tenía ningún horario de trabajo, porque tanto ella como Diana Fuentes Villamizar *“podían llegar cuando quisieran, inclusive hacían de comer, tenía total libertad, entonces no había un horario”,* y posteriormente aclaró que *“ella podía ir en cualquier momento, cualquier día, podía no venir”*.

La declaración de **Diana Carolina Quintero Mahecha** es bastante convincente porque relató que la demandante y las demás personas que estaban en el área de reacondicionamiento no tenían ninguna obligación para la entidad, porque no pasaba nada si no llegaban a una determinada hora, ni alguien estuvo pendiente de si estaban o no completos trabajando, y cuando se le preguntó por el horario de la empresa, replicó que *“para las personas contratadas, por contrato laboral, depende del puesto que tengan. Si es un operario, es de 6 a 2 de la tarde y de 2 a 10 de la noche. Si es la persona- jefe de planta – era de 6 a 5 de la tarde. Igual la persona de taller, igual la persona de administración”,* pero la demandante no tenía que cumplir ese horario, ni siquiera se le daban órdenes por parte del representante legal de la entidad, Juan José Quintero.

La declaración de **Luz Nelly Forero Suárez** es relevante porque cuando se le preguntó por el horario de trabajo del personal del área de reacondicionamiento, contestó que no tenían que cumplirlo, ni siquiera se le impuso hacerlo, en particular, cuando se refirió a la demandante exclamó que *“nosotros teníamos ciertos requisitos, timbrar una tarjeta, cuando entrábamos y salíamos, y ella nunca lo hacía”*. A la pregunta de si en la ausencia que tuvo la actora durante un periodo reseñado con antelación se le había impuesto una sanción, respondió que no. Después, comentó que la demandante en ocasiones no iba, nunca estuvo sometida a reglamentos y normas, o llamado de atención. Luego, reiteró que *“ellas no tenían horario, entraban cuando quisiera, por ejemplo, llegaban a las 9, se iban a las 2, a las 3, ellas nunca tenían horario (...) **había días que venían y otros días que no**”* y que *“como no cumplían horario, no pasaba nada”*.

La declaración de **Leidy Katherine Torres Pinto** es importante, porque cuando se le indagó por el horario de la demandante, contestó que *“lo que pasa es que ellas eran libres*



de llegar a la hora que quisieran. Dependiendo de la cantidad que fueran a entregar diariamente. Diana, por ejemplo, era la encargada de decirles a ellos bueno tenemos un número de tapas, y de acuerdo a eso planeaban su propio horario". Luego, a la pregunta si en algún momento se le conminó por las llegadas tardes, respondió que "no, de hecho, ella, en diciembre, ella es de Cartagena, y ella se iba de vacaciones durante muchos días, casi 1 mes se iba de vacaciones, nos dábamos cuenta de que no iba, pero no pasaba nada que ella se ausentara tanto tiempo", a lo que agregó que "ellas manejaba su tiempo" y que "los que teníamos contrato con la empresa, por lo general, teníamos vacaciones colectivas, salíamos el 23 de diciembre y regresábamos después de reyes de enero, más o menos el 8 de enero, pero para las personas de reacondicionamiento, no había una fecha específica para que salieran, ellos eran libres de escoger el tiempo en que iban a salir".

La declaración de **Ana Silvia Salgado Buitrago** es fundamental porque aseveró que la demandante no tenía horario de trabajo, en particular, cuando dijo que *"nosotros teníamos un horario que nosotros llegábamos a la hora que quisiéramos y eso y salíamos a la hora que quisiéramos y todas las planillas que venían eran de Ebel. Si yo quería llegaba a las 8 o 9, hacía mi reacondicionamiento y me iba a las 4 de la tarde" y que "si ella se quería ir a la hora que quisiera, o si se quería quedar un rato más, pues mejor para ella. Pero ella prácticamente hacía lo que yo hacía".* Enseguida, reiteró que *"para FATPLAST los empleados tenían horarios "nosotros no, nosotros no teníamos horario, si queríamos llegar temprano, llegábamos temprano", y cuando se fue de vacaciones para Cartagena, señaló que se fue sin problema, por decisión propia y cuando regresó, no hubo ningún tipo de llamado de atención.*

Desde esa perspectiva, el Tribunal considera que, aun cuando el servicio activó la presunción del contrato de trabajo, lo cierto es que las pruebas referidas permiten concluir razonablemente que la demandante manejaba su propio tiempo, no cumplía ningún tipo de horario, no fue objeto de llamados de atención, ni se le impuso algún tipo de reglamento, con lo cual es suficiente para entender desvirtuada la subordinación jurídica; no está demás señalar que el cumplimiento de horario en el sector privado no es sinónimo de la mentada subordinación, sin embargo en este caso específico, no solo se arriba a este convencimiento por esa circunstancia, sino con todo lo demás relatado, como se ponderó anteriormente.

En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia apelada, en cuanto se abstuvo de declarar la existencia de un contrato de trabajo y negó las pretensiones de la demanda, aun cuando por otras razones; es decir, por el hecho de que, a raíz de la valoración de las pruebas aquí aportadas, se desvirtuó el trabajo subordinado y dependiente, y quedaron en evidencia ciertas características que no permiten mantenerlo bajo esa noción y concepto, como quedó explicado en precedencia.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Costas. Por no haber prosperado el recurso de apelación, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante. En su liquidación, inclúyase la suma de 1 SMLVM por concepto de agencias en derecho a su cargo.

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

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 24 de mayo de 2021 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., **pero** por lo aquí considerado.

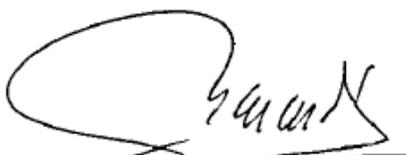
Segundo: Condenar en costas a la parte demandante. En su liquidación, inclúyase la suma de 1 SMLVM por concepto de agencia en derecho.

Tercero: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


ÉDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 037 2019 00174 01

Joaquín Adolphs García vs. Universidad El Bosque.

Bogotá D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la entidad demandada contra la sentencia condenatoria proferida el 1º de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Joaquín Adolphs García, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la Universidad El Bosque, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo y, en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido injustificado y las costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que el 16 de enero de 2017 celebró un contrato de trabajo a término fijo con la entidad demandada, en virtud del cual prestó sus servicios personales como docente del programa de Administración de Empresas, a cambio de un salario mensual de \$4.201.600.

Indicó que el 6 de junio de ese mismo año, cuatro estudiantes suscribieron una comunicación dirigida al Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad, en la que le endilgaron una serie de conductas calificadas como “*inadecuadas*”, sin ningún tipo de prueba documental o audiovisual, de la que se corrió traslado al área de Talento Humano, dependencia que, a través de



su directora, el 13 de junio siguiente, le solicitó *“efectuar sus descargos por escrito y presentarlos al área (...)”* y relatar detalladamente los acontecimientos, junto con las pruebas *“necesarias referentes a la defensa inherente al incumplimiento de sus deberes, derechos y obligaciones como académico de la facultad”* con plazo máximo hasta el 15 de junio.

Afirmó que presentó sus descargos el 14 de junio de esa anualidad y con ellos rechazó las acusaciones de los estudiantes, censuró la ausencia de pruebas en su contra y las calificó de injuriosas, tendenciosas y como una retaliación *“toda vez que los cuatro firmantes perdieron la materia de Formulación y Evaluación de Proyectos”*.

Agregó que con misiva del 16 de junio siguiente, la entidad demandada decidió dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, sustentada en la simple comunicación aludida, sin escucharlo en descargos o tener una sola prueba documental, audiovisual, testimonial o de mensaje de datos, ni indagar con la monitora del grupo Lorena Aya por los supuestos comportamientos inadecuados, como tampoco corroborar con los demás estudiantes del grupo sobre su veracidad.

2. Contestación de la demanda. La entidad demandada aceptó la relación laboral, así como el cargo y el salario mensual, pero aclaró que el contrato celebrado con el demandante el 16 de enero de 2017 fue *“por periodo académico”*, y se opuso a las pretensiones de la demanda, tras argumentar que el despido ocurrido el 16 de junio de ese año, sí se dio con justa causa legal, contractual y reglamentaria *“con base en lo normado en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 58 del Reglamento de Trabajo, artículo 19 del Estatuto Docente”* y el contrato mismo. Propuso las excepciones de inexistencia de los derechos invocados, improcedencia de las indemnizaciones reclamadas, carencia de justas causas y título para pedir, cobro de lo no debido, mala fe, prescripción, y solicitó declarar cualquier otra que resulte probada.

3. Sentencia de primera instancia.

El Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 1º de marzo de 2021, condenó a la Universidad El Bosque a pagar la suma indexada de \$25.769.813, por concepto de indemnización por despido injusto y las costas.

4. Recurso de apelación parte demandada. Inconforme con la sentencia, la parte demandada presentó recurso de apelación, y lo sustentó de la siguiente manera: *“(...) presento recurso de apelación contra la decisión recientemente proferida y que condenó a la sociedad demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, para que la misma se*



revoque en su integridad y sustento el recurso en este momento en los siguientes términos de manera muy breve: el juzgado no dio por demostrado estándolo que la relación contractual laboral finalizó con una justa causa atribuible al demandante, es decir, que este actuó en indebida forma infringiendo con su conducta el contrato de trabajo, el reglamento y la ley. El juzgado no dio por probado estándolo que el día 16 de junio de 2017 la Universidad El Bosque dio por terminado con justa causa legal, contractual, reglamentaria el contrato de trabajo antes mencionado en base (sic) en lo normado en el artículo 62 del CST, artículo 58 del reglamento de trabajo y el artículo 19 del estatuto docente, y el contrato suscrito por las mismas partes. Los hechos graves que llevaron a la entidad a tomar la determinación de terminar el contrato de trabajo con justa causa legal, contractual, reglamentaria, se encuentran claramente detalladas y establecidos en la comunicación de 16 de junio de 2017 que obra en el plenario. Las graves conductas desplegadas por el demandante en su actuar no ameritaban legalmente nada distinto a dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo, situación que efectivamente fue tomada por mi poderdante. Claro es, y manifiesto que los documentos que fueron sustento para que la entidad tomara dicha determinación se presumen y son legales y los mismos no fueron tachados por la parte actora en esta forma, se tienen como ciertos. En estos términos, sustento mi recurso de apelación dejando constancia que el mismo será sustentado ante el competente (...) y comedidamente y reitero con el debido respeto solicito conceder el recurso de apelación debidamente sustentado y remitir al Tribunal (...)

5. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido en segunda instancia, las partes intervinieron para alegar, en los siguientes términos:

5.1. De la parte demandante. Solicitó que se confirme la sentencia apelada, porque no se demostró la ocurrencia de la justa causa endilgada, no se aportaron medios de prueba diferentes al escrito de los estudiantes, que dieran cuenta de las presuntas conductas de maltrato, utilización de lenguaje soez e inapropiado, ni se corroboraron con los demás asistentes de su clase; por el contrario, del testimonio rendido por la estudiante citada por la misma institución *“pudo comprobarse la inexistencia de las presuntas conductas endilgadas (...) siendo enfática la deponente en que jamás escuchó del actor en desarrollo de su cátedra, una sola expresión irrespetuosa o injuriosa, ni observó alguna conducta inadecuada y mucho menos maltrato hacia algún estudiante (...) agregó que no le consta lo afirmado por los estudiantes en la comunicación y que eran ausentes recurrentes”.*

5.2. De la parte demandada. Insistió en que el juez a quo no valoró adecuadamente la comunicación de despido del 16 de junio de 2017, donde se encuentran detallados los hechos graves que llevaron a que la entidad diera por terminado el contrato de trabajo con justa causa, ni tuvo en cuenta que se le adelantó el respectivo procedimiento disciplinario, razón por la cual no puede ser condenada.



6. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala resolver si el juez a quo se equivocó o no, cuando condenó a la entidad demandada al pago de la indemnización por despido injusto.

7. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que la sentencia apelada será **revocada** en su integridad.

8. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 60 y 61 CPTSS, 262 CGP y 62 del CST; CSJ SL499-2013; CSJ SL1680-2019; CSJ SL2351-2020; CSJ SL816-2022.

Consideraciones.

En este asunto no está en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo por duración del periodo académico que estuvo vigente desde el 16 de enero de 2017 hasta el 16 de junio del mismo año, en virtud del cual el demandante prestó sus servicios personales como docente dentro del programa de Administración de Empresas de la Universidad El Bosque, a cambio de una remuneración mensual de \$4.201.600. De igual manera, que el 16 de junio de 2017 ese nexo laboral se dio por terminado unilateralmente por parte de la empleadora.

A continuación, esta Sala procede a darle solución al problema jurídico planteado,, con miras a establecer si el mentado despido del demandante, lo fue con o sin justa causa.

La jurisprudencia ordinaria laboral, en reiteradas oportunidades y de manera pacífica, ha adocinado que en tratándose del finiquito de una relación laboral con justa causa al trabajador le basta con acreditar en el proceso el hecho del despido, correspondiéndole al empleador demostrar que los motivos invocados ocurrieron o que pueden ser atribuidos al empleado y son justa causa para ello (SL816-2022). De igual manera, ha enfatizado en que la carta de despido por sí sola no tiene la fuerza suficiente para demostrar los hechos allí invocados, razón por la cual es indispensable que el empleador complemente con otros elementos de convicción que den certeza de la ocurrencia de las faltas endilgadas (CSJ SL1680-2019).

En la misiva del 16 de junio de 2017 suscrita por Rafael Sánchez Paris, en su calidad de rector, la entidad demandada fundamentó su decisión de despedir al demandante



con justa causa “en los comportamientos inadecuados que ha tenido con los alumnos (...)”, que identificó a raíz de una queja presentada por cuatro de ellos “y para que la Universidad merece plena credibilidad (...) siendo inaceptable su descalificación de ésta por el hecho de que provenga de estudiantes que Usted califica como mediocres y desacreditándola al tratarla como una supuesta venganza”, razón por la cual **“no puede tolerar que usted realice comentarios que degradan a las mujeres y que claramente van en contra la dignidad de éstas y además discriminándolas a través de su vocabulario.** Así mismo también resulta totalmente inaceptable que se refiera en términos despectivos sobre las personas en razón de su **orientación sexual** (...) tampoco se puede tolerar que delante de sus alumnos menosprecie la labor de sus compañeros de trabajo” y le reprochó que “su derecho a la libre expresión no comprende expresarse sobre las mujeres como objetos sexuales, ni denigrar de las personas en razón de su orientación sexual, **tampoco referirse con menosprecio a las labores de sus compañeros de trabajo.** Actitudes como las realizadas por Usted son más graves por ser docente, siendo que Usted no se puede equiparar a los alumnos en dicho sentido” (pp. 17-18, archivo04 y 19-20, archivo11).

Por consiguiente, acreditado el despido, se debe verificar si la conducta atribuida al demandante ocurrió o no, para posteriormente definir si puede subsumirse o no, en una justa causa para el finiquito del contrato.

Obra la queja firmada por **cuatro** estudiantes identificados como María Camila García Jiménez, Mateo Currea Sierra, María Fernanda Monroy Dueñas y Andrés Felipe García Salazar, sin data de elaboración, pero con fecha de recibido del **6 de junio** de un año que no se puede identificar, porque se ve con un tachón en tinta negra en el sello de la Facultad de Administración de Empresas, aunque en el hecho 4 de la demanda, se admitió que correspondía al año **2017**, se extrae el siguiente contenido: “La presente es para informar la inconformidad frente al **vocabulario** y el trato con los estudiantes del profesor Joaquín Adolph García ya que en ningún momento fue el adecuado (...). **1.** En primer lugar en todo momento el profesor tenía un vocabulario bastante vulgar y morboso debido a que todas las clases sin falta hacía comentarios tan pesados como: A) Me hacen honor cuando me dicen viejo porque tengo más experiencia en la cama, y me he comido más jovencitas que muchos de ustedes como a mí me gustan. B) Mención de algunas poses eróticas que tenía con sus mujeres y mosas (sic), haciendo alusión a que una de ellas era venezolana. Y en algunas ocasiones hacía demostraciones de masturbaciones como si fuera un chiste. C) Comentarios machistas, diciendo que todas las mujeres eran interesadas y que por esa razón nunca tenía plata en el bolsillo sino en cuentas de bitcoins para que así ninguna le pueda quitar la plata y que ni siquiera la mujer de él podía saber dónde tenía las cuentas. **2.** En segundo lugar siempre tenía comentarios relacionados con la orientación sexual, debido a que siempre trataba a los hombres de gays y mariquitas. Y con las mujeres haciendo alusión a lesbianas asquerosas como las dos ministras del país una de ellas de educación que presentaron este caso, diciendo que las iba a meter a la cárcel y demás, En este punto queremos llegar a que independientemente de que fuera así o no, el profesor no tenía derecho a tratar así a las personas debido a que pueden haber personas que pertenezcan a este grupo social y no



deben ser tratadas o discriminadas de esta manera, en ocasiones pudimos notar que el profesor podría ser homofóbico o simplemente hacía los comentarios a manera de burla. **3.** En tercer lugar desde el primer día que tuvimos clase con el profesor (...) nos amenazaba diciendo que era el director de la parte financiera de la universidad y que él podía hacer lo que quisiera en la universidad, es más siempre dijo que todos los profesores eran una partida de mediocres que trabajaban en universidades de bajo rendimiento académico y que les tocaba hacer doble turno para poder vivir al mes vivir de una manera decente y no como el que vivía super bien y que venía de universidades como los andes, la nacional y del exterior. A) El profesor siempre considero (sic) que estaba por encima de los otros docentes porque él si tenía una empresa y podía dictar clases en base a esto (sic) y que los demás profesores eran unos mediocres que podían conseguir diplomas en el centro y que por tal razón él era quien venía acreditar la universidad sacando a ese montón de idiotas buenos para nada. B) También hacía siempre comentarios de que tenía una excelente relación con el decano porque él había sido un alumno de él en épocas pasadas y nos hacía referencia a que si solicitábamos con el decano él siempre iba a estar de parte de él. C) Respecto a lo mencionado del decano inicialmente nos encontrábamos alrededor de 20 estudiantes presentando inconformidades similares y el profesor hizo el comentario de que ya había hablado con el decano y que el que ya había perdido la materia tenía que resignarse porque no se le daba la gana de hacer la habilitación y el decano no hizo mención sobre el tema. A lo que los estudiantes optaron por desistir de poner la queja ante la facultad por miedo a tener problemas con el decano o con el profesor en una segunda oportunidad; por esta razón nos encontramos únicamente 4 personas que consideramos injusto el hecho de tener que quedamos callados porque sabemos que como estudiantes tenemos prioridades y derechos que debemos hacer valer. D) Muchos de los estudiantes se le acercaron al profesor a comentarle cómo sería la habilitación y él dijo que si se le daba la gana de hacer una habilitación nos volvería a joder a todos y que pondría temas no vistos en clase para perder la materia. **4.** En cuarto lugar cuando ocurrió lo de Mocoa se expresó de forma muy fría y cruel diciendo de forma burlona que si queríamos un negocio que nos diera plata, montáramos una funeraria en Mocoa o que si queríamos irnos de vacaciones lo hiciéramos allá porque todo estaba más económico, hasta que notó que a ninguno de los estudiantes les causó gracia, se dignó a preguntar que si algún estudiante tenía un familiar en Mocoa y el estudiante Andrés Rodríguez respondió que tenía una prima en delicado estado de salud y el profesor siguió en torno de burla y dijo en frente de todo el grupo de hiciéramos un minuto de silencio” (pp. 7-10, archivo04 y 5-7 y 25, archivo11).

Frente al mérito probatorio de esta comunicación, el juez a quo consideró que no era suficiente por sí misma para acreditar la ocurrencia de las faltas endilgadas al demandante, por la sola circunstancia de no haberse ratificado en el proceso. Sin embargo, esta Sala discrepa de ese razonamiento, precisamente porque, al haberse firmado por **4** estudiantes del mismo claustro universitario, quienes dieron una versión sobre unos hechos, este adquirió su connotación de documento privado declarativo emanado de terceros, el cual, a la luz del artículo 262 del Código General del Proceso, aplicable a la especialidad laboral y de la seguridad social, debe apreciarse **“sin necesidad de ratificar su contenido”**, salvo que la parte contraria lo haya pedido, circunstancia esta última que no se dio durante la instancia, porque la parte



demandante guardó silencio al respecto. En otros términos, solo en caso de haberse elevado esa solicitud, es que se abre paso a su ratificación. De lo contrario, este documento tiene todo mérito persuasivo para emitir sentencia, so pena de imponer una tarifa probatoria no prevista en la legislación procesal.

Recuérdese que los documentos declarativos emanados de terceros, son aquellos en los cuales una persona deja constancia de un hecho o de su ocurrencia, sin que la sola razón de que la queja aportada por la misma institución educativa, sea un argumento válido para aseverar que se trata de pruebas elaboradas por ella misma. Quienes la presentaron fueron cuatro estudiantes (o, al menos, lo eran al momento de la ocurrencia de los hechos) y como tal, son terceros que declararon sobre los acontecimientos referidos a las conductas endilgadas al docente. De ahí que esta prueba debía ser valorada por la autoridad judicial, con inspiración de los principios científicos que gobiernan la crítica de la prueba, con observancia, por supuesto, de todas las circunstancias relevantes del pleito, tal como está contemplado en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Si lo anterior no fuera suficiente, debe tenerse en cuenta que en ningún momento ese documento fue controvertido por el demandante, de ahí que tampoco era factible descartarlo como una prueba que fue incorporada válidamente al expediente.

Mucho menos cuando al plenario también se allegó otro manuscrito firmado por Camila García, Valentina Mendoza, Andrés Rivera y Andrés Felipe García con fecha del 14 de junio de ese mismo año 2017, dirigido al área de Recursos Humanos, cuyo tenor literal es el siguiente: *“la presente es para dar a conocer la inconformidad que se ha presentado desde el inicio de las clases con el docente Joaquín Adolph de la materia formulación y evaluación de proyectos, ya que todo el tiempo nos sentimos agredidos verbalmente con los comentarios recibidos, puesto que hacían alusión al machismo, homofobia, morbo e intimidades de su vida personal, comentarios en los que ha menospreciado a los demás docentes de la universidad mostrándose así como una persona prepotente que considera estar por encima de los demás; cabe mencionar que en muchas ocasiones él consideró todo esto como un chiste debido a que su expresión estaba siempre relacionada con un tono de burla, los comentarios con los cuales nos sentimos aludidos están presentes en la carta que fue entregada a vicerrectoría y al decano de la facultad”* (p. 8, archivo11).

Esto significa, ni más ni menos, que no era solo 1 documento, sino 2 documentos declarativos emanados de terceros que dejaron constancia de la ocurrencia de un hecho que involucra al demandante en el aula de clases.



Es más, a pesar de que en el expediente también se haya declarado una confesión ficta o presunta, por la inasistencia de la representante legal de la entidad demandada a rendir interrogatorio durante la audiencia pública de trámite y juzgamiento de que trata el artículo 80 del CPT y de la SS, lo cierto es que, una vez examinada la forma en cómo ella se dio, ese convencimiento que otorgan esos 2 documentos, no sufriría ninguna alteración o variación, en la medida en que cuando se individualizaron cada uno de los hechos de la demanda sobre la cual recayó (4, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15 y 16), de ninguno de ellos podía desprenderse que el demandante **no** hubiera incurrido en alguna de esas conductas, como para entrar a sopesar entre lo que se desprende del dicho de los estudiantes y este medio de prueba, por lo siguiente:

En el hecho **4** de la demanda solo se narró que *“el día 6 de junio de 2017, 4 estudiantes suscribieron una comunicación dirigida al Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, en la que le endilgaron al demandante una serie de conductas y comportamientos que calificaron como inadecuados”*; es decir, este supuesto fáctico solo versó sobre la ocurrencia de la presentación de la queja ante la misma institución universitaria.

En el hecho **6** se planteó que *“a su vez, el Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas dio traslado de la queja presentada por los estudiantes a la Directora de Talento Humano de la Universidad El Bosque”*; es decir, nunca se puso de presente algún eximente o atenuante de responsabilidad en la ocurrencia del hecho por parte del trabajador. Pese a esto, el juzgador no tuvo en cuenta que, al haberlo declarado probado y excluido del debate probatorio por haber sido expresamente aceptado por la entidad demandada en la etapa de fijación del litigio, sobre él no podía versar la confesión ficta o presunta, razón por la cual se hace evidente un segundo error en su decisión.

En los hechos **8**, **9** y **10** se indicó que *“el día 14 de junio de 2017, atendiendo a la comunicación dirigida por la Directora de Talento Humano de la Universidad El Bosque, el señor JOAQUÍN ADOLPHS GARCÍA presentó sus ‘descargos’ de acuerdo al requerimiento efectuado”, “en el escrito de ‘descargos’ el demandante rechazó tajantemente las acusaciones de los estudiantes, censuró la ausencia de pruebas y calificó como injuriosa y tendenciosa la comunicación” y “así mismo aclaró, refiriéndose a la misiva, que es una retaliación por parte de estos estudiantes, toda vez que los cuatro firmantes perdieron la materia de Formulación y Evaluación de Proyectos”*; es decir, que estos ítems versaron sobre lo que el demandante refutó en su respuesta al requerimiento efectuado por la universidad, sin que, en el fondo, esto lleve a tener por demostrado que, en realidad, esa actuación se dio por una retaliación de los estudiantes, al tratarse, como se dijo, de terceras personas distintas de la institución.



En los hechos **12** y **13** se señaló que *“las razones que llevaron a tomar esta determinación a la universidad, están directamente relacionadas con la queja de los estudiantes, a la que, en términos de la comunicación, para la universidad merece plena credibilidad”* y *“la universidad adoptó esta determinación, sin escuchar en descargos al demandante, sin tener en cuenta una sola prueba documental, audiovisual, testimonial o de mensaje de datos”*; es decir, que respecto del primero coincide con que la universidad consideró suficiente la queja de los estudiantes, y respecto del segundo supuestamente no se escuchó en descargos, cuando es el mismo demandante, quien acepta que sí los tuvo, cuando respondió lo requerido.

En cuanto a la formalidad propia de la diligencia de descargos, la jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que esta no es un requerimiento formal inexcusable en el trámite de un despido, como tampoco un requisito previsto en la ley, por lo que, cuando se trata de la garantía del derecho de defensa, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos van a ser invocados por el empleador como justa causa, sin que esa actuación se reduzca a esta actuación (CSJ SL2351-2020), por cuanto ello puede hacerse a través de cualquier medio como, por ejemplo, en forma escrita, tal como aquí se probó.

En el hecho **14** se detalló que *“la Universidad El Bosque decidió dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que se tuvieran en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los supuestos comportamientos inadecuados por parte del demandante”*. Sin embargo, su descripción fáctica no permite concluir que ello haya sido de esa manera, en razón a que en el documento al que se hace alusión se utilizaron frases como *“incomodidad que tuvimos que presenciar los estudiantes de administración de empresas de quinto semestre”* e, incluso, se delimita como espacio *“todas las clases sin falta”*, lo que permite concluir razonablemente que todas esas acusaciones se dieron en el ámbito académico.

En los hechos **15** y **16** se esbozó que *“la Universidad El Bosque decidió dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin tener en cuenta que la queja solo fue presentada por los 4 estudiantes, una vez supieron que había reprobado la materia”* y que *“la Universidad El Bosque decidió dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin indagar a la monitora del grupo Lorena Aya, por los supuestos comportamientos indebidos del demandante, cuando en la comunicación fechada 14 de junio de 2017, mediante la cual presentó sus “descargos”, solicitó como prueba el testimonio de esta estudiante”*; es decir, que frente al primero no es que se pueda tomar como algo comprobado que por el hecho de haber reprobado la materia, los estudiantes hayan procedido a entablar la queja, como se intenta sugerir por el demandante, sino, antes por el contrario, esa expresión *“una vez supieron que había*



reprobado la materia” puede ser comprendida también como el hito temporal en que se dieron esas denuncias, en concreto, después de haber culminado las clases, esos 4 estudiantes pusieron en conocimiento todo lo sucedido, probablemente por la tensión que se podía generarse a raíz de esa relación de poder docente-alumno.

De la comunicación del 9 de junio de 2017 dirigida por Manuel Quiñones Vejarano, en su calidad de decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, al área de Talento Humano, no se desprende alguna información diferente a que esta persona *“debido al tenor (sic) y aseveraciones que los estudiantes incluyen en su comunicación”* se vio en la necesidad de trasladarla a la dependencia que estimó competente, tras argumentar que no era de su resorte (p. 10, archivo04 y 4 archivo11).

De la respuesta emitida el 14 de junio del mismo año al requerimiento del día anterior efectuado por Sandra Patricia Sarmiento Garzón, en su calidad de Directora del Departamento de Talento Humano, se extrae que el demandante puso en tela de juicio que alguno de los estudiantes tuviera pruebas en su contra como un audio o grabación de lo sucedido e, incluso, cuestionó que el número de los que firmaron la queja *“representan el 12% de un total de 40 alumnos que asistían a mi materia”*, calificó el contenido de la queja como *“comentarios de pasillo”* e injurias en su contra y añadió que *“se trata de estudiantes con bajo rendimiento y no estaban interesados”* (pp. 11-12, archivo04).

De este documento, llama la atención de la Sala que el demandante trata de justificar de una u otra manera que *“nunca existió intención de ofender a ningún alumno al utilizar la palabra gay, la cual es una palabra del común vocabulario”*. Independientemente de esto, se trata de un documento que él mismo elaboró, que no puede prevalecer sobre la denuncia presentada por 4 estudiantes que firmaron el documento acusador, como tampoco del manuscrito que posteriormente fue allegado al área de Talento Humano.

La declaración de **María Camila Fonseca Triana**, quien dijo ser administradora de empresas y conocer al demandante *“desde el primer semestre de 2015”*, no es tan relevante, porque cuando se le preguntó que era lo que había pasado, contestó que *“yo lo conocí a él (...) porque él era el profesor de Formulación y Evaluación de Proyectos, en el primer semestre de 2015. Yo perdí esa materia. Él incumplió su deber de pasar la nota presencial. Entonces lo que yo hice fue pasar la nota a un segundo calificador porque no había calificado bien. Entonces lo que yo hice fue pasar una carta solicitando un segundo calificador”*. Luego, cuando se le indagó por el trato con los estudiantes, respondió que *“yo puedo hablar de mi experiencia con él, y pues él era un profesor, pues era muy exigente, súper exigente, pero conmigo no tuvo, pues así que se sobrepasó o algo así, **sí tenía comentarios fuertes**, pero conmigo no tuvo*



ningún problema. El único problema que tuvo fue lo de la nota final y por eso solicité segundo calificador, pero más allá no tuve ningún problema con él”, a lo cual agregó que “él era muy, con los trabajos que pedía y todo ese tema, era súper exigente, entonces todo tenía que ir como muy perfecto, ese tipo de cosas, era muy exigente académicamente”. Cuando se le interrogó por esos comentarios fuertes, contestó que “o sea, **no sé**, comentarios al aire que decía, pero no eran hirientes, ni hacían sentir mal a las personas. Son comentarios que uno está en un grupo de personas dando clases y decía no sé, **no se me ocurre ahorita**, pero había comentarios que en el momento no afectaban, sino al contrario uno se reía y todo el cuento”. Posteriormente, se le cuestionó cuáles de los 4 estudiantes conocía, a lo que contestó que solo a María Valentina Mendoza Navia – quien no firmó – y Mateo Currea Sierra, con quien aseguró nunca haber tocado el tema del profesor, de la primera aclaró que “sí dejó de asistir muchísimas veces, pero precisamente por el tema del embarazo porque tenía que estar en ecografías, las citas médicas normales de maternidad y eso” y del segundo “creo que él reprobó o le pasaron la materia con el segundo calificador, no sé, pero me parece que él reprobó, no estoy segura (...) **la verdad no me acuerdo**”. Para finalizar, se le preguntó si tenía conocimiento de la presentación de la denuncia con hechos que involucraran al demandante, y contestó que “tengo entendido que ellos pasaron a segundo calificador porque habían perdido la materia, pero no sé si había un problema adicional eso, **la verdad no sé**”, es decir, que lo que sabe dista ampliamente de lo sucedido y su percepción de los hechos contiene ciertas apreciaciones subjetivas, sobre todo, porque, a pesar de no recordar los comentarios fuertes, para ella el calibre de las palabras no fueron hirientes, sin que hiciera mención en particular de lo ocurrido en el aula de clase, o que tuviera algún conocimiento directo de lo relatado.

En este punto, valga destacar que, el hecho de que un testigo no tenga la misma sensación de un comentario hostil en un aula de clase, esto no quiere decir que con ello quede desprestigiada la versión de los 4 estudiantes que firmaron como denunciantes de las conductas endilgadas al trabajador. En muchas ocasiones, la opinión que una persona tiene sobre algo no puede ser equiparada a la otra porque cada quien tiene sus propios criterios personales y puede llegar a ser más propenso a tener sentimientos de indignación sobre situaciones que para otras no lo merecen.

Examinadas las pruebas referenciadas con fundamento en el artículo 61 del estatuto procesal del trabajo y de la seguridad social, el Tribunal considera que con la queja presentada por 4 estudiantes, al margen del porcentaje representativo en comparación con un número total de quienes asistieron a la aula en un semestre determinado, junto con el manuscrito aportado al área de Talento Humano, constituyen elementos de convicción bastante persuasivos por sí mismos, no solo



por su carácter declarativo, sino, además, por el nivel de detalle de los comentarios que se enrostran al aquí demandante, sin que sea necesario que se exija que se hubieran allegado otras pruebas, tales como otros documentos, grabaciones o medios audiovisuales, como lo censuró la parte actora, y mucho menos que se hayan ratificado en este proceso, como equivocadamente lo sostuvo el juez a quo.

En ese orden, es válido concluir que la conducta endilgada al demandante consistente en haber utilizado un vocabulario indebido (vulgar y morboso), hacer comentarios machistas, homofóbicos y discriminatorios, amenazar a los estudiantes con su posición jerárquica y su relación con algunos directivos, emitir opiniones que degradan el trabajo de otros docentes y sobre episodios trágicos como los que se dieron en el municipio de Mocoa *“de forma muy fría y cruel”*, en el salón de clases en el campo universitario, sí quedó demostrada.

Verificado lo anterior, se resuelve ahora, si esos comportamientos constituyen o no, una justa causa de despido, para lo cual se precisa, en primer término, que el hecho de que el empleador haya calificado precariamente este proceder *“en las causales contempladas en el art. 62 del C.S. del T; art. 58 del Reglamento de Trabajo, art. 19 del Estado Docente y demás normas pertinentes”*, ello no significa que no haya cumplido su obligación contenida en el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, toda vez que para este último evento solo se requiere que establezca los motivos concretos en los que fundó su decisión, y aquí es claro que estos se sustentaron en la queja presentada por los 4 estudiantes de pregrado del programa de Administración de Empresas; situación que conlleva a que el Tribunal determine si encuadran o no, en una causal de esa índole.

En el reglamento interno de trabajo se estipuló en el artículo 58 que son obligaciones de los trabajadores con funciones académicas *“observar en sus relaciones con la Universidad y el estudiantado las normas éticas y académicas que inspiran los principios de la formación BIO- PSICO-SOCIAL Y CULTURAL de la Universidad El Bosque”*. De igual manera, en el numeral 28 del artículo 64 se reiteró esta obligación y calificó como una falta grave. Así mismo, en el artículo 56 que es una obligación especial del trabajador *“realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la universidad”*. Y en el numeral 6º del artículo 68 del mismo cuerpo normativo, se señaló como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador *“cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo o*



cualquier falta grave calificada como tal en el pacto o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o en el presente reglamento” (pp. 55-27, archivo11).

La jurisprudencia ordinaria laboral ha puntualizado que es palmario que la calificación de la gravedad de la falta corresponda a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo, de ahí que cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que sí se califica en ellos de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato y, por ende, no puede el juez unipersonal o colegiado entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de esa falta, en desconocimiento de ello (CSJ SL499-2013).

En consecuencia, y como el demandante incurrió en una justa causa de despido consistente en inobservar en sus relaciones con la Universidad y el estudiantado las normas éticas y académicas que inspiran los principios de la formación de la institución académica, aspecto catalogado como falta grave, y que quedó debidamente demostrado en el plenario, como se analizó en precedencia, no queda otro camino que revocar la sentencia apelada, para absolver a la entidad demandada de la pretensión relativa a la indemnización por despido injustificado.

Por lo demás, se agrega que cuando un docente hace este tipo de comentarios delante de estudiantes y con ellos ofende y causa conmoción e indignación, se rompe el derecho fundamental a la libertad de cátedra que de ninguna manera puede ser considerado como absoluto porque, como se vio, admite límites y excepciones, sobre todo porque aquí no es posible conciliar la tensión que generó en un grupo de estudiantes que, al margen de haber esperado culminar el semestre, se puso en conocimiento de la directivas universitaria de la pasiva en 2 oportunidades sus inconformidades.

Costas. Por haber prosperado el recurso de apelación, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante. En su liquidación, inclúyase la suma de 1 SMLVM por concepto de agencias en derecho de segunda instancia.

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



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Resuelve:

Primero: Revocar la sentencia apelada, para **absolver** a la Universidad El Bosque de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante **Joaquín Adolphs García**, acorde con lo aquí considerado.

Segundo: Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandante. En su liquidación, inclúyase la suma de 1 SMLVM por concepto de agencias en derecho de segunda instancia.

Tercero: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el párrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR INGRID LUCÍA MERCHÁN ROBAYO contra BANCO CAJA SOCIAL S.A. Radicación No. 11001-31-05-014-**2019-00159**-01.

Bogotá D. C. veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; la presente decisión se emite de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia de fecha 9 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra el Banco Caja Social con el objeto de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente del 15 de mayo de 1979 al 3 de octubre de 1980; y como consecuencia se condene al pago del cálculo actuarial por los aportes pensionales no pagados durante la relación laboral, con destino a Colpensiones, por ser la administradora a la que se encuentra afiliada; y se condene al pago de las costas procesales.

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que laboró para la demandada desde el 28 de septiembre de 1978 hasta el 3 de octubre de 1980, en el cargo de cajera principal; que fue afiliada al ISS para efectos pensionales, con números patronales 6026200085 y 610200084; sin embargo, su empleador únicamente pagó aportes pensiones del 28 de

septiembre de 1978 al 14 de mayo de 1979; informa que el Banco Caja Social radicó ante el ISS en junio de 1979, una novedad de desvinculación a partir del 15 de mayo de 1979, como se observa en el oficio SEM 1135992 emitido por Colpensiones de fecha 14 de octubre de 2016; menciona que en su historia laboral no se registran aportes a pensión entre el 15 de mayo de 1979 y el 3 de octubre de 1980; que solicitó a la demandada certificaciones de tiempo de servicio, aportes efectuados a la seguridad social y copia de la afiliación al ISS, para realizar los trámites de corrección de su historia laboral, solicitudes que hizo en agosto de 2011, 20 de abril de 2015, 13 agosto de 2015, 4 de marzo de 2016 y 4 de mayo de 2017; frente a lo cual, los días 28 de agosto y 19 de octubre de 2015, 16 de marzo y 21 de octubre de 2016, la demandada informó que gestionaría la corrección de su historia laboral, y que ya había solicitado a Colpensiones dicha corrección; de otro lado, explica que el 7 de octubre de 2015 solicitó a Colpensiones la referida corrección, no obstante, dicha administradora el 15 de enero de 2016 le comunicó que su empleador *"únicamente aportó los periodos que se reflejan en la historia laboral"*; menciona que el banco demandado radicó ante Colpensiones solicitudes de corrección los días 14 de septiembre de 2015, 6 de octubre de 2015 y 5 de abril de 2016; luego, el 10 de marzo de 2016, ella solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, la que le fue negada *"por insuficiente tiempo de cotización"*, y aunque presentó recursos de reposición y apelación, Colpensiones reiteró lo dicho en su decisión, y la requirió para que allegara *"documentos probatorios evidenciando vínculo laboral"*; agrega que el 20 de septiembre de 2016 solicitó la realización del cobro coactivo al Banco Caja Social, petición que fue negada por Colpensiones al día siguiente, y el 14 de octubre de ese año, Colpensiones le informa *"del hallazgo de una novedad de retiro de la trabajadora con efecto retroactivo al 15 de mayo de 1979, reportada por LA CAJA SOCIAL DE AHORROS con el ciclo 1979/06"*, luego, tal administradora con oficio del 16 de diciembre de 2016 *"manifiesta no poder exigir pago de periodo en cuestión por no haber petición de afiliación y que no es responsable de las omisiones del empleador y orienta sobre la PETICIÓN DEL CALCULO ACTUARIAL QUE ESTE DEBE HACER, para enmendar su omisión"*; frente a lo cual, el 4 de mayo de 2017, por intermedio de apoderado solicitó a la demandada que realizara los trámites pertinentes para corregir su historia laboral, pero no recibió respuesta de la entidad, razón por la cual el 7 de julio de ese año instauró acción de tutela contra la demandada, y el 12 de ese mes y año, el Banco Caja Social *"entrega los documentos solicitados y ofrece pedir a Colpensiones nueva corrección de la historia laboral de la peticionaria, y evade la entrega de soportes de aportes hechos al ISS para*

pensiones en el periodo 15 de mayo de 1979 a 3 de octubre de 1980 y de las novedades reportadas a Colpensiones respecto a la reclamante”, luego, al dar respuesta a la acción constitucional “confiesa no tener soporte de haber pagado los aportes pensionales del 15 de mayo de 1979 a 03 de octubre de 1980”, y al contestar el incidente de desacato señaló “no encontramos prueba de las planillas de pago correspondiente a los aportes pensionales por los periodos 15-05 1979 al 03-10-1980, ni las novedades reportadas correspondientes a los mismos periodos.”

- 3.** La demanda se presentó el 18 de septiembre de 2018 en los juzgados municipales de pequeñas causas laborales de Duitama (PDF 05), siendo rechazada mediante auto del 20 del mismo mes y año, ordenándose su remisión a los juzgados de la misma especialidad y categoría de la ciudad de Bogotá (PDF 07); no obstante, el Juzgado Doce Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., con auto del 18 de enero de 2019, declaró su falta de competencia y ordenó el envío del expediente a los juzgados laborales del circuito de esa ciudad (PDF 11); efectuado su reparto, el 26 de febrero de 2019 (PDF 13), le correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., despacho judicial que, con auto del 1º de abril de 2019, admitió la demanda y ordenó notificar a la demandada (PDF 14).
- 4.** La diligencia de notificación personal se realizó a la demandada el 27 de junio de 2019 (PDF 24); dándose contestación el 19 de julio del mismo año (PDF 26).
- 5.** El banco demandado por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda con oposición a las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la relación laboral y sus extremos temporales, aunque aclaró que las funciones de cajera principal las desempeñó solo a partir del 1º de octubre de 1979, pues antes era auxiliar de ahorros, y que hasta el 14 de mayo de 1979 ella laboró en Duitama y a partir del 15 de ese mes y año fue trasladada a Bogotá, por lo que *“es MUY probable que a partir de tal fecha la demandante haya sido vinculada a través del número patronal de Bogotá y adicionalmente que haya sido afiliada con la tarjeta de identidad, pues solo hasta el 23 de julio de 1979 se expidió la cédula de ciudadanía de la actora” “aunque los 18 años los cumplió el 30 de diciembre de 1979”.* *“Las anteriores razones son las que pueden derivar en que a la fecha no aparezcan las afiliaciones”;* aceptó los números patronales de la demandada, y agregó que el correspondiente a Bogotá era 01-00-62-00753; señala que en los archivos de

la entidad no aparece desafiliación alguna; que el 21 de septiembre de 2015 solicitó a Colpensiones la corrección de la historia laboral de la demandante; y admitió que la demandante radicó las solicitudes que aduce en la demanda y el trámite de la acción de tutela. Propuso en su defensa las excepciones de cobro de lo no debido, pago, buena fe y la genérica (PDF 26).

6. Con auto del 20 de agosto de 2019, se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 29 de enero de 2020 (PDF 28), diligencia que se celebró ese día y se fijó el 3 de junio de ese año para audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 34); no obstante, dada la cuarentena generada por la pandemia del COVID-19, la misma no se realizó, y con auto del 21 de enero de 2021 se reprogramó para el 2 de marzo de ese año (PDF 35), sin embargo, en esta última se cerró el debate probatorio, se recibieron los alegatos de conclusión y se suspendió para continuarla el 9 siguiente (PDF 40).

7. El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 9 de marzo de 2021, declaró la existencia de una relación laboral entre las partes intervinientes, vigente del *"28 de septiembre de 1978 al 03 de octubre del 1980"*; condenó al banco demandado a trasladar a Colpensiones *"con base en el cálculo actuarial que elabore esta, representado en un título pensional el capital adeudado por concepto de cotizaciones a pensión del período comprendido entre el 15 de mayo del 1979 y el 03 de octubre de 1980"*; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la condenó en costas, las que no tasó en esa oportunidad (PDF 42).

8. Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación en el que manifestó *"básicamente, mi defendida es consciente de que no se realizaron los aportes, las cotizaciones entre el 15 de mayo del 79 y el 3 de octubre del 80, eso está confesado incluso como bien su señoría lo dice en la sentencia; la inconformidad proviene en la consecuencia, en el entendimiento de las pruebas, mi procurada, en efecto, demostró que había afiliado a la demandante, que había venido pagando por ella; es muy diferente la consecuencia de la no afiliación a la consecuencia del no pago de las cotizaciones, y el despacho, tal y como lo reconoció al momento de proferir sentencia, sin que se haya probado la novedad de retiro por ningún medio, y la novedad de retiro se debe marcar en una planilla como novedad, procedió a condenar a mi procurada, no al pago de las cotizaciones adeudadas con los intereses de mora debidos conforme lo disponen los artículos 22 y 23 de la Ley 100, en concordancia con el artículo 28 de la Ley 692 del 94 y el artículo 12 de la Ley 1066"*

de 2006; y, en cambio de ello, que es el pago de las cotizaciones con los intereses de mora pertinentes, procede a obligarla al pago de un cálculo actuarial, deviniendo el pago del cálculo actuarial de una falta de afiliación, y como vuelvo y lo reitero, la falta de afiliación no está probada y no está probada al menos, por la prueba pertinente, que es el formulario respectivo en que se desafilia a la actora; lo único que hay, como muy bien lo dijo su señoría, la juez de primera instancia, es una certificación de Colpensiones, que es la parte más interesada en una condena como la impuesta, porque a pesar de que mi procurada por miles de maneras, como consta en el plenario, y ahí están las documentales, le pidió a Colpensiones que por favor procediera a decir cuánto se le debía, que por favor dijera, que por favor cómo podíamos pagar, y nunca lo dijo, nunca lo hizo, pues la verdad, la diferencia en el pago de un cálculo actuarial a unas cotizaciones con intereses de mora en su cuantía es bien diferente, y nadie más acá interesado en que el pago sea de un cálculo actuarial y no el pago de las cotizaciones con los intereses de mora; en últimas y para concluir, el desacuerdo con la sentencia es en que le haya dado plena validez a una certificación, a un escrito de Colpensiones, diciendo que había una novedad de retiro, sin que esta novedad de retiro hubiera estado acreditada dentro del proceso de manera alguna, debiéndolo estar, y no a lo que había, que era una afiliación, sin que hubiera ninguna novedad de retiro acreditada, de donde se deducía que la condena a imponer era el pago de las cotizaciones por el período condenado, es decir, del 15 de mayo del 79 al 3 de octubre del 80, con los respectivos intereses de mora; valga la verdad decir adicionalmente, que la Corte Suprema de Justicia ha sido insistente que cuando la entidad de pensiones no realiza trámite alguno para el cobro, y en este caso peor porque es que el deudor hasta le dijo por favor cóbreme, por favor, dígame, y ahí está acreditado, debe responder también, pero lejos de eso, Colpensiones en vez de eso, lo que expide es una certificación diciendo, ahí hay una novedad de retiro, no sé dónde está, yo me desentiendo de eso, miren ustedes a ver qué hacen y listo, y vamos, como siempre (...)"

9. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 20 de mayo de 2021; posteriormente, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, únicamente la demandante los allegó.

En su escrito, el apoderado de la demandante solicita se confirme la sentencia de la a quo; indica que la demandada “*tuvo por más de un lustro, por las peticiones presentadas ante ella por la actora, el tiempo necesario para probar su afirmación, limitándose solo a afirmar que hizo todas las cotizaciones a las que estuvo obligada y a pedir a Colpensiones la corrección de la historia laboral, sin aportar documentos, porque no los tiene,*

que probaran la afiliación ni (sic) las cotizaciones por el periodo en litis, y en su lugar se mantuvo en manifestar que tenía la esperanza de que Colpensiones le resolviera dicho problema"; señala que a la demandada le correspondía "probar la afiliación y las cotizaciones a Colpensiones de los aportes en litigio", y el hecho de que no los tenga en su poder "no lo releva de la carga probatoria, teniendo incluso el deber de conservar en sus archivos los documentos relacionados con sus trabajadores, útiles para efectos pensionales, sus salarios y tiempos de servicio como se ve en el Art. 264 del CST".

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es determinar si en el presente caso, en atención a la falta de cotización al sistema de seguridad social en pensión por parte de la demandada a favor de la demandante, del 15 de mayo de 1979 al 3 de octubre de 1980, debe condenarse al pago de los aportes pensionales adeudados junto con los intereses de mora que liquide la administradora de pensiones, como lo señala el apelante, o en su lugar, lo procedente es el pago del cálculo actuarial como lo concluyó la juez de primera instancia.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia del contrato de trabajo entre las partes intervinientes, así como sus extremos temporales, del 28 de septiembre de 1978 al 3 de octubre de 1980; además, las partes no discuten que la demandada no efectuó los aportes a pensión a favor de su trabajadora dentro del período comprendido del 15 de mayo de 1979 al 3 de octubre de 1980; y que la demandante se encuentra afiliada a Colpensiones.

La a quo al proferir su decisión consideró que al ser un imperativo legal que todas las personas vinculadas mediante un contrato de trabajo deben estar vinculados al sistema general de pensiones y efectuar cotizaciones, y que el empleador es el responsable del pago del aporte de los trabajadores que tenga

a su servicio, por lo que debe "retener del salario de cada afiliado al momento de su pago, el monto de la cotización que este debía aportar para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, señalando además que en caso de que el empleador no hubiese efectuado el descuento al trabajador, debe responder por la totalidad del aporte". Por tanto, como en la historia laboral de la demandante expedida por Colpensiones, se observa que "el último aporte efectuado por la entonces Caja Social de Ahorros, data del 15 de mayo del año 79; posteriormente es nuevamente afiliada a partir del 1º de febrero del año 81 con el empleador Projuventud", lo que coincide con la documental obrante en el expediente que "da cuenta que la vinculación laboral con esta inició el 1 de febrero del año 81"; y como Colpensiones informó el 14 de octubre de 2016 que había una novedad "de retiro retroactivo para el ciclo de junio del año 79, la que si bien no se observa detallada en la historia laboral, lo cierto es que por los períodos reclamados tampoco se determina que tuviera afiliación vigente, atendiendo que la demandada no allegó documental que demostrara lo contrario, como tampoco comprobante alguno del pago de aportes pensionales que llegue a concluir que la afiliación por el período reclamado existió", por tanto, como de las documentales allegadas se puede concluir que "por el período reclamado no hubo afiliación por parte del empleador a la demandante, para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y estando probada la existencia de la relación laboral continua de esta con la demandada entre el 28 de septiembre de 1978 al 3 de octubre de 1980, como también que esta última acepta en escrito de demanda (sic) y en etapa de alegaciones, no contar con los soportes de afiliación y pago de aportes entre el 15 de mayo del 79 al 3 de octubre del 80, habrá de accederse a las pretensiones de la demanda, en ese orden de ideas, le asiste razón a la demandante a que el banco demandado traslade a Colpensiones los aportes a pensión correspondientes al período reclamado, de suerte que la demandada, conforme al parágrafo primero, literal b, del artículo noveno de la Ley 797 de 2003, deberá trasladar a Colpensiones con base en el cálculo actuarial que elabore esta, representado por un título pensional, el capital adeudado por el período comprendido entre el 15 de mayo del 79 al 3 de octubre del 80, entidad a la cual la demandada deberá proporcionarle los salarios devengados en las anualidades en mención por la demandante, en tanto ninguna documental ofrece tal información y la historia laboral allegada no da ninguna claridad al respecto, siendo pertinente señalar que ante la falta de afiliación lo que procede precisamente es el pago del cálculo actuarial, como lo ha puesto el presente en reiteradas oportunidades la Sala de Casación Laboral, entre otras la sentencia SL4432 de 2018"

Se empieza por decir que la situación de falta de afiliación a la seguridad social en pensión y la subsiguiente omisión del pago de aportes, dista de lo que se presenta cuando se afilia al trabajador pero se omite el pago oportuno de las cotizaciones a la administradora, como bien lo pone de presente el apoderado de la demandada, pues se trata de situaciones diferentes que tienen un tratamiento normativo también distinto.

De un lado, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez (en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida), el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones (...)

Para efectos del cómputo de semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

(...)

“d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

(...)

*“En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base **en el cálculo actuarial**, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.” (Negrilla fuera de texto).*

A su vez, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 consagra: *“En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”.*

De modo que en los términos anteriores se encuentra regulado el tema del cálculo actuarial, que procede básicamente cuando, en vigencia de la Ley 100 de 1993, o mejor del sistema general de pensiones, el empleador omite la afiliación del trabajador a dicho sistema.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece en su literal a), la obligatoriedad de la afiliación, y el literal d) consagra como consecuencia de lo anterior, la obligatoriedad del pago de los aportes; deberes que corroboran y reafirman los artículos 15, 17, 22 y 23 ídem. Esta última disposición estatuye que los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta. Lo anterior también aparece reglamentado en el Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016, cuyo artículo 13 dispone que la afiliación es permanente y no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.

En el presente asunto como ya se indicó, las partes no discuten que entre ellas existió un contrato de trabajo del 28 de septiembre de 1978 al 3 de octubre de 1980, como tampoco que el banco demandado omitió su deber de pagar los aportes a pensión dentro del período comprendido del 15 de mayo de 1979 al 3 de octubre de 1980, incluso acepta que tiene el deber legal de efectuar ese pago, y su inconformidad la hace consistir en que en este caso no se demostró que hubiese desafiliado a su trabajadora y por ende lo que procede es ordenar el pago de los aportes en mora junto con sus intereses, y no el cálculo actuarial, pues a su juicio la demandante estuvo afiliada durante todo el tiempo de la relación laboral.

De la historia laboral de la demandante expedida por Colpensiones, se advierte que fue afiliada al ISS (hoy Colpensiones) por parte de la Caja Social de Ahorro, hoy Banco Caja Social, el 28 de septiembre de 1978, realizándose aportes pensionales por dicho empleador desde esa fecha hasta el 15 de mayo de 1979; después hay una interrupción y a partir del 1º de febrero de 1981 aparecen cotizaciones por parte del empleador Projuventud (pág. 172-177 PDF 03), sin que se observe novedad de retiro; por lo que la pregunta que corresponde hacerse es si puede considerarse que la trabajadora estuvo afiliada entre el 15 de mayo de 1979 y el 3 de octubre de 1980 por parte del banco demandado, cuando no le aparecen cotizaciones a pesar de existir la relación laboral como ya se mencionó.

Al respecto, Colpensiones, mediante comunicación del 9 de septiembre de 2016, le explicó a la demandante que *"Verificadas nuestras bases de datos y los soportes anexos, se evidenció que el aportante CAJA SOCIAL DE AHORROS con patronal 06026200085 y patronal 06106200084, únicamente realizó cotizaciones a su nombre para los períodos que se reflejan en su historia laboral respectivamente 197809 a 197905, 198209 a 198508, 198105 a 198209"* (pág. 219 PDF 03); luego, en respuesta dada a la actora, de fecha 14 de octubre de 2016, Colpensiones le informó que los aportantes, dentro de ellos el aquí demandado, *"únicamente realizaron cotizaciones a su nombre para los períodos que se reflejan en su historia laboral"*, y le indicó: *"se logró establecer que el empleador CAJA SOCIAL DE AHORROS, en el ciclo 1979/06, reportó una novedad de retiro, con efectos retroactivos, asentada para el día 1979/05/15. Por lo tanto, no es procedente efectuar corrección alguna en la historia laboral, toda vez que se trata de una novedad de retiro con efectos retroactivos realizada en virtud de lo establecido en el Art. 37 del Decreto 3063 de 1989 y en observancia que la historia laboral de cada afiliado está construida con base en las novedades laborales que reportaba cada empleador, para que el ISS, hoy Colpensiones, de manera precisa e*

inequívoca realice las actuaciones administrativas correspondientes y registre las novedades tal como le fueron y son reportadas" (pág. 179 PDF 03). Posteriormente, mediante oficio del 16 de diciembre del mismo año, le señaló a la demandante que "Una vez revisada y analizada la información contenida en la base de datos de la entidad se pudo constatar que no se encontró el registro de afiliación ni pagos por los períodos solicitados (...)", por lo que en ese sentido "es necesario que el empleador solicite a la gerencia de Ingresos y Egresos que adelante el respectivo cálculo actuarial", como quiera que "si el empleador no afilió (o no reportó novedad de vínculo laboral) al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a su empleado, deberá transferir el valor actualizado (cálculo actuarial), a satisfacción de la Entidad Administradora, para que estos aportes le sean tenidos en cuenta como tiempo de cotización para efectos del eventual reconocimiento de la pensión" (pág. 200-202 PDF 03)

En este orden de ideas, como bien lo concluyó la juez, dentro del expediente sí se acreditó que la demandada reportó novedad de retiro el 15 de mayo de 1979, pues así lo certificó la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, fecha para la cual, según lo explica el demandado, la actora fue trasladada de Duitama a la ciudad de Bogotá D.C., sin que realizara nuevamente novedad de vinculación, a pesar de que, se reitera, la relación laboral transcurrió sin interrupciones hasta el 3 de octubre de 1980. Es cierto que dentro del plenario no se allegó la planilla de novedad de retiro que aduce Colpensiones en su comunicación; empero, tal circunstancia no resta eficacia a la prueba documental antes referida, máxime cuando la demandada no la desconoció en los términos del artículo 272 del CGP, por lo que en ese sentido, se presume auténtica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 244 de la misma norma, y por ende, tiene plena validez.

Así las cosas, al haberse reportado una novedad de retiro el 15 de mayo de 1979, sin que se acreditara una vinculación posterior por parte del banco demandado, situación que, para efectos de las secuelas de la omisión, equivale a falta de afiliación, la consecuencia es el pago del cálculo actuarial como bien lo concluyó la juez, por lo que suficientes resultan las razones para confirmar la sentencia de primera instancia; sin que en este caso Colpensiones tenga que entrar a responder por dichos aportes en mora, pues de un lado, no fue citada como parte como equívocamente lo entiende el apoderado del demandado, y además, porque aquí no se discute el reconocimiento y pago de una eventual pensión dentro de la cual Colpensiones hubiese omitido su deber de cobro coactivo, circunstancia en el cual la jurisprudencia laboral sí le ha impuesto a la administradora el deber de responder por su falta de diligencia.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia. Sin embargo, esto no obsta para que la Sala haga unas precisiones relacionadas con la forma en que se debe hacer el pago del cálculo actuarial, con el fin de facilitar la ejecución de la sentencia en caso de incumplimiento. Por tanto, el demandado deberá solicitar a Colpensiones, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firmeza de esta decisión que proceda a liquidar dicho cálculo; si el demandado no lo hace, se faculta a la demandante para que lo solicite; elaborado y entregado el cálculo actuarial, el demandado tienen quince (15) días para hacer el pago a Colpensiones, contados desde el día que sea entregado por la entidad de seguridad social citada; para tal efecto, se tendrán en cuenta los IBC certificados por la demandada en las páginas 1, 7 a 10 del archivo PDF 25.

Así queda resuelto el recurso de apelación.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 2 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 9 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de INGRID LUCÍA MERCHÁN ROBAYO contra BANCO CAJA SOCIAL S.A., de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia; y para facilitar la ejecución de la sentencia, el demandado deberá solicitar a Colpensiones, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firmeza de esta decisión que proceda a liquidar dicho cálculo; si el demandado no lo hace, se faculta a la demandante para que lo solicite; elaborado y entregado el cálculo actuarial, el demandado tienen quince (15) días para hacer el pago a Colpensiones, contados desde el día que sea entregado por la entidad de seguridad social citada; para tal efecto, se tendrán en cuenta los IBC certificados por la demandada en las páginas 1, 7 a 10 del archivo PDF 25.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 2 SMLMV.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

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

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLADYS MURCIA LEÓN contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP. Radicación No. 11001-31-05-018-**2019-00653**-01.

Bogotá D. C. veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; la presente decisión se emite de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y con ella se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la UGPP contra el fallo de fecha 3 de noviembre de 2020 proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra la UGPP con el objeto que se declare que causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo (1998-1999) suscrita entre su empleador Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el sindicato existente en esa empresa; en consecuencia, solicita se condene al reconocimiento y pago de dicha prestación, a partir de la fecha de exigibilidad, esto es, desde el 5 de mayo de 2008 cuando cumplió 50 años de edad, con 14 mesadas, por tratarse de un derecho adquirido antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, junto con su indexación y las costas procesales.

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que nació el 6 de mayo de 1958, por lo que el mismo día y mes del año 2008 cumplió 55 (sic) años de edad; informa que prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S. A., como trabajadora oficial, por más de 20 años, y que su fecha de retiro data del 27 de junio de 1999, por lo que al ser beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional, la que le fue otorgada mediante Resolución 06180 del 6 de junio de 2008, en cuantía inicial de \$2.683.580,99, efectiva a partir del 5 de mayo de ese año; indica que en esa resolución no le fue concedida la mesada 14, y aunque solicitó a la UGPP que le fuera reconocida, la entidad mediante oficio del 4 de septiembre de 2019, le señaló que no es beneficiaria de ese derecho.
- 3.** La demanda se presentó el 24 de septiembre de 2019 (PDF 05), siendo admitida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. mediante auto de fecha 19 de noviembre de 2019 (PDF 06). La diligencia de notificación a la demandada se surtió el 13 de diciembre de 2019 (PDF 07).
- 4.** La demandada UGPP por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda con oposición a las pretensiones; aceptó los hechos de la demanda, aunque agregó que la resolución de reconocimiento pensional fue modificada con Resolución 046467 del 10 de noviembre de 2015 y explicó que no reconoció la mesada 14 a la demandante por cuanto no cumple con los requisitos para su otorgamiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas (PDF 14).
- 5.** Con auto del 11 de septiembre de 2020 se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 3 de noviembre de 2020 (PDF 15); diligencia que se realizó ese día, aunque en el acta obrante en el archivo PDF 17 se consignó equivocadamente como si se hubiese celebrado el 28 de octubre de 2020.
- 6.** El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 3 de noviembre de 2020, dispuso condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la mesada pensional adicional del mes de junio, a favor de la demandante, desde el 27 de agosto del 2016 y en adelante mientras subsista el derecho, suma que deberá ser indexada; declaró probada parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las

mesadas causadas antes del 27 de agosto de 2016; y condenó a la UGPP al pago de costas, tasando las agencias en derecho en la suma de \$1.200.000 (PDF 17).

7. Contra la anterior decisión, la apoderada de la demandada UGPP interpuso recurso de apelación, en el que manifestó *“Reiteraré su señoría los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión y adiciono la sustentación en lo siguiente, la eliminación de la mesada 14 por el Acto Legislativo 01 de 2005 no se hace de manera inmediata y generalizada, sino de forma paulatina y parcial hasta su extinción, en la medida en que, primero, la conservaron quienes hubieren causado el derecho cumplido los requisitos legales de tiempo de servicios y edad, antes de la expedición del Acto Legislativo 01 del año 2005, y dos, se siguió reconociendo después del Acto Legislativo y hasta el 31 de julio del año 2011, a quienes percibían una pensión inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Desde esta perspectiva, contraria, puede decirse que la mesada 14 se eliminó para las pensiones o mesadas pensionales superiores a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, en cualquier caso, para todas las pensiones causadas después de 31 de julio del año 2011, y, si nos vamos su señoría a los fundamentos fácticos, la primera mesada pensional de la actora se efectuó en el año 2008, es decir, estando en vigencia el Acto Legislativo 01 del año 2005, y pese a que se estaba reconociendo la mesada 14 hasta después del 31 de julio del año 2011, esta se hacía siempre y cuando la mesada pensional no superara los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por esta razón su señoría, consideramos que la actora no tiene derecho a la mesada 14, y siendo así, solicito al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, revocar la sentencia que se ha proferido en contra de los intereses de mi representada”*.

8. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 8 de junio de 2021; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual ambas los allegaron.

La apoderada de la demandada reitera lo dicho en su escrito de contestación y en el recurso interpuesto, por cuanto a su juicio *“es improcedente reconocer la mesada 14 por expresa disposición del Acto Legislativo 01 de 2005”*, como quiera que la demandante cumplió su estatus de pensionada el 5 de mayo de 2008, cuando ya estaba vigente dicho acto legislativo, incluso la pensión se reconoció a partir del cumplimiento de los requisitos; de otro lado, menciona que la mesada pensional a la fecha de efectividad, es *“superior al límite dado por la Ley para el pago de la mesada 14”*; finalmente, señala *“no es de recibo para la Entidad*

que los Jueces y Magistrados hagan una interpretación normativa distinta sobre el reconocimiento de estas pensiones convencionales, en donde sólo el tiempo de servicio es requisito para adquirir el derecho a la pensión convencional, dejando de lado la edad, para sólo considerarla como el tiempo de disfrute de las referidas pensiones. La edad y el tiempo de servicio son requisitos para adquirir las pensiones convencionales, el texto de las convenciones colectivas lo estipulan, la no acreditación de estos requisitos antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, es sólo una mera expectativa del derecho”.

Por su parte, el apoderado de la demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, como quiera que “Para la CORTE, del análisis del Artículo 41 y su parágrafo del ACUERDO CONVENCIONAL, NO TIENE INCIDENCIA EL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD con posterioridad al 31 de julio de 2010, como lo dispone el Parágrafo Transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto a la entrada en vigencia del A. L., EL DERECHO YA ESTA CAUSADO, porque LA EDAD NO SE ESTABLECIO COMO REQUISITO DE CAUSACION, sino de EXIGIBILIDAD”, y en ese orden, pone de presente sendas sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia proferidas dentro de los años 2018 a 2021.

9. La apoderada de la demandada, el 16 de enero de 2023, allegó escrito de renuncia al poder que le fue conferido por la UGPP, en atención a la comunicación que para el efecto le envió el subdirector de defensa judicial pensional de la UGPP, en la que le informa que no se suscribiría para este año nuevo contrato de prestación de servicios profesionales dadas las circunstancias administrativas y presupuestales.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación mediante Resolución 06180 del 6 de junio de 2008, le reconoció a la aquí demandante, una pensión de jubilación convencional, en cuantía inicial de \$2.683.580, efectiva a partir del 5 de mayo de 2008, por cumplir los requisitos establecidos

en la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, suscrita entre dicha Caja y el sindicato nacional de los trabajadores de esa entidad (pág. 10-13 PDF 04); posteriormente, Colpensiones con Resolución GNR 296123 del 25 de septiembre de 2015, reconoció a la demandante la pensión de vejez, efectiva a partir del 5 de mayo de 2013, por lo que desde esa calenda la demandada UGPP (entidad que asumió las obligaciones pensionales de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero) solo responde por el valor mayor de la mesada pensional, en atención a la compartibilidad de la pensión (pág. 15-21 PDF 04). Sin que en tales resoluciones se hubiese reconocido la mesada 14 aquí reclamada.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es determinar si en este caso resulta procedente ordenar el pago de la «*mesada catorce*» o mesada adicional de junio, como lo concluyó el juez de primera instancia, o si, por el contrario, al corresponder a una mesada pensional superior a los 3 SMLMV y ser reconocida la prestación en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no le asiste el derecho a su reconocimiento como lo considera la entidad demandada.

El a quo al proferir su decisión, luego de analizar la jurisprudencia laboral y constitucional relativa al tema, concluyó que, *"el beneficio pensional recibido por la demandante, esto es, por haber laborado con la Caja Agraria, hoy extinta, pensión convencional, se configuraron todos sus derechos para el día 27 de junio de 1999, y si bien es cierto su disfrute se postergó hasta el día 05 de mayo de 2008, fecha en la que la demandante cumplió 50 años de edad, lo cierto es que esta, la edad, es requisito de mera exigibilidad y no de configuración del derecho, por lo que, a juicio de este despacho y de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia anterior, debe concluir en este asunto que la demandante constituyó su derecho para el día 27 de junio de 1999 y por ende, no estaba vigente aún el acto legislativo 01 del año 2005, por lo que mal podría la hoy demandada, la UGPP, negar el derecho pensional a la demandante, pues, se insiste, para ella no es de aplicabilidad el Acto Legislativo 01 de 2005, pues se insiste, los derechos se consolidaron en las fechas ya señaladas en referencia. Así las cosas, el despacho entonces impartirá condena en contra de la UGPP para que pague la mesada pensional número 14 como lo solicita la parte demandante, o mesada adicional, a partir del reconocimiento pensional, esto es, a partir del día 05 de mayo de 2008"*; igualmente ordenó la indexación de las mesadas adicionales causadas, y declaró prescritas las mesadas causadas desde el 27 de agosto de 2016 hacia atrás.

Vistas, así las cosas, aunque esta Sala entiende que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2015, que adicionó el artículo 48 de la Constitución

Política, no pueden existir regímenes especiales ni exceptuados (sin perjuicio de los allí consagrados) contenidos en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdo válidamente celebrados y que las personas que causen el derecho a la pensión a partir de la vigencia de ese acto legislativo no puede recibir más de 13 mesadas pensionales salvo que perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán 14 mesadas pensionales al año (parágrafo transitorio 6º), como lo señala la apoderada de la entidad demandada, lo cierto es que en el caso concreto no resulta aplicable dicho acto legislativo, tal como lo ha considerado ampliamente y de manera pacífica y reiterada la jurisprudencia laboral, según lo reseñó el juez de primera instancia; por ende, no merece reproche alguno la decisión del a quo.

Al respecto, la sentencia CSJ SL526 de 2018, al analizar un caso de similares situaciones fácticas al presente, señaló lo siguiente:

[...] en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...]

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

[...]

Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador.

La anterior sentencia fue reiterada entre otras, en sentencias CSJ SL3438 de 2021 y CSJ SL 3267 de 2022, en la última de las cuales se indicó: “En síntesis, cuando el precepto extralegal dispuso la pensión de jubilación exigiendo un tiempo de servicios mínimo, aparejado a la desvinculación del servidor de la entidad, sobre el supuesto de que para los que estaban vinculados similar derecho concibió, no surge duda de que la edad dejó de ser un

requisito de estructuración del derecho para los primeros, para convertirse en un requerimiento de exigibilidad, disfrute o goce del derecho pensional”, por lo que consideró en ese asunto, y respecto a lo establecido en el citado acto legislativo, que: “...lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, no afectó el derecho pensional del actor, en tanto este se causó con anterioridad a su vigencia, en razón a que, como ya se dijo, la edad es un simple requisito de exigibilidad y no de causación y, en esa medida, para el 27 de junio de 1999 –fecha de desvinculación del actor de la empresa-, ya contaba con más de 20 años de servicios a favor de la Caja Agraria, por manera que para el 31 de julio de 2010, aquel tenía un derecho adquirido, por haber reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que solo estaba pendiente de arribar a la edad para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 17 de abril de 2011, sin que ninguna incidencia tenga el nuevo mandato constitucional, que por cierto, salvaguardó los derechos adquiridos”

Así las cosas, como lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes referidas, y además, en las sentencias CSJ SL4550-2018, CSJ SL2661-2019, CSJ SL5030-2019, CSJ SL5178-2020, CSJ SL3587-2020 y CSJ SL415-2023, entre muchas más, al analizar la estipulación convencional (Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de los Trabajadores de esa entidad), aplica a los extrabajadores de la entidad, vale decir, a quienes en vigencia del acuerdo colectivo de trabajo perdieron su condición de servidores activos, siempre que acrediten haber prestado por lo menos 20 años de servicios, pues en estos eventos la edad es un requisito de exigibilidad.

En el presente caso, puede concluirse que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la aquí demandante ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los requisitos para causar o consolidar el derecho pensional convencional, como lo fueron, el tiempo de servicios equivalente a 20 años, toda vez que laboró para la entidad del 17 de noviembre de 1978 al 27 de junio de 1999, así como la desvinculación laboral en esa última fecha, como lo señala la Resolución 06480 del 6 de junio de 2008 en la que se le reconoció la pensión de jubilación convencional, hecho que no es objeto de discusión; por lo que apenas estaba pendiente de cumplir la edad requerida para el goce o disfrute de la pensión, lo que ocurrió el 5 de mayo de 2008.

En este orden de ideas, se advierte que la demandante sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o «mesada catorce», por lo que su derecho no está afectado por las reglas establecidas en el Acto Legislativo

01 de 2005, se reitera, porque la prestación se causó antes de que esta norma entrara en vigor, como ya se explicó.

No sobra aclarar que en este caso es la demandada la que tiene la obligación de asumir el pago de la mesada adicional aquí ordenada, en el 100%, por hacer parte del mayor valor que debe reconocer en virtud de la compartibilidad pensional; y así también lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia laboral, entre otras, en sentencias CSJ SL3834-2019, CSJ SL4517-2020, CSJ SL415-2023.

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 2 SMLMV.

Finalmente, en atención a que la apoderada judicial de la entidad demandada allegó escrito en el que renuncia al poder conferido y adjunta para el efecto la comunicación que le envió la UGPP en la que le informa que no se suscribiría nuevo contrato de prestación de servicios para este año 2023, el despacho aceptará dicha renuncia.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha sentencia de fecha 3 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de GLADYS MURCIA LEÓN contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 2 SMLMV.

TERCERO: ACEPTAR la renuncia del poder elevada por la Doctora KARINA VENCE PELÁEZ, conforme lo señalado en la parte considerativa.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105031202100376-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de sobrevivientes

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **BLANCA MARINA DÍAZ ÁVILA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

Blanca Marina Díaz Ávila promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pretendiendo que se le declare como única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor Jesús Antonio González Clavijo, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, literal a; que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes desde el día del fallecimiento de su esposo Jesús Antonio González Clavijo, esto es, desde el 26 de febrero de 2002, incluyendo los respectivos reajustes legales o indexaciones a las que haya lugar; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que el 26 de febrero de 2002 falleció el señor Jesús Antonio González Clavijo, con quien contrajo matrimonio el 1 de octubre de 1967, y con quien procreó 3 hijos, y con quien estuvo casada hasta el día de su fallecimiento.

Refiere que convivieron bajo el mismo techo, lecho y habitación desde el día de su matrimonio hasta el día del fallecimiento; que el causante siempre veló por su bienestar y socorro económico; que el señor Jesús Antonio González era pensionado por el Instituto de Seguros Sociales, a través de la Resolución No. 19891 del 5 de diciembre de 1997.

Que pese a solicitar el reconocimiento de la prestación aquí debatida, la demandada Colpensiones ha emitido respuesta desfavorable.

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma Colpensiones, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó acabo la convivencia de la señora Blanca Marina Díaz y el señor Jesús Antonio González; que el causante hubiese velado siempre por el bienestar económico de la actora, y que se hubiesen tergiversado hechos para negar la pensión de sobrevivientes.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. mediante diligencia celebrada el día 4 de agosto de 2022, dispuso absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando que debe tenerse en cuenta el concepto real de familia, considerando que es claro que la señora Blanca Marina Díaz expuso que inicialmente vivieron juntos en unión libre del 65 al 67, y del 67 duró casada con el señor Jesús Antonio González hasta su muerte; que hicieron una liquidación de bienes, pero siguieron estando casados.

Indica que la a quo adujo que la pensión de la señora Blanca era alta, lo cual no era objeto de litigio, debiendo ser debatida la convivencia de las partes, lo cual se probó en el proceso.

Manifiesta que fueron tachados los testigos, sin embargo, afirma que “qué testigos más confiables que los hijos”, que son a quienes les consta la unión y el amor de sus padres, sin que exista otra persona más creíble que los propios hijos, y que, frente a las fechas, es imposible saber con exactitud la de muerte así sea el papá, considerándolo humanamente imposible, aunado a que se efectuaron muchas preguntas irrelevantes para el proceso.

En suma, aduce que se evidencia la dependencia económica, y que, con gran extrañeza, en la sentencia no se nombró la jurisprudencia en la que se establece que basta con estar casado 5 años, en cualquier momento, a pesar de que el suscrito lo mencionó en sus alegatos, aunado a que no debe hacerse mención al abandono del causante, pues no es objeto de discusión si los testigos fueron buenos o malos hijos.

Asimismo, que la a quo no se pronunció sobre la tacha solicitada del informe técnico, por lo que, se demostró que era un matrimonio que convivía, que el que la señora Blanca estuviera en Estados Unidos no significa que no hayan convivido, y que, en efecto, hay varias formas de convivir, sin que deje de ser un matrimonio, y sin que deba ser bajo el mismo techo.

Que si bien la demandante es pensionada, dependía también del causante, solicitando así, que sean concedidas todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte actora allegó alegatos de conclusión, manifestando que la a quo efectuó preguntas a la demandante y a los testigos, que poco tenían que ver con el litigio; igualmente, que ni habló sobre el informe técnico de investigación efectuado por Colpensiones, siendo de vital importancia.

Refiere que si bien la señora Díaz se encuentra pensionada, dicha prestación resulta compatible con la pensión de sobrevivientes, debiendo tenerse en cuenta las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral SL11.027 de 2014 y SL 6.990 de 2016.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos expuestos por el apelante, en consonancia con las consideraciones efectuadas por la a quo, corresponde a esta corporación determinar si debe revocarse la decisión de primera instancia, para en su lugar, ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Blanca Marina Díaz Ávila, al encontrarse demostrada la convivencia por lapso superior a 5 años. Lo anterior en virtud a lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y SS.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que mediante Resolución 19891 del 5 de diciembre de 1997 le fue concedida al señor Jesús Antonio González Clavijo, pensión de jubilación por el Instituto de Seguros Sociales, como tampoco el hecho de su fallecimiento el 26 de febrero de 2002, lo que implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante y la cual prevé:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común y falezca, y*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que falezca, siempre que*

éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte.*
- b. Que habiendo cotizado al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley. “

ARTICULO 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido (...).”*

Teniendo en cuenta que lo que se discute en el recurso de apelación incoado, se encuentra relacionado con la convivencia que debió acreditar la señora Blanca Marina Díaz Ávila y el causante, se referirá esta corporación a la Sentencia SL1365-2020, Rad. 73158, Mag. Ponente Dra. Dolly Amparo Caguasango Villota, en la que se precisó que:

Así las cosas, aunque se mantiene el deber probatorio de acreditar la convivencia efectiva con el causante al momento de su deceso, la norma contempla la posibilidad de que la procreación de hijos durante los dos años anteriores a la muerte, incluido el hijo póstumo, eximan de probar que dicha vida marital perduró durante tal periodo, como se precisó en sentencia CSJ SL 634-2019, en la que se memoró lo expuesto en decisión CSJ SL 4099-2017, al señalar lo siguiente:

El tribunal negó el derecho pretendido por la señora [...] por cuanto concluyó que no probó la convivencia con el causante en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su tenor inicial. [...]

En la sentencia SL 4099-2017, radicación n.º 34785 del 22 de marzo de 2017, sobre la salvedad que contiene la norma transcrita se explicó:

[...] esta sala de la Corte, también de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la procreación de hijos no supe el requisito de la

convivencia efectiva en el momento de la muerte, sino que excusa el término mínimo de dos años continuos con anterioridad a ese suceso, si se da dentro del mismo lapso y no en cualquier tiempo. En la sentencia CSJ SL, 8 feb. 2002, rad. 16600, reiterada en CSJ SL, 27 de octubre de 2010, rad. 35362, la Corte expresó al respecto:

Ahora bien, ya sin ninguna incidencia en la decisión y sólo con miras a hacer las correcciones doctrinarias pertinentes, es bueno señalar lo siguiente: El recurrente enrostra al Tribunal haber interpretado erróneamente el artículo 9° del Decreto 1889 al considerar que en tal precepto se dispuso que el hecho de procrear hijos puede suplir el término de convivencia señalado en las disposiciones legales para acceder a la pensión de sobrevivientes; reparo en el que le asiste plena razón porque dicho precepto legal en modo alguno hace ese tipo de regulación.

Sobre ese tema la Sala se pronunció en el fallo atrás transcrito, a propósito de fijar el alcance del artículo 47 de la Ley 100, y allí asentó que uno de los requisitos para acceder la esposa o la compañera permanente a la pensión de sobrevivientes es “haber convivido con el pensionado no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, requisito éste que puede suplirse con el de haber procreado uno a más hijos con él (...). Negrilla fuera del texto.

En otros términos, la parte actora debe demostrar la convivencia con el fallecido, no menos de 2 años continuos con anterioridad a su muerte, esto, excepto cuando haya procreado uno o más hijos durante ese preciso lapso.

Aclarado lo anterior, toda vez que insiste la censura que la señora Blanca Marina Díaz Ávila convivió con el señor Jesús Antonio González Clavijo por tiempo superior a los cinco años anteriores al deceso de dicho pensionado, sea lo primero precisar, que se demuestra probado que la actora y el causante contrajeron matrimonio el día 1 de octubre de 1967, tal y como consta en registro de matrimonio que fue aportado al plenario, por lo que, procederá este colegiado a verificar si se encuentran acreditados los requisitos para el reconocimiento de la prestación aquí solicitada.

Aportó la parte activa junto con el escrito de demanda, registro civil de defunción del señor Jesús Antonio González Clavijo, registro civil de matrimonio, y las Resoluciones SUB 291372 del 22 de octubre de 2019 y SUB 83270 del 30 de marzo de 2020, mediante las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones dispuso negar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante.

Ahora, recepcionado el interrogatorio de parte de la señora Blanca Marina Díaz, esta refiere que el señor Jesús Antonio González fue su esposo, que vivieron en unión libre desde el año 65 hasta el 67, momento en el cual contrajeron matrimonio; que vivió con el causante en el barrio Suba en el año

2000, y que para dicha data, se fue a vivir a Estados Unidos; que en Nueva York vivía sola; que nunca vivió ni contrajo matrimonio con otra persona; que el actor murió el 26 de febrero del año 2002; que el sepelio lo organizaron sus hijos; que en el momento en que falleció el causante no se tramitó ninguna sucesión, comoquiera que la demandante y este ya habían realizado la separación de bienes en el año 85, sin embargo, que siguieron conviviendo juntos; que procrearon 3 hijos; que el causante vivía con sus hijos cuando falleció; que ella contribuía con los gastos del hogar en Colombia.

Se recepciona el testimonio del señor Fabio González Díaz (tachado de falso), quien es hijo de la actora; este manifestó que sus padres fueron cónyuges desde antes de su nacimiento, y que nació en el año 72; que la demandante y el causante convivieron desde 1965 hasta el año 2001, fecha en que falleció el señor González, sin embargo, que su madre no estuvo en el país en los últimos años; que la señora Blanca Díaz viajó sola a Estados Unidos; que se quedó en dicho país porque tuvo la oportunidad de trabajar allá; que vivió en Suba desde el año 2000; que el causante vivía solo en Bilbao cuando falleció; que no recuerda que sucedió entre sus padres en el año 1985; que sus padres no se separaron desde que se casaron, que en alguna época, su padre tuvo problemas jurídicos y estuvo en la cárcel un tiempo; que la anterior situación se dio en 1996 mas o menos, y que estuvo allí alrededor de 2 años.

Se recepcionó el testimonio del señor Jairo Álvarez Gutiérrez, quien manifestó que conoció al señor Jesús Antonio González, en cuanto fueron vecinos en el barrio San Francisco de Suba hace aproximadamente 45 años, en el año 77 mas o menos; que la señora Blanca Díaz es la esposa del Jesús Antonio González, y que desconoce que se hayan separado; que vivieron en dicho barrio la demandante y el causante hasta el año 2005 o 2007 aproximadamente; que no asistió al sepelio del causante; que desconoce donde vivía el causante cuando falleció; que no visitaba al señor González, y que únicamente eran vecinos; que la señora Blanca siempre vivió en esa casa ubicada en San Francisco de Suba, hasta el momento en que el barrio fue demolido; refiere el testigo que vivió en dicho barrio aproximadamente 35 años.

Por último, se recepciona el testimonio del señor Libardo González Díaz (tachado de falso), hijo de la demandante, quien manifestó que la señora Blanca y el señor Jesús Antonio González eran esposos, quienes vivieron juntos toda la vida; que el causante vivía solo en el barrio Bilbao cuando falleció; que sus padres siempre tuvieron una buena relación, y que siempre estaban juntos; que desconoce alguna separación que se haya dado entre sus padres; que hicieron separación de bienes, pero continuaron viviendo juntos.

Así las cosas, analizados los testimonios y las pruebas documentales en su conjunto, se permite concluir este colegiado, que tal y como lo advirtió la a quo, en el presente caso no se cumplió con el requisito mínimo exigido de convivencia, pues inclusive, la misma demandante admitió que en el año 2.000 se fue a vivir a Estados Unidos, por lo que, al haber fallecido el señor Jesús Antonio González el 26 de febrero de 2002, no queda duda, de que durante ese lapso de tiempo la convivencia se vio interrumpida.

Y es que recuérdese que la exigencia de la Ley 100 de 1993 texto original, es que se acredite la convivencia mínima de dos años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado, pues ha establecido la alta Corte, que ello: *“no solamente exige que el grupo familiar exista al momento de la muerte, sino que éste haya tenido alguna permanencia o estabilidad en el periodo último de la vida del pensionado fallecido”*¹.

En suma, y si bien el recurrente afirma que los testigos, hijos de la señora Blanca Marina Díaz y el causante son las personas mas confiables para dar fe de la convivencia que se intenta demostrar, lo cierto es que, ambos afirmaron que el señor Jesús Antonio González vivía solo al momento del fallecimiento, y que la actora se encontraba viviendo en Estados Unidos, país que visitó porque deseaba conocer, y en el cual posteriormente decidió trabajar de manera ilegal.

Por otra parte, y contrario a lo manifestado por el togado, no se evidenció que la a quo hubiese argumentado la negativa de las pretensiones en la dependencia económica, o en la prestación que percibe la señora Blanca Marina Díaz, y que, por el contrario, se hizo énfasis en tales situaciones, para tener por demostrado que la actora no se separó del causante por problemas económicos.

Frente a la afirmación del recurrente de haberse acreditado la convivencia de la demandante con el causante por más de 5 años, y con relación a las providencias mencionadas, lo cierto es que las mismas hacen referencia a la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, sin que sea posible aplicar una norma posterior, que para la fecha del fallecimiento del señor Jesús Antonio González no se encontraba vigente.

Por último, y frente a la manifestación de que el juzgado de conocimiento no se pronunció frente a la tacha de la “investigación”, lo cierto es que la misma no resulta ni resultó relevante para la absolución de las pretensiones, pues como previamente se concluyó, la misma actora confesó que la convivencia se vio interrumpida durante el lapso exigido en la Ley 100 de 1993 texto original.

Así las cosas, el precedente normativo, factico y jurisprudencial hasta aquí expuesto comporta para la Sala la confirmación de la sentencia de primera instancia que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra ante la ausencia de derecho a la pensión de sobrevivientes de la promotora de esta acción.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

¹ Sentencia CSJ SL 3 mayo 2011, rad. 38640

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Blanca Marina Díaz Ávila contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

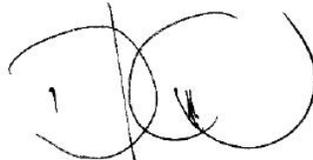
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado