



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105003202100367-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el treinta y un (31) de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **VIVIANA PEREIRA PUELLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

Viviana Pereira Puello instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través el fondo de pensiones Horizonte hoy PORVENIR S.A. con efectividad el 18 de abril de 1994 ante la omisión del fondo al deber de información, en consecuencia, condenar a PROTECCIÓN S.A. a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud a la vinculación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos, condenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada, junto con los valores obtenidos en el RAIS, actualizando la historia laboral, a lo extra y ultra petita, costas y gastos del proceso, de forma subsidiaria declarar la ineficacia e inoperancia

de los efectos del traslado de la demandante del RPM al RAIS a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A. con fecha de efectividad 18 de abril de 1994 al no existir consentimiento libre.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 13 de abril de 1985 hasta el 17 de abril de 1994, que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al fondo de pensiones Horizonte hoy PORVENIR S.A. perteneciente al régimen de ahorro individual con solidaridad con fecha de efectividad 18 de abril de 1994, que al momento del traslado no fue asesorada, que el 1 de junio de 2001 se afilió al fondo de pensiones Protección S.A. entidad a la cual se encuentra actualmente afiliada, que el 24 de agosto de 2021 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen del RAIS al RPM, que la entidad dio respuesta en la misma fecha rechazando la solicitud.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Porvenir S.A. y Protección S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Archivo 004ContestaciónDemandaPorvenir20Enero22.pdf, fls. 24 a 26).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en su defensa propuso las excepciones de; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica. (Archivo 005ContestaciónDemandaProtección25Enero22.pdf, fls. 17 a 25).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de Sostenibilidad Financiera del Sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica. (Archivo 006ContestaciónPoderHistoriaLaboralColpensiones25Enero22.pdf, fls. 18 a 24).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el treinta y un (31) de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, sin condena en costas, ni agencias en derecho, al considerar que la demandante conocía de los pormenores de su traslado al encontrarse laborando como gerente y directora de los asesores del fondo de pensiones al que se trasladó esto es Horizonte, máxime, cuando su profesión es de abogada.

De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandante, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: el Juzgado da por sentado que la demandante tenía la obligación de conocer para la fecha de su traslado de las implicaciones del traslado, se desconoce que la fecha del traslado coinciden con su nuevo empleador quién no le permitiría continuar si se encontraba afiliada al ISS, la demandante no confeso que haya sido capacitada en la materia jurídica de derechos pensionales, pues su capacitación y desarrollo se centra en el área comercial, contrario a lo indicado manifestó que la asesoría recibida para su traslado se basó en que el ISS se iba a acabar, además la sola firma del formulario no implica que la demandante hubiera sido informada o que la demandada Horizonte hoy Porvenir S.A. hubiera cumplido con su deber de información, existe reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que indica las situaciones antes expuesta, por lo que solicita se declare la ineficacia del traslado de régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la partes demandante y las demandadas Porvenir S.A. y COLPENSIONES se manifestaron de la siguiente manera: PORVENIR S.A. solicito se confirme la sentencia de

primera instancia, para lo cual resalto que la demandante ostentaba la calidad de asesora comercial de la AFP S.A. hoy PORVENIR S.A., por su parte COLPENSIONES dijo que la demandante no fue obligada a trasladarse de régimen, que tampoco se acercó al ISS hoy COLPENSIONES a informarse, no se probó ningún vicio del consentimiento, siendo entonces imposible lo pretendido, por último la demandante a través de su apoderada solicito se revoque la sentencia y reitero los argumentos expuestos en su recurso de apelación. De otro lado, la demandada PROTECCIÓN S.A. guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. y Protección S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, de lo que da cuenta la respuesta de fecha 24 de agosto de 2021, donde le fue negado el traslado al RPMPD (Archivo 001ActaReparto14032DemandaAnexos.pdf, fl. 38).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos

sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus

condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado Horizonte hoy Porvenir S.A., en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar

documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el seis (6) de julio de 1963 (Archivo 001ActaReparto14032DemandaAnexos.pdf, fl. 37), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 15 de abril de 1985 y el 01 de noviembre de 1994 un total de 260.71 semanas (Archivo 006ContestaciónPoderHistoriaLaboralColpensiones25Enero22.pdf, fl. 51), iii) que el doce (12) de mayo de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy Porvenir S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de junio de 1994 (Archivo 004ContestaciónDemandaPorvenir20Enero22.pdf fls. 92 y 96). vi) que el nueve (9) de abril de 2001 se trasladó de A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de junio de 2001 (Archivo 005ContestaciónDemandaProtección25Enero22.pdf, fl. 93) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP cuenta con 1.634 semanas (Archivo 005ContestaciónDemandaProtección25Enero22.pdf, fl. 38).

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante en ningún momento acepto algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera a algún fondo de pensiones, pues de su dicho se puede extraer que previo al momento de la vinculación no recibió la información debida, ya que es evidente de lo manifestado, pues refiere que ella no fue la que diligenció su formulario, que lo hizo un asesor comercial, que para el momento del traslado no contaba con los estudios que actualmente tiene, que fue asesora como por 6 o 7 meses y que lo que les indicaban era que el ISS estaba muy mal y lo mejor era trasladarse, que si recibía capacitaciones, pero en términos muy básicos indicándose que debían afiliarse a personas jóvenes que eran a los que más les convenía trasladarse de régimen, siendo evidente que no conocía de todas y cada una de las características de los regímenes, ya que expreso no saber lo referente a la devolución de saldos o el límite de edad exigida para trasladarse nuevamente de régimen.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando HORIZONTE hoy Porvenir S.A. y posteriormente Protección S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Viviana Pereira Puello asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de

1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la devolución de gastos de administración, entre otras como lo serían las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás

como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas

las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos,**

rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

Por último, se deberá indexar los conceptos que se ordenan devolver, dado que el objetivo es actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, en tanto se encuentra ajustada a derecho.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada HORIZONTE hoy Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP HORIZONTE hoy Porvenir S.A. el doce (12) de mayo de 1994 con efectividad el primero (1) de junio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia, pues el pronunciamiento jurisprudencial SL1120-2020 traído a colación en el caso concreto por el Juez primigenio, no es aplicable al presente caso, máxime cuando en el mismo no estudio de fondo el asunto de la ineficacia del traslado, ya que no es suficiente que se acrediten ciertos estudios por la demandante y que haya pertenecido como trabajadora al fondo de pensiones HORIZONTE, para negar sus pretensiones, pues nada exime del deber de información al que se encontraba obligada la entidad.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y

sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las demandadas, dadas las resultas del proceso, las de primera instancia se revocan y estarán a cargo de las demandadas, las cuales deben ser tasadas en primera instancia.

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

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el treinta y un (31) de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **VIVIANA PEREIRA PUELLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, realizado por la señora **VIVIANA PEREIRA PUELLO** identificada con C.C. 45.450.273 a través de **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.** el doce (12) de mayo de 1994 con efectividad el primero (1) de junio de ese mismo año.

TERCERO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.**, que traslade a **COLPENSIONES** el valor las cotizaciones efectuadas por la señora **VIVIANA PEREIRA PUELLO** identificada con C.C. 45.450.273 junto con los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, que traslade a **COLPENSIONES** el valor de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el tiempo en el que se encontraba afiliada la demandante **VIVIANA PEREIRA PUELLO** identificada con C.C. 45.450.273.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante **VIVIANA PEREIRA PUELLO** identificada con C.C. 45.450.273 procediendo a actualizar su historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN** formulada por las demandadas, la Sala se releva del estudio de las demás propuestas, dadas las resultas.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se revocan, dadas las resultas del proceso, para que las demandadas sean condenadas al pago, las cuales deben ser tasadas en primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **11001-31-05-019-2014-00498-01**
Demandante: **BLANCA HERLINDA RODRÍGUEZ CHITIVA**
Demandado: **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM
EN LIQUIDACION**

En Bogotá D.C. a los **31 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 12 de agosto de 2020, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

BLANCA HERMINDA RODRÍGUEZ CHITIVA instauró demanda laboral en contra de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declarara la existencia de un contrato de trabajo, a partir del 1° de septiembre de 2004, como auxiliar de servicios generales, que se encuentra limitada por su salud y goza de estabilidad laboral reforzada; en consecuencia como pretensiones principales solicita se condene a la accionada, pagarle el aumento salarial desde el ingreso a laborar por orden del juez de tutela, el auxilio de alimentación; que *“...en caso de desvincular a mi prohijada, a REINTEGRARLA a su cargo o a otro, siempre y cuando le afecte su salud, y al pago de todas sus acreencias*

laborales, de seguridad social y derechos legales, desde el momento de su posible desvinculación, hasta el día que efectivamente sea reintegrada a laborar en la entidad demandada...”; lo ultra y extra petita, y las costas del proceso; de manera subsidiaria, en el evento de darse la desvinculación laboral y no ser reintegrada a su cargo, “...se condene a la empresa demandada a cancelarle todas las acreencias laborales legales y que le correspondiesen...”, junto con las “...indemnizaciones monetarias legales que le llegasen a corresponder pro su condición de ostentar la estabilidad laboral reforzada...”.

En apoyo de las peticiones expuso en la demanda que, labora para la entidad demandada desde el 1° de septiembre de 2004, mediante contrato de trabajo, en el cargo de *auxiliar de servicios generales*, devengando como salario mensual la suma de \$642.600; con un horario de 8:00 a.m. a 5:30 p.m. de lunes a viernes y hasta la 1:00 p.m. los sábados; precisa que al momento de su ingreso se encontraba en perfectas condiciones de salud, fue afiliada a la ARL LIBERTY, a la NUEVA EPS; desde el año 2013 no ha tenido aumento en su salario.

Sostiene que el 20 de noviembre de 2013 fue desvinculada sin justa causa por decisión unilateral del empleador, por lo que instauró acción de tutela ante el Juez 59 Civil Municipal de Bogotá D.C., quien en sentencia de 30 de enero de 2014 la negó, decisión que fue impugnada y, el 4 de marzo de 2014 el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá D.C., concedió el amparo de los derechos reclamados, de manera transitoria por 4 meses.

Manifiesta que, en cumplimiento de la sentencia de tutela, la accionada procedió a reintegrarla el 17 de marzo siguiente, sin haberle incrementado su salario, ni pagarle el auxilio de alimentación que venía reconociéndole antes de su desvinculación, y “...es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada por padecer quebrantos de salud, los cuales están en proceso de calificación de origen y pérdida de capacidad laboral antes las autoridades de seguridad social...” (PDF 04).

Correspondió la demanda por reparto del 03/07/2014 al **Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (PDF 02), autoridad judicial quien, mediante auto de 24

de julio de 2014, la admitió disponiendo la notificación a la parte demandada, en los términos allí indicados (PDF 06).

Con escrito de 5 de marzo de 2015, el apoderado de la actora informa que la CTA accionada “...fue declarada disuelta y está en estado de liquidación, por lo cual su nuevo nombre es: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM EN LIQUIDACION...” (PDF 07),

A través de proveído de fecha 16 de mayo de 2016, y ante la inactividad de la parte actora, se dispuso el archivo de las diligencias “...dejando las anotaciones del caso en los listados de archivo suspenso...”, de conformidad con el artículo 30 del CPTSS (PDF 11). Mediante escrito de 26 de mayo de la misma anualidad, el apoderado de la parte accionante señala que interpone recurso de reposición, por lo que “...solicito gentilmente continuar con el proceso de la referencia, porque hice la notificación personal y ante el silencio de la demandada, solicité al Juzgado la autorización del 320 y considere que el Juzgado emitía un auto o similares y por ello espere. Pero hoy 26 de Mayo de 2016, previa aclaración del funcionario del despacho, me entregaron el formato de Aviso. Hoy 26 de Mayo de 2016, procedí a enviar la notificación del aviso a la demandada y tan pronto la empresa de correos emita el certificado respectivo, lo allegaré a su despacho con las copias cotejadas de la demanda y el auto admisorio de la misma. Por lo anterior Honorable Juez, ruego que no se archive la demanda y se continúe con lo pertinente...” (PDF 12).

La demandada **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM – TALENTUM CTA.** a través de apoderada, dio respuesta a la demanda, con oposición a las pretensiones, considerando que carecen de fundamentos tanto fáctico como legal, en su lugar solicita se absuelva a la enjuiciada y sea condena en costas la demandante. Frente a los hechos niega unos, admite otros y dice no constarle los restantes, precia que, la actora “...fue quien de manera voluntaria decidió asociarse a la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM, que en ningún momento se obligó ni se constriñó para que perteneciera como trabajadora asociada y por lo tanto, no puede decirse ahora que, con ocasión a las pretensiones de la demanda (sic)...”; reitera que, “...Lo señora BLANCA HERMINDA RODRIGUEZ CHITIVA presento, de manera voluntaria. solicitud de ingreso o TALENTUM CTA, mediante comunicación de fecho de 31 de agosto de 2004, en la cual además declara que aceptará las condiciones establecidos en el eventual Convenio de Asociación, mismo que posteriormente fue formalizado por los partes el 1 de septiembre de 2004. En virtud de este se

materializó la admisibilidad del demandante de aportar su fuerza de trabajo a lo COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM pues, previamente, y conforme o los Estatutos de la misma, lo demandante solicito su aceptación como trabajadora asociada de mi representada...”.

Precisa que, el ingreso de la demandante a la cooperativa se efectuó en virtud de un compromiso contractual asociativo y por tanto, se trató de un trabajador asociado de la misma “...no teniendo con este una relación laboral regida por contrato de trabajo alguno...”; que en ejecución de dicho acuerdo, la demandante “...apoyó el cumplimiento del objeto social de TALENTUM CTA. como trabajadora asociada, aportando a la CTA su fuerza de trabajo para ejercer labores de TRANSCRIPTORA (Cláusula Primera del Compromiso Contractual Asociativo), dentro del proceso de servicios asistenciales de apoyo, que en virtud de autorización legal, entregó CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A. a TALENTUM CTA. conforme a la oferta mercantil. Ahora bien, vale la pena aclarar desde ya, que nunca existió la intermediación laboral que quiera hacer ver la demandante, pues la cooperativa es completamente independiente, se auto gestiona, se auto regula, su economía es completamente independiente y los proceso que administra a sus clientes, son procesos completamente autónomos que no permite injerencia alguna por parte de las diferentes unidades estratégicas de negocio que son clientes de la cooperativa...”; que la accionante recibe compensaciones no salario, “...aún sigue fungiendo trabajadora asociada y recibe las compensaciones a que tiene derecho de conformidad con el régimen de compensaciones de la CTA TALENTUM...”, que la desvinculación se dio con ocasión a la liquidación de la cooperativa.

En su defensa, formuló las excepciones de fondo o mérito que denominó: Inexistencia relación laboral entre las partes y por tanto del contrato de trabajo entre la CTA y la demandante, Inexistencia de intermediación de la CTA TALENTUM, Pago, Prescripción, Falta de causa para pedir en razón a su pago, Falta de causa para pedir por ausencia de presupuestos legales, Buena fe, Cobro de lo no debido, la Innominada (PDF 13).

En respuesta a solicitud elevada el 29 de junio de 2018, por la apoderada de la demandada, la Superintendencia de Economía Solidaria –Supersolidaria-, informó que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM, “...según los datos proporcionados por el Registro único Empresarial y Social RUES, ... se encuentra que a través

de acta No. 19 de la asamblea de asociados de fecha de 16 de junio de 2017 inscrita el 11 de julio de 2017, bajo el No. 00030959, del libro III de las entidades sin ánimo de lucro, SE APROBO LA CUENTA FINAL DE LA LIQUIDACION de la entidad, en consecuencia **SE ENCUENTRA LIQUIDADA...** (resalta la Sala, PDF 42), Igualmente, se acompañó Certificado de Cámara de Comercio expedido el 4 de febrero de 2020, en el que se menciona "...CONFORME A LOS REGISTROS QUE APARECEN EN LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, LA ENTIDAD SE ENCUENTRA LIQUIDADA..." (PDF 43); así como Resolución Decisión Solicitud Especial de la DIAN, mediante la cual resuelve "...ACEPTAR la solicitud de cancelación del Registro único Tributario del contribuyente COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM EN LIQUIDACION..." (PDF 44).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 12 de agosto de 2020, resolvió:

"(...) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM LIQUIDADA, de la totalidad de las pretensiones interpuestas por la señora BLANCA HERMINDA RODRÍGUEZ CHITIVA identificada con la cédula 20.184.492 de acuerdo con la parte motiva de este provisto.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS la inexistencia de la relación laboral entre la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM ya liquidada y la demandante que fue propuesta y, de oficio la inexistencia del demandado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia

CUARTO: REMITIR el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, si la presente decisión no fuere impugnada..."

III. RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

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

"(...) Muchas gracias doctora, con el respeto acostumbrado, presento recurso de apelación para que el honorable tribunal revise la sentencia y en su defecto la revoque, para lo cual lo sustentó de la siguiente manera.

Consideramos que si existió un contrato realidad y que se dieron los presupuestos del mismo, contrato de trabajo por que existió la subordinación de la señora Blanca frente a la llamada cooperativa de trabajo asociado, porque hubo una prestación personal, con un horario determinado, recibía órdenes de varias personas representantes de la cooperativa y recibía un salario, independientemente de la apariencia que pretende la demandante, donde la cooperativa le dio unas prerrogativas de igual manera estas

prerrogativas también se dan dentro de los contratos laborales ya sean préstamos ya sean unos premios ya sean unas bonificaciones, por eso consideramos que el contrato que unió a las partes fue un contrato laboral.

En consecuencia de ese contrato laboral, también observamos que la señora Blanca Herminda también goza de la estabilidad laboral reforzada por las múltiples patologías que tiene que hoy la tienen seriamente limitada para laborar, para ejercer sus funciones del hogar y básicamente llevar una vida digna: De igual manera está aprobado dentro del proceso que la cooperativa de trabajo asociado, como empleadora desvinculó a la trabajadora sin respetar el fallo de tutela derivado del 25 de marzo de 2014 donde debió haberse esperado lo que decidiera básicamente la sentencia del día de hoy o en su defecto el tribunal; por lo tanto consideramos que la cooperativa le sigue adeudando acreencias laborales desde la fecha del despido hasta la fecha que quede ejecutoriada la sentencia puede ser del Honorable tribunal de Bogotá.

De igual manera la demandada si bien es cierto está en liquidación, observamos que fue una figura que se inventó para iniciar sus labores con la empresa Medical Talentos Humanos que hace las mismas labores que hacía la cooperativa y los trabajadores hacen las mismas funciones que hacía la señora Blanca, por lo tal el mismo liquidador que hizo de liquidador en la cooperativa, es el representante legal de Medical Talento entonces no se entiende como la empresa burlando la ley e irrespetando la tutela la desvincula y simplemente acaba la cooperativa por qué la normatividad así lo pidió, acabar las cooperativas o legalizarlas; de todas maneras la estabilidad laboral reforzada aplica para todas las modalidades contractuales conforme lo citó la sentencia la SU 049 del 2017 ratificada por la sentencia 2186 de julio 15 de 2020 y demás sentencias de la honorable Corte Constitucional donde dice que aplica la estabilidad laboral para todas las modalidades contractuales independientemente del nombre que se le dé.

Por lo anterior, Honorable juez, solicitó que se me conceda el recurso para que los honorables magistrados revoquen la sentencia y accedan a las pretensiones y condenas solicitadas en la demanda. Muchas gracias doctora, muy amable...”.

La Juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. 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 03 Cdno. 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 05 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 6 de febrero de 2023 (PDF 07 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término para presentar alegaciones en segunda instancia, el apoderado de la actora allegó memorial contentivo de las mismas, con el que señala:

“(...) 1. La demandante fue desvinculada de la demandada, el 31 de julio de 2016, a sabiendas que estaba protegida por un fallo del juez constitucional que salvaguardó sus derechos a la estabilidad reforzada, por ocasión de las múltiples patologías que le tienen gravemente diezmada la salud y está pendiente de otras cirugías. Es decir, la demandada No debió terminarle el contrato laboral a mi defendida, ya que No existía una Sentencia en firme que así lo ordenará y por ende, esa desvinculación es ineficaz.

2. La demandada Cooperativa, No le dio la capacitación pertinente a mi prohijada cuando ingreso a laborar a través de esta a prestar sus servicios personales en diferentes hospitales ejerciendo el cargo de aseo. Tampoco le reconoció y le pagó todas las incapacidades que le correspondían como empleador...”

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 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: (i) erró la juzgadora de primer grado al no tener por acreditado el contrato de trabajo de la accionante con la cooperativa demandada, como lo alega el apelante; de resultar afirmativo dicho cuestionamiento; (ii) quedó debidamente acreditado que, la actora para el momento de su desvinculación, era sujeto de estabilidad laboral u ocupacional reforzada; y; (iii) hay lugar a elevar condena por las pretensiones de la demanda.

Sobre el primer aspecto, 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 a 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 sub reglas 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 Buelvas.

En ese orden, a 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 de la Cooperativa demandada a quien endilga su condición de empleador.

Sostiene la demandante que labora para la accionada desde el 1° de septiembre de 2004, mediante contrato de trabajo, en el cargo de *auxiliar de servicios generales*, con un horario de 8:00 a.m. a 5:30 p.m. de lunes a viernes y hasta la 1:00 p.m. los sábados, devengando como salario mensual la suma de \$642.600; precisa que el 20 de noviembre de 2013 fue desvinculada de manera unilateral y sin justa causa por su empleador, instauró acción de tutela ante el Juez 59 Civil Municipal de Bogotá D.C., quien en sentencia de 30 de enero de 2014 negó el amparo reclamado, sin embargo, el mismo fue concedido mediante sentencia del 4 de marzo de 2014, de manera transitoria por 4 meses, por el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá D.C., al desatar la impugnación presentada por ella.

Por su parte, la cooperativa demandada precisa que el nexo no es de carácter laboral, que la accionante de manera voluntaria decidió asociarse a Talentum, era trabajadora asociada, aceptó las condiciones establecidas en el convenio de asociación que celebró, y en ejecución de dicho acuerdo “...apoyó el cumplimiento del objeto social de TALENTUM CTA. como trabajadora asociada, aportando a la CTA su fuerza de trabajo para ejercer labores de TRANSCRIPTORA (Cláusula Primera del Compromiso Contractual Asociativo), dentro del proceso de servicios asistenciales de apoyo, que en virtud de autorización legal, entregó CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A. a TALENTUM CTA. conforme a la oferta mercantil...”; manifiesta que nunca existió intermediación laboral, que la cooperativa “...es completamente independiente, se auto gestiona, se auto regula, su economía es completamente independiente y los procesos que administra a sus clientes, son procesos completamente autónomos que no permite injerencia alguna por parte de las diferentes unidades estratégicas de negocio que son clientes de la cooperativa...”.

En el examine, la única prueba que se practicó fue el interrogatorio de la demandante –Blanca Herminda Rodríguez Chitiva- de manera oficiosa, quien sobre

su vinculación a la pasiva, sostuvo “...Yo ingresé a la cooperativa el 1 de septiembre de 2004 estuve con ellos trabajando en el Hospital San José como Auxiliar Asistencial en el instrumental...”, que siempre presto sus servicios en el Hospital “...Siempre estuve ahí hasta el 2013 que ellos nos sacaron del hospital, nos trajeron a la cooperativa o sea a la principal y de ahí me tuvieron un tiempo y dijeron que por mi enfermedad y todo que no tenían donde ubicarme y que pues fue cuando ellos me cancelaron por primera vez el contrato, pues ellos me ofrecieron un dinero el cual yo no acepté entonces ellos me cancelaron contrato, yo no lo firme, me cancelaron así y luego hubo el reintegro, volvieron y me tuvieron ahí sentada en una silla como cualquier cosa que no se utiliza y de ahí volvieron y el 30 de julio de 2016 me dijeron hasta hoy trabaja y mañana 31 pues viene pero hasta ahí es su trabajo por qué no hay donde ubicarla, no hay donde no sé qué, bueno, todo entonces fijo y si no firma igualmente que firmen los abogados, con testigos y esto ellos no tomaron en cuenta que yo estaba en proceso Jurídico...”; precisó que en el Hospital San José estuvo “...creo que como hasta el 20 de octubre de 2013 más o menos y ellos me despidieron a final de noviembre creo que el 30 de noviembre la primera vez...”; manifestó no recordar si a su ingreso a la cooperativa recibió inducción referente a la naturaleza de la cooperativa “...Si dijeron que era una cooperativa de asociados pero (sic)...”, “...pues yo lo que entendí es que trabajaba ahí...”.

Respecto a su condición de salud, agregó: “...a mí me empezó desde el 2007 y la ARL me dio orden de que me cambiaran de sitio de trabajo porque pues mi enfermedad ya no esto igual que el túnel del carpo ellos no atendieron ese llamado en 2009 lo mismo nada y pues ya en fui deteriorando más y más ya no podía estar de pie ya no podía ni caminar ni nada y fue cuando me cambiaron para la ropería y dure como un año y ahí me trasladaron para la principal en la avenida 68 con 4ta donde son las oficinas principales y ya pues ahí fue donde me cancelaron por primer vez el contrato...”; que en el año 2013 “...si me incapacitaron pero realmente para evitar, cómo le digo yo, mi trabajado por conservar mi trabajo yo le decía a los doctores que no me puedo incapacitar porque yo necesito mi sueldo por qué a mí no me alcanza yo tengo deudas y cosas y yo la verdad pues por eso me incapacitaba 3,4,5 días y así lo máximo 10 días...”; que “...he estado calificada con más del 40% de lo de la columna ahorita estoy en proceso de calificación de lo del túnel del carpo que también eso venía desde la empresa de la ARL que fue cuando ellos le dijeron que me cambiaran por el problema y todo y la Columna porque yo había adquirido eso ahí...”.

En lo atinente a la vinculación de la demandante, se aportaron entre otros los siguientes documentos, obrantes en el PDF 05:

(i) Certificación de la accionada, de fecha 20 de agosto de 2013, en la que hace constar que la demandante “...está vinculado (a) como trabajador (a) asociado (a) en la Cooperativa de Trabajo Asociado **TALENTUM**, mediante convenio de asociación a término indefinido

desde el 1 de Septiembre de 2004, en el cargo de **PERSONAL ASISTENCIAL**, conforme a las necesidades de la Cooperativa, **en la unidad de servicios HOSPITAL SAN JOSE. – EL TRABAJADOR ASOCIADO**, percibe mensualmente por los servicios prestados a la COOPERATIVA un total de compensaciones y auxilios promedio por valor de **SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS pesos M/cte (\$642.600)....**” (fl. 31 PDF).

(ii) Carta de 20 de noviembre de 2013, con asunto “**...TERMINACION COMPROMISO CONTRACTUAL ASOCIATIVO COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUN C.T.A. ...**” mediante la cual indica “**...En virtud del Compromiso Contractual Asociativo firmado con la CTA TALENTUM el día primero (1) de Septiembre del año 2004 por Usted, la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum en uso de sus facultades legales y reglamentarias ha decidido mediante Acta de Exclusión N° 299 de fecha diecinueve (19) de Noviembre de 2013, dar por terminado su Compromiso Contractual Asociativo a partir de la finalización de la jornada asociativa del día veinte (20) del mes de Noviembre del año 2013, por las razones y circunstancias que exponemos a continuación...**”; relaciona antecedentes, fundamentos normativos de la exclusión y, fácticos de la Cooperativa, y el resuelve (fls. 32 a 36).

(iii) Comprobantes de pago de compensaciones (fl. 37)

(iv) Fallo de tutela de 4 de marzo de 2014, del **Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá D.C.**, mediante el cual esa autoridad judicial, decide la impugnación interpuesta por la actora contra la sentencia de primera instancia proferida el 30 de enero de 2014 por el Juzgado Cincuenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, revocándola y concediendo como mecanismo transitorio la protección constitucional de los derechos a la vida, salud y seguridad social de Blanca Herminda Rodríguez Chitiva, y le ordena a la cooperativa aquí demandada el reintegro de la accionante, con el pago de salarios y prestaciones sociales dejado de percibir con ocasión del despido efectuado (fls. 38 a 52)

(v) Carta de 17 de marzo de 2014, dirigida por la Representante Legal de la cooperativa a la demandante, con referencia: “**...Cumplimiento fallo de fecha 04 de marzo de 2014 Tutela Rd.2014-44, interpuesta por BLANCA HERMINDA RODRIGUEZ CHITIVA ... en contra de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM...**”, precisando en su parte pertinente “**...en aras de dar cumplimiento a la orden Impartida me permito poner en su conocimiento que de conformidad con el pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, de conformidad con las planillas de las cuales se adjunta, se tiene que ya se encuentra activa en el sistema y podrá hacer uso de los servicios en los términos de ley. – Ahora bien, con relación al pago de las compensaciones dejadas de cancelar se informa que las mismas una vez el área de nómina efectúe la liquidación le serán consignadas a la cuenta de nómina que reposa en la Cooperativa. - Igualmente**

conforme a lo ordenado judicialmente, desde el 17 de Marzo de 2014, se encuentre reintegrada en la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum, a fin de cumplir con su encargo asociativo de Personal Asistencial | conforme al compromiso contractual asociativo suscrito con la Cooperativa el día 01 de septiembre de 2004..." (fls. 53 y 54).

(vi) Certificado de existencia y representación legal de la cooperativa demandada TALENTUM CTA., en la que registra como objeto social de la misma: "...LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM CTA, EN SU CONDICION DE ESPECIALIZADA EN LA EJECUCION DE ACTIVIDADES EN EL SECTOR SALUD DE LA ECONOMIA, TIENE COMO OBJETO PRINCIPAL GENERAR Y MANTENER UN TRABAJO DIGNO Y SUSTENTABLE PARA LOS ASOCIADOS, MEDIANTE UN MODELO DE AUTOGESTION, CON AUTONOMIA, AUTODETERMINACION Y AUTOGOBIERNO. PARA EL EFECTO PODRA: 1. ORGANIZAR DIRECTAMENTE LAS ACTIVIDADES DE TRABAJO DE SUS ASOCIADOS, CON AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA Y ASUMIENDO LOS RIESGOS DE SU REALIZACION. 2. Y EN GENERAL CUALQUIER ACTO LICITO QUE TIENDA AL DESARROLLO DEL OBJETO Y ACTIVIDADES DE LA COOPERATIVA Y QUE ESTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE VINCULADO CON SUS OBJETIVOS. ARTICULO 6. ACTIVIDADES PRINCIPALES: PARA CUMPLIR CON EL OBJETO SOCIAL, TALENTUM CTA PODRA DESARROLLAR LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: 1. A TRAVES DEL ACUERDO COOPERATIVO INTEGRAR VOLUNTARIAMENTE A SUS ASOCIADOS, PARA QUE MEDIANTE LA VINCULACION DEL TRABAJO PERSONAL Y SUS APORTES ECONOMICOS EJECUTEN LABORES MATERIALES O INTELLECTUALES, OTORGADOS POR LA COOPERATIVA DE CONFORMIDAD CON LAS APTITUDES PROFESIONALES, CAPACIDADES Y REQUERIMIENTOS DE LOS CARGOS NECESARIOS, SUJETANDOSE Y ACATANDO LAS REGULACIONES QUE ESTABLEZCAN LOS ORGANOS DE ADMINISTRACION DE ESTA Y SIN SUJECION A LA LEGISLACION LABORAL ORDINARIA, PARA PRESTAR SERVICIOS ESPECIALIZADOS AL SECTOR SALUD ORGANIZADOS EN PROCESOS Y/O SUBPROCESOS, CONEXOS Y COMPLEMENTARIOS. SE ENTIENDE COMO UN PROCESO O SUBPROCESO EN MATERIA SALUD, TODOS AQUELLOS RELACIONADOS CON LA PRESTACION DE SERVICIOS DE PROMOCION DE LA SALUD, PREVENCION, DIAGNÓSTICO, TRATAMIENTO Y REHABILITACION DE LA ENFERMEDAD, TAL Y COMO LO ENSEÑA LA CIRCULAR 36 DE 2007 EMITIDA POR EL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL. 2. EJECUTAR ACTIVIDADES COMO OPERADOR POR PROCESOS Y/O SUBPROCESOS, CONEXOS Y COMPLEMENTARIOS AL SECTOR SALUD DE LA ECONOMIA. ARTICULO 7. OTRAS ACTIVIDADES: ADEMAS DE LAS ACTIVIDADES ENUNCIADAS EN EL ARTICULO ANTERIOR, LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM CTA PODRA REALIZAR LAS SIGUIENTES: 1) EDUCAR, SOCIAL Y ECONÓMICAMENTE A SUS ASOCIADOS DENTRO DE UN MARCO COMUNITARIO Y SOBRE BASES DE ESFUERZO PROPIO, AYUDA MUTUA, SOLIDARIDAD, RESPONSABILIDAD CONJUNTA, IGUALDAD SOCIAL, BENEFICIO A LA COMUNIDAD Y APLICACION DE LA IDEOLOGIA COOPERATIVA. 2) DESARROLLAR PROCESOS CON LOS DE FORMACION, CAPACITACION Y ADIESTRAMIENTO PARA LOS ASOCIADOS EN LA GESTION DEMOCRATICA, MEDIANTE SU PARTICIPACION ACTIVA Y CONSCIENTE. 3) ADELANTAR LAS ACTIVIDADES QUE PERMITAN EL PROCESO EVOLUTIVO EN SUS ASPECTOS ECONOMICO Y FINANCIERO, DE MEJORAMIENTO COMUNITARIO Y PROYECCION SOCIAL. 4) OTORGAR CREDITOS A LOS ASOCIADOS DE LA COOPERATIVA SIEMPRE QUE LA CUANTIA, CONDICIONES ECONOMICAS Y EN GENERAL LA NATURALEZA DE TALES CREDITOS NO CONSTITUYAN IMPEDIMENTO PARA EL DESARROLLO Y EJECUCION DE SUS ACTIVIDADES; 5) FACILITAR A LOS ASOCIADOS Y SUS FAMILIARES EL ACCESO A SERVICIOS DE PREVISION SOCIAL COMO CONTRATAR LOS SERVICIOS DE SEGUROS COLECTIVOS O INDIVIDUALES PARA SUS ASOCIADOS...".

En el PDF 16, se allego, entre otros documentos:

(vii) Comunicación dirigida al Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 14 de marzo de 2014, informando sobre el cumplimiento de la

orden de tutela, señalando: “...Con al reintegro, nos permitimos informarle que la accionante se encuentra reubicada en la sede principal de TALENTUM CTA, a fin de cumplir con se (sic) encargo asociativo de Personal Asistencial, conforme al compromiso contractual asociativo suscrito con la señora BLANCA HERMINDA RODRIGUEZ CHITIVA, el día 01 de septiembre de 2004...” (fls. 14 y 15).

(viii) Certificación de la Universidad Pedagógica Nacional, de 14 de diciembre de 2007, en la que certifica que la accionante “...Asociado(a) a la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM, adelantó y aprobó el **Curso Básico de Cooperativismo con Énfasis en Trabajo Asociado...**” (fl. 16).

(ix) Formatos de información básica del asociado de la cooperativa demandada, y actualización de datos, diligenciado por la demandante (fls. 21 a 23).

(x) **OTROSI AL COMPROMISO CONTRACTUAL ASOCIATIVO**, de fecha 1 de abril de 2013, en el que se estipulan entre otras, la siguiente cláusula: “...PRIMERA:: Las partes acuerdan que a partir de la formalización y firma del presente **OTROSI**, el **TRABAJADOR ASOCIADO**, prestará los servicios personales para desarrollar las funciones asociativas correspondientes al cargo de PERSONAL ASISTENCIAL, en la Unidad Estratégica de Negocios **UEN HOSPITAL SAN JOSE**; en la Ciudad de Bogotá; percibirá mensualmente por los servicios prestados a **TALENTUM**, por concepto de compensación ordinaria, la suma de \$ **589500** pesos M,cte...”; en similares términos aparecen los celebrados los días 1 de abril de los años 2009, 2010 y 2011, sin especificar en estos donde presta servicios (fl. a 25 a 33).

(xi) **COMPROMISO CONTRACTUAL ASOCIATIVO**, suscrito por la actora y la cooperativa, el 1° de septiembre de 2004, en el que se indica que el trabajador asociado –la demandante- prestará sus servicios personales para desarrollar labores u oficios bajo el cargo de Auxiliar Asistencial, a partir de esa fecha, con una intensidad horaria de 48 horas a la semana de conformidad con el turno establecido, “...labor que se desarrollará para la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM**. No obstante, lo anterior el servicio será prestado conforme las necesidades de la Cooperativa. ...”, que “...Los servicios prestados por el Trabajador Asociado se desarrollan a través de un único vínculo asociativo con TALENTUM, el cual se encuentra contenido en el presente acuerdo...”; se señala que por el aporte de trabajo recibirá compensaciones en los términos indicados, relaciona las obligaciones del trabajador asociado, entre ellas “...9) A dedicar al servicio de TALENTUM, en **SOCIEDAD DE CIRUJIA (sic) DE BOGOTA- HOSPITAL DE SAN JOSE** con carácter exclusivo, salvo expresa autorización por escrito de TALENTUM, toda su capacidad de trabajo...”; entre otros aspectos (fls. 34 a 38).

(xii) **ANEXO No. 001 COMPROMISO CONTRACTUAL ASOCIATIVO**, en el que se establece las compensaciones que recibirá como trabajador asociado, de la misma fecha de suscripción del compromiso asociativo (fls. 39 a 40).

(xiii) Carta de 30 de agosto de 2014, mediante la cual la accionante solicita su ingreso a la cooperativa, “...manifestándole mi voluntad de asociación acatando los Estatutos y Regímenes de la institución, y prestando mi aporte de trabajo personal. - igualmente, declare que aceptaré las condiciones establecidas en el **CONVENIO DE ASOCIACION** celebrado por ustedes y la **SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTA - HOSPITAL DE SAN JOSE**. – Además, autorizo al Señor Tesorero, si fuere admitido, para deducir los valores estipulados en el régimen de compensaciones como aportes sociales para los fines determinados en el mismo...” y; la comunicación de la misma fecha, de aceptación “...para la ejecución del convenio de cooperación de trabajo celebrado con la **SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA - HOSPITAL DE SAN JOSE...**” (fls. 41 y 42).

(xiv) **POLÍTICA DE PREVENCIÓN DE ALCOHOLISMO DROGRADICCIÓN Y FARCÓDEPENDENCIA**, así como el **REGLAMENTO DE HIGIENE Y SEGURIDAD INDUSTRIAL** de la cooperativa, **PROGRAMA DE SALUD OCUPACIONAL**, el **ORGANIGRAMA** de la organización cooperativa (fls. 51 a 123).

Así las cosas, para desatar la controversia, es necesario precisar que el derecho de asociación y el denominado “*convenio de asociación*” o “*compromiso asociativo*” como lo designa la parte accionada, encuentran pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe una legislación Cooperativa que permite el funcionamiento de ésta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la Cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas tiene como marco para su desarrollo la ley 79 de diciembre 23 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081

de 1990, 2150 de 1995, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

Ahora, el artículo 3° del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Pre-Cooperativas de Trabajo Asociado son formas asociativas solidarias y de generación de empleo en un contexto de autonomía y libertad diferente a las relaciones de trabajo comúnmente subordinadas. El artículo 5°, compilado en el Decreto 1072 de 2015, prevé que el objeto social de esos entes cooperativos, es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, y para ello, en sus estatutos debe precisarse la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, y en su párrafo, consagró que las cooperativas cuya actividad sea la prestación de servicios a los sectores de salud, transporte, vigilancia y seguridad privada y educación, deberán ser especializadas en la respectiva rama de la actividad. Además, en el artículo 6° permitió a las cooperativas contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras cooperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un resultado específico, e igualmente, indicó que los procesos también pueden contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, siempre atados al resultado final.

En el artículo 8° ídem, también se dispuso que la cooperativa debe ser propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales e inmateriales de trabajo, precisando que si los medios de producción y/o de labor son de terceros, se podrá convenir con ellos su tenencia a cualquier título, garantizando la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa; situación que debe consignarse en el contrato civil o comercial que para ello se suscriba.

De la normatividad señalada, se concluye que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar el objeto social de manera directa a través de los asociados, salvo las excepciones autorizadas por ley, y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de trabajadores y gestores de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales remitiendo trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitir que respecto de los asociados se generen o establezcan relaciones de subordinación o dependencia con el tercero contratante, ya que se desnaturaliza la actividad empresarial del ente cooperativo y, trae como consecuencia que el asociado que sea enviado por la Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, sea considerado trabajador dependiente de ésta quien se beneficie de su trabajo –Artículos 16 y 17 Decreto 4588 de 2006.

Bajo esos lineamientos, en el presente caso si bien la cooperativa demandada sostiene que el vínculo con la accionante fue de un trabajador asociado y así lo determinó la juez de primer grado; de los medios de prueba mencionados, analizadas 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 es factible arribar a tal conclusión.

Se dice lo anterior, dado que aunque no existe prohibición para que las cooperativas contraten con terceros, ya que las normas legales permiten ese tipo de nexos, lo que si no pueden hacer es actuar como empresas de servicios temporales, ni suministrar personal a otros, como quiera que las instituciones de salud ya sean públicas o privadas no pueden contratar el desarrollo de sus actividades misionales permanentes, mediante intermediación laboral o bajo otra modalidad que afecte los derechos laborales de los trabajadores asociados –Art. 103 de la Ley 1438 de 2011-; por tanto, para que la contratación de servicios de salud de la

CTA con terceros sea válida, debe responder a la ejecución de procesos con fines determinados o subprocesos que lleven a un resultado final específico, y, además, ser propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, salvo que se convenga su tenencia a cualquier título, garantizándose la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa.

Así, en circular No. 036 de 8 de junio de 2007, el Ministerio de la Protección Social, se señaló que son cooperativas de trabajo asociado especializadas en salud las siguientes: “...Las que tienen por objeto la prestación de servicios de salud y se han organizado por profesión o especialidad o maestría o doctorado en el área de salud o por tecnologías del área de salud, o por auxiliares del área de salud, en este último caso, conforme a lo definido en el Decreto 3616 de 2005..”, y que las que tengan por objeto la prestación de servicios de salud organizados en procesos o subprocesos, debe entenderse como “...todos aquellos relacionados con la prestación de servicios de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad...”. Ello, teniendo en cuenta que conforme el certificado de existencia y representación legal, la demandada estaba constituida como cooperativa especializada en la ejecución de actividades en el sector salud de la economía, siendo claro que los procesos o subprocesos que pueden contratar las cooperativas de trabajo asociado especializadas en salud deben estar relacionados con la prestación de servicios de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

Sin embargo, en el caso de examen, no aparece acreditado cual fue el proceso o subproceso contratado entre la demandada y el Hospital San José, donde estuvo prestando sus servicios la actora en el cargo de *Personal Asistencial*, para colegir que la actuación de la pasiva se encuentra enmarcada dentro de los parámetros legales, y por ello la demandante podía ejercer su actividad en condición de trabajadora asociada y no considerarla como una trabajadora en misión; ya que no se acompañó el contrato celebrado entre dichas entidades para entrar a determinar esa situación, tampoco se logra probar que los medios de producción y/o labor fueran de propiedad de la cooperativa, o que aquella era tenedora de los mismos, dado que no existe evidencia escrita al respecto, vale decir el contrato civil

o comercial con tales especificaciones y connotaciones, como lo dispone la ley, y que permita colegir que en realidad la CTA tenía la plena autonomía de tales medios o elementos de labor.

Y es que, aunque obre solicitud de vinculación de la actora al ente cooperativo, así como el convenio o compromiso contractual asociativo suscrito por aquella, tales medios no son de la contundencia necesaria y suficiente para tener por demostrado que efectiva y realmente se trataba de un trabajador asociado o cooperado, como quiera que tales documentales están dentro del campo de las formas que las partes establecieron más no de la realidad, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales –Art. 53 CP-.

Lo aquí acreditado, es que la demandante prestaba sus servicios en el Hospital San José, sin que como se indicó se hubiere probado que lo hacía directa y expresamente para la cooperativa demandada, dado que tal como se expuso en líneas anteriores, no hay evidencia de ello; esto es, que fue el ente cooperado quien tuvo el control y la administración de la enunciada Unidad Estratégica de Negocios *UEN HOSPITAL SAN JOSE*, pues a manera de resultar insistentes, no hay prueba de esa situación; lo advertido es que la cooperativa remitió a la actora a esa institución hospitalaria para realizar la actividad o labores de personal asistencial, sin que tampoco se demostrara que la ejecución de tales labores eran en forma autogestionaria y que fuere la cooperativa quien se beneficiaba de la actividad o labor desplegada por aquella; situación que comporta una indebida actuación de la cooperativa accionada, al ejecutar prácticas de intermediación laboral expresamente prohibidas atendiendo su naturaleza -Decretos 4588 de 2006 y 1072 del 2015-; que de contera conlleva la aplicación de las consecuencias legales determinadas en los preceptos citados; como el tener a la actora como trabajadora dependiente de quien se benefició de su trabajo o tercero contratante (art. 16 Decreto 4588 de 2006), quien además debe responder solidariamente con la cooperativa de las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador.

Ahora, aunque se evidenció que el vínculo no era el de un convenio de asociación, es de precisar que en el presente asunto no es factible emitir condena alguna como se solicita con esta acción, dado que la normatividad legal establece como consecuencia en aquellos eventos en que se desnaturalice a la figura del trabajo cooperativo, que la relación se entiende regida con el tercero que se benefició del servicio, y para imponer condena a la accionada como responsable solidaria, es necesario que se declare el derecho respecto del deudor principal, esto es el verdadero empleador y, se determinen las acreencias laborales en cabeza de este; lo que no se puede dar en este asunto, habida consideración que el hospital que se benefició de los servicios de la actora no fue llamado al proceso, circunstancia que impide hacer pronunciamiento alguno respecto.

Sobre este punto específico, ya ha tenido la oportunidad la Corporación de pronunciarse, en un caso similar como lo hizo en sentencia de 29 de abril de 2021, dentro del radicado No. 25754-31-03-002-**2020-00018**-01, con ponencia del doctor Eduin de la Rosa Quessep, al señalarse:

(...) 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.

En tal sentido se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al sostener que es necesaria la comparecencia del verdadero empleador cuando quiera que se pretenda imponer obligaciones generadas en la relación laboral, salvo que se encuentre inequívocamente demostrada una obligación clara y actualmente exigible en cabeza de aquel, bien por la existencia de un acta de conciliación o la definición de un proceso anterior, pues se requiere de su integración al trámite procesal. Al respecto, en sentencia del 28 de abril de 2009, rad. 29522, reiterada en sentencia SL12234-2014, señaló:

“Aspecto central materia de la controversia es el relativo a la obligación que es objeto de la solidaridad legal reclamada en el sub lite -la del socio con su sociedad- que, para precisarlo de partida, es la causada por la vinculación laboral del trabajador frente al empleador, quien es el responsable directo de la obligación; corolario de tal afirmación es que la que se exige del solidario, no es deuda autónoma o diferente de aquella; lo que la ley manda garantizar con el pago es la debida por el empleador. Tal premisa tiene repercusiones procesales en que la demanda judicial orientada a la determinación de la existencia de la obligación, necesariamente, ha de comprender al empleador como responsable directo del pago de

salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

La doctrina de la Sala ha sido reiterativa en exigir la constitución del litis consorcio necesario entre el deudor solidario y el empleador, cuando la pretensión de la demanda es establecer lo que se le adeuda al trabajador por su relación laboral. Ha dicho la Sala:

La Corte ha señalado que cuando se demanda al deudor solidario laboral –específicamente por la condición de beneficiario o dueño de la obra- debe ser también llamado al proceso el empleador. En sentencia de 10 de agosto de 1994, Rad. N° 6494 dijo la Corte:

a) *El trabajador puede demandar solo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis.*

b) *El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de una litis consorcio prohijada por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente.*

c) *El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente ‘existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo’.*

Este principio formulado por la Corte frente al beneficiario o dueño de la obra tiene cabal aplicación para cuando se convoca al proceso al intermediario laboral, pues su razón es la de una calidad que es común a aquéllos y a éste: deudor solidario de las obligaciones con trabajadores del empleador; ciertamente si lo que se persigue con el proceso es la existencia de la deuda, la unidad del objeto no puede ser rota; con el deudor solidario debe ser siempre llamado el empleador, quien es el primero que debe responder por los hechos que originan o extinguen la obligación reclamada.

Lo anterior no es óbice para que, como lo indica la Sala en la sentencia reseñada, el trabajador escoja entre cualquiera de los obligados para exigir el pago de una obligación, una vez ésta ya ha sido establecida” (sentencia de mayo 10 de 2004, rad.22371).

El litis consorcio necesario se ha de constituir en todo proceso en el que además de determinar la existencia de unas acreencias laborales a favor del trabajador, se persiga el pago de la condena por parte de cualesquiera de las personas sobre las que la ley impone el deber de la solidaridad.

*De esta manera, el responsable principal de las deudas laborales ha de ser siempre parte procesal cuando se pretenda definir la existencia de las deudas laborales; y ello es condición previa, en caso de controversia judicial, para que se pretenda el pago de la misma, en el mismo proceso o en uno posterior; los deudores solidarios, a su turno, han de ser necesariamente partes procesales en los procesos que tengan por objeto definir la solidaridad, esto es, **si se dan o no los presupuestos para declarar tal responsabilidad solidaria frente a la deuda laboral, reconocida por el empleador, o declarada judicialmente en proceso, se repite, anterior o concomitante.**” -Negrilla fuera de texto-*

En ese orden de ideas, como quiera que en este proceso no se demandó al verdadero empleador a efectos de determinar las obligaciones adeudadas por concepto de acreencias laborales causadas en el contrato de trabajo, no es posible determinar la existencia de solidaridad entre la cooperativa demandada con el hospital beneficiario del servicio, por lo que en ese sentido, no se pueden imponer condenas de esa índole a cargo de la CTA demandada.

En ese orden de cosas, como no se demandó al hospital; no hay más que confirmar la decisión absolutoria impartida en primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

Es de precisar, que ante la decisión adoptada, la Sala queda relevada de pronunciamiento alguno frente a la manifestación del apelante en cuanto a “...de igual manera la demandada si bien es cierto está en liquidación, observamos que fue una figura que se inventó para iniciar sus labores con la empresa Medical Talentos Humanos que hace las mismas labores que hacía la cooperativa y los trabajadores hacen las mismas funciones que hacia la señora Blanca, por lo tal el mismo liquidador que hizo de liquidador en la cooperativa, es el representante legal de Medical Talento entonces no se entiende como la empresa burlando la ley e irrespetando la tutela la desvincula y simplemente acaba la cooperativa por qué la normatividad así lo pidió, acabar las cooperativas o legalizarlas; de todas maneras la estabilidad laboral reforzada aplica para todas las modalidades contractuales conforme lo citó la sentencia la SU 049 del 2017 ratificada por la sentencia 2186 de julio 15 de 2020 y demás sentencias de la honorable Corte Constitucional donde dice que aplica la estabilidad laboral para todas las modalidades contractuales independientemente del nombre que se le dé...”; dado que no se elevó condena alguna contra el ente demandado, aunado a que tampoco surge procedente análisis alguno frente a una persona, en este caso jurídica, que no fue vinculada a la litis.

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 la alzada.

Como no salió avante el recurso, se condenará en a la parte recurrente (numeral 1, art. 365 CGP). Fijese como agencias en derecho, la suma equivalente a un (1) 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 el 12 de agosto de 2020, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario de Primera Instancia promovido por **BLANCA HERMINDA RODRÍGUEZ**

CHITIVA contra la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM** hoy **LIQUIDADA**, acorde a lo considerado en precedencia

SEGUNDO: CONDENAR en costas a 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 GAITÁN
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. **11001-31-05-038-2019-00247-01**
Demandante: **DAVID STIVENS ARANGO JARAMILLO**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES.**

En Bogotá D.C. a los **31 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 8 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

DAVID STIVENS ARANGO JARAMILLO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la accionada, entre el 19 de junio de 2015 y el 31 de marzo de 2017, correspondiéndole como remuneración la establecida para el cargo de Profesional Senior Grado 04 y que relaciona, vínculo que terminó por despido indirecto; en consecuencia, se le condene a pagarle del tiempo laborado las sumas que indica por concepto de diferencial salarial y prestacional -cesantías, intereses, prima de servicios-, así como el pago de primas de vacaciones, de servicios y navidad,

beneficio salarial por año de servicios, auxilio de recreación vacacional, bonificación salarial, indemnizaciones de los artículos 64, 65 CST y por no consignación de las cesantías en el fondo, indexación, costas; y subsidiariamente lo que resulte a su favor “...bajo la figura de lo ultra y extra y ultra petita...”.

En apoyo de las peticiones expuso en la demanda y su subsanación que, la accionada lo invitó a participar en el semillero “Programa de Formación a Profesionales en Derecho en Régimen de Prima Media (RPM) con Prestación definida y sustanciación jurídica”; luego de superado el examen de conocimiento ingresó a trabajar en la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones el 19 de junio de 2015 como *trabajador en misión* de la empresa de servicios temporales *Activos S.A.*, en el cargo de *profesional II*, bajo la modalidad de “obra o labor”, percibiendo como salario \$3.689.485 en el año 2015; el horario era de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. de lunes a viernes y un sábado cada quince días, para un promedio de 44 horas a la semana.

Sostiene que a partir del 1° de febrero de 2016, la *EST Activos S.A.*, renovó el contrato, reajustó su salario a la suma de \$3.985.857 “...incremento que guarda correspondencia con el Decreto 229 del 12 de febrero de 2016 (Incremento para AICE sector central) y el cuerdo 090 de 2016 de Colpensiones...”; para el año 2017 la EST fue cambiada por *Misión Temporal Ltda.*, quien a partir del 1° de febrero de dicha anualidad, renovó el contrato del accionante, e incrementó el salario a \$4.254.902 siguiendo “...lo dispuesto en el Decreto 1012 de 12 de junio de 2017 (Incremento para AICE sector central) y el cuerdo 117 de 2017 de Colpensiones...”; las labores consistieron en la sustanciación de actos administrativos (resoluciones), que resolvían las diversas solicitudes de reconocimiento y reliquidación pensional presentadas por los afiliados y pensionados de la accionada; es decir “...desarrolló idénticas funciones durante todo el tiempo laborado...”; laboró en los diferentes grupos de trabajo establecidos en la Gerencia Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones, que relaciona en el hecho 8° (fl. 3 PDF 01).

Que aunque reunía los requisitos para desempeñar el cargo de PROFESIONAL SENIOR GRADO 04, fue contratado en un cargo de inferior jerarquía y nunca se le niveló con los trabajadores oficiales que acreditaban sus mismos requisitos de experiencia y/o académicos y desempeñaban idénticas funciones,

incumpliendo con el mandato constitucional del derecho a la igualdad y el principio en materia laboral de trabajo igual, salario igual; tampoco le pago los beneficios unilaterales extralegales, reconocidos en el Acuerdo 078 de 2014 a los trabajadores oficiales de planta, ni los emolumentos estipulados en la ley, que reclama con esta acción ordinaria laboral.

Indica que el 3 de marzo de 2017, elevo petición con radicado Bizagi 2017_2314375, denunciando ilegalidad de los contratos de misión y preguntando sobre la nivelación salarial y el reconocimiento igualitario de beneficios extralegales, obteniendo respuesta negativa, por lo que el 30 de marzo siguiente, presentó renuncia “...argumentando como razón de su decisión la ilegalidad en las actuaciones de las EST y la empresa usuaria Colpensiones y la discriminación a la que estaba siendo sometido. Se configuró un despido indirecto y sin justa causa por parte de Colpensiones...”; que nunca la accionada ni las EST cancelaron los valores correspondientes que incluían los factores extralegales, ni las prestaciones con el valor correspondiente al cargo realmente desempeñado; el 1° de marzo de 2019, agotó la reclamación administrativa solicitando el pago de sus acreencias en los términos del artículo 6 del Decreto Ley 2158-1948, sin que a la fecha de presentación de la demanda se le hubiere dado respuesta (fls. 1 a 20 PDF 01 y 66 a 84 PDF 02).

Correspondió la demanda por reparto del 01/04/2019 al **Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (fl. 57 PDF 02), autoridad judicial quien, inicialmente mediante auto de 7 de mayo de 2019, la inadmitió (fl. 63 ibídem), luego de subsanada, con proveído de 6 de junio de 2019 la admitió disponiendo la notificación a la parte demandada, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos allí indicados (fl. 85 PDF 02).

La accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a través de apoderada judicial, dio respuesta a la demanda, con oposición a las pretensiones, señalando que con dicha entidad no existió vínculo laboral ni de ninguna otra naturaleza, que el demandante fue remitido a prestar servicios en misión para atender requerimientos de la Entidad, “...dentro de los límites de causalidad y temporalidad previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, requerimientos que tal

como se puede observar de las certificaciones emitidas por las empresas de servicios temporales siempre fueron diversos...”, que las verdaderas empleadoras fueron las empresas de servicios temporales, quienes cancelaron al demandante salarios, prestaciones sociales, a quienes se les reportaban las novedades presentadas como incapacidades y licencias, que el demandante tuvo varios contratos “...los cuales no transgredieron nunca el límite de temporalidad y causalidad y su designación tuvo origen en los contratos comerciales...”, No. 042 de 2015 suscrito entre Colpensiones y Activos S.A., No. 005 de 2016 suscrito con Activos S.A., el No. 042 de 2017 celebrado con Misión Temporal, por lo que “...no es de ninguna manera cierto que el demandante hubiere realizado algún tipo de examen de conocimiento con mi representada, por el contrario todo el proceso de vinculación y selección se encontró en cabeza de sus verdaderos empleadores, esto es, las empresas de servicios temporales...”.

Precisa que el demandante “...NO DESEMPEÑABA LAS MISMAS FUNCIONES DEL TRABAJADOR OFICIAL, pues tal como se denota de las certificaciones laborales allegadas las funciones del demandante iban dirigidas a “sustanciar las solicitudes prestaciones económicas en todas las instancias (primera decisión, recursos de reposición, apelación, revocatoria directa, queja, nuevo estudio, cumplimiento de sentencias) radiadas en Colpensiones o las trasladadas en la repesa del ISS en liquidación”, por lo que no existe ningún trabajador dentro de la planta de la entidad, que lleve a cabo esas funciones específicas de acuerdo a los manuales de funciones de la entidad...” ; que además el actor “...no establece dentro de la pretensión, con cual trabajador de planta se debe nivelar; pues debe entenderse que Colpensiones tiene varios cargos que cuentan con grado y código, por lo que hace imposible para el juez, aplicar el principio de a trabajo igual salario igual, ya que, como es claro el artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo, sujeta su aplicación a la existencia de unas funciones, jornadas de trabajo y condiciones de eficiencia iguales...”, aunado a que el actor no contaba con los requisitos establecidos por la entidad para acceder a todos los grados del profesional senior 04, tal y como consta del manual de funciones que se allega en comparación con la hoja de vida del accionante; que además, para la contratación “...tal y como se observa de la descripción y justificación del contrato 042 de 2017, ... Colpensiones tuvo como apología para suscribir dicho vínculo comercial las nuevas órdenes emitidas por la sentencia T 774 de 2015, la cual creó nuevas obligaciones cuyo cumplimiento debió ser garantizado por parte de la entidad. Así las cosas, no se trata de un cambio de empresa de servicios temporales, se trata de la existencia de una nueva causa originaria, que obligó a Colpensiones a vincular trabajadores en misión...”.

Refiere en el acápite de HECHOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, luego de determinar la naturaleza jurídica de la entidad, las funciones que desarrolla, que los

reconocimiento pensionales de los afiliados al ISS fueron asumidos por ella a partir del 28 de septiembre de 2012, por disposición del Decreto 2011 de la citada anualidad, por lo que *“...la estructura de Colpensiones estaba dirigida a la proyección de la actualidad colombiana en pensiones, y jamás idealizo que los requerimientos y solicitudes del antiguo ISS iba a quedar en cabeza de dicha entidad, por lo que su planta de personal no era suficiente para poder corregir el atraso estructural...”*; que *“...mediante Auto No. 110 de 2013, la Corte Constitucional adelantó el análisis de la problemática presentada en la administración del régimen de prima media, a partir de la asunción por parte de Colpensiones de los trámites pendientes a cargo del ISS, impartiendo una serie de órdenes a la entidad en aras de asegurar el cumplimiento del plan de acción para corregir el atraso estructural del régimen de prima media y las metas fijadas a 31 de diciembre de 2013...”*; por lo que la entidad se vio precisada a adoptar las medida tendientes a garantizar la suficiencia de los recursos para cumplir con el plan de acción para corregir el atraso estructural *“...siendo necesario señalar que dada la naturaleza jurídica de Colpensiones, no podía dentro del ámbito de su competencia legal ampliar la planta de personal sin obtener las autorizaciones correspondientes...”*.

Dice que con Auto 113 de 2014, la Corte pidió constatar las falencias del ISS con las correcciones efectuadas para superarlas, señalar las que persistían y efectuar recomendaciones para la protección de los usuarios, y posteriormente en Auto de 259 de 2014, dicha corporación exhorto a la entidad para que realizara las gestiones y solicitudes procedentes antes los entes gubernamentales respectivos, para adecuar su capacidad operativa de modo que se superaran de forma permanente las fallas detectadas, disponiendo en esa ocasión la extensión del estado de cosas inconstitucional hasta el 31 de diciembre de 2014, declarando parcialmente incumplidas las órdenes impartidas en Auto 320; por lo que *“...para poder atender las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en los autos reseñados y ante la imposibilidad de ampliar la planta de personal con la inmediatez que la situación exige, Colpensiones se vio en la necesidad de contratar personal en misión. Con este propósito, se celebraron varios contratos de servicios con empresas de servicios temporales...”*. Precisa que, los diferentes despachos judiciales del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de ese Distrito, han *“...dejado claro que el caso de Colpensiones es un caso especialísimo y sub-generis, donde los derechos fundamentales de los ciudadanos prevalecen y donde se encuentra en debida manera justificada la contratación del personal en misión..., y enlista varias decisiones judiciales de primera y segunda instancia en las cuales ha resultado absuelta, frente al tema de la contratación con EST, tema de este proceso.*

En su defensa, formuló además de excepciones previas, que fueron resueltas en la oportunidad legal, las de fondo o mérito que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, Buena fe, Del cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional, Falta de legitimación en la causa por pasiva y, Prescripción (fls. 117 a 145 PDF 02 y 3 a 34 PDF 03).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 8 de febrero de 2021, resolvió:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLOMBIANA COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones Formuladas en la demanda por DAVID STIVENS ARANGO JARAMILLO, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio el despacho se considera relavado del estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS, lo serán a cargo de la parte demandante en firme la presente providencia por secretaria, practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella cómo agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de la accionada.

CUARTO: si no fuese apelada la presente sentencia CONSÚLTESE con el superior...”

III. RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

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

“(…) Si su señoría, muchas, gracias, conforme a la decisión que acaba de emitir el señor juez, Interpongo recurso de apelación por los siguientes argumentos: Alega su señoría que no hay lugar a la condena para la accionada Colpensiones en virtud de que la extralimitación de los límites legales que establece específicamente el artículo 77 numeral 3 de la ley 50 de 1990 y el artículo 6 numeral 13 parágrafo del decreto 4369 de 2006 se debe a que COLPENSIONES desde una época ha tenido una deficiente planta personal y unas circunstancias especiales y particulares que le obligaron o conminaron a utilizar esta figura y pues obviamente sobrepasarse de los límites legales, al respecto con todo respeto su señoría y respecto también de todas las pruebas que obran en el plenario si era cierto que COLPENSIONES tenía esta deficiencia de planta de personal tal como lo señalé en los alegatos de conclusión y cómo lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia lo ideal es que Colpensiones haga el respectivo proceso de vinculación de planta por qué pues efectivamente esa necesidad que tiene de personal no es temporal sino que es indefinida, de esa manera, Colpensiones tiene que vincular a las personas que necesita de manera indefinida y así se evitaría tener que hacer procesos con empresas temporales, con tener que renovar contratos cada año con tener que infringir la ley sobrepasándose del año y no haciendo uso de esta figura que la ha usado de mala fe y defraudando naturalmente los derechos de cada uno de los trabajadores, porque lo digo, por qué también los testigos fueron muy claros en señalar de que no solo eran iguales las funciones que tenían tanto

los trabajadores oficiales como los de planta sino que también la represa de la que tanto se habla digamos que después del año 2015 desapareció y que en realidad venían haciendo lo que hace la entidad normalmente que es responder las diferentes solicitudes, expedir los diferentes actos administrativos y que naturalmente eso corresponde al objeto social de la entidad como tal y que no era algo excepcional ni temporal sino que era algo que ya correspondía con el objeto social de Colpensiones y Colpensiones ha estado en un escenario así por más de ocho años, por qué si contamos el 2013 al 2021 ya han pasado un tiempo considerable, pues debió en su momento hacer el respectivo ingreso de estas personas como empleadores de planta pero no cercenar o pretermitir sus derechos laborales haciendo uso de contratos con empresas de servicios temporales que naturalmente soslayan los derechos de los trabajadores y que ellos no son conscientes que ese tipo de vinculación les beneficia más que ingresar a diferentes trabajadores de planta pues por qué pueden de alguna manera exigirles más, las testigos también fueron muy contundentes a la hora de señalar que a los trabajadores oficiales y a los trabajadores en misión específicamente a los de misión no les presionan con las metas, pueden salir en su horario habitual, no tienen que necesariamente ir los sábados, les dan sus vacaciones. etc.; en cambio a los trabajadores en misión si los presionan, si ponen alguna queja si hay alguna inconformidad de su parte en ese sentido pues la entidad los tiene en cuenta para no volverlos a vincular.

Es una clara muestra de que efectivamente Colpensiones está usando de manera equívoca la figura con las empresas temporales para poder cercenar muchos de los derechos laborales que tienen los trabajadores y que la aparente o pues obviamente si sucedió, represa que hubo de Colpensiones y que venía del Instituto del Seguro Social pues no la facultada para que haga estas cercenaciones (sic) de los derechos laborales reiteró y que tampoco es cierto, respetuosamente de que eso también se justifique con el cambio de empresa temporal, por qué tal como lo dice el artículo 6to del decreto 4369 de 2006 "si cumplido el Plazo de 6 meses más la prórroga que se refiere al presente artículo, la causa originaria del servicio específico y el objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria está no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio", en ese orden de ideas su señoría, no, tampoco la justifica que cambie o no de empresa de servicios temporales porque la ley no dice específicamente, por el contrario dice que sea con la misma o sea con diferente empresa de servicios temporal, no pueden sobrepasar el término de 6 meses prorrogables por seis meses más; en ese sentido reitero que si Colpensiones tenía una necesidad indefinida como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia como lo señale que es en el radicado número 47977 del 1 de noviembre del 2016 si toda esta situación "anómala" en el uso de la figura del servicio temporal pone en la palestra igualmente que la intención de que la caja demandada fue la de encubrir una necesidad Indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal con el objeto de aprovecharse ilimitadamente los servicios personales de la demandante esa instrumentalización de una figura legítima para esconder y llevar a lo más recóndito verdaderas relaciones de trabajo directas con los empleados de las empresas de servicios temporales, no puede quedar libre de objeción y sanción por el derecho con mayor razón cuando se recrea de manera sofisticada, repetida y sistemática, es de afán que el presente proceso lleva muchos años, digamos mi poderdante solamente alcanzo a llevar un poco más de dos años vinculados a la entidad pero por ejemplo la testigo Claudia llevó más de 5 años vinculada a través de empresas de servicios temporales en las que claramente le estaban vulnerando sus derechos laborales eso quiere decir que no era necesidad temporal de Colpensiones sino que era algo indefinido en que Colpensiones debía hacer uso de las figuras que legítimamente ha establecido el legislador en la ley laboral y es que permitir este tipo de fallos también es crear una desigualdad con los demás empleadores que han hecho un mal uso de la figura con las empresas de servicios temporales solo porque se trata de COLPENSIONES entonces en los demás fallos, con todo respeto, que se ha sucedido los mismo pues si se condena al empleador por sobrepasar el límite legal pero en este caso específico porque se trata de Colpensiones se hace caso omiso y se soslaya toda la legislación laboral y también toda la jurisprudencia de la Corte Suprema y es que lo de las disposiciones de la Corte Constitucional como lo adujé en los alegatos de conclusión, la Corte Constitucional en ningún momento dijo que usara el contrato inicial, un contrato en obra o labor, un contrato a término fijo no determinó la forma en que Colpensiones debía suplir todas sus necesidades, simplemente dijo que las supliera de ahí la forma en cómo lo

hiciera Colpensiones pues era algo que se circunscribía pues a su voluntad, entonces en ese orden de ideas discrepo de la decisión que acaba de dar su señoría por qué no se está teniendo en cuenta el ordenamiento legal tampoco la jurisprudencia de la Corte Suprema, que el hecho de que la ley había previsto no debe exceder de un año pues la ley lo previó de esa manera y si lo previó de esa manera es porque el legislador en sabiduría sabía que si se pasaba más del año ya el servicio no era temporal era algo que se extendía en el tiempo y que era indefinido, entonces no se podía usar más la figura por más de un año porque ya dejaba de ser un servicio temporal y pasaba a ser un servicio más fijo: entonces por eso el legislador no hizo un uso de más de un año para este tipo de figuras.

Respecto a que cambiar de trabajadores puede ser un desgaste para Colpensiones pues precisamente para evitar tanto desgaste de la entidad y que efectivamente se necesitan todos estos trabajadores por que al parecer tienen más trabajadores en misión que trabajadores oficiales pues inclúyalos en su planta de personal y eviten cualquier desgaste de la nueva contratación de otros trabajadores y en la nueva contratación de empresas temporales etcétera y así dejan de usar irregularmente este contrato y estas empresas intermediarias.

De esta manera su señoría dejó sustentado mi recurso de apelación el cual en su momento ampliaré ante el Tribunal. ...”.

El Juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. 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. 02SegundaInstancia).

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 03 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 16 de enero de 2023 (PDF 06 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término para alegar en segunda instancia, los apoderados de las partes, presentaron sus alegaciones, señalando:

Parte demandante: Solicita revocar la decisión apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, Para ello, luego de hacer un análisis de cada una de las pruebas prácticas al interior del proceso, señalar los hechos que, en su sentir, fueron probados, así como referirse a las razones de la decisión del juez de primera instancia, preciso en el acápite que identificó como *Caso concreto*, lo siguiente:

“(,,,) Señor juez de segunda instancia, la parte demandante considera que el fallo de primera instancia debe ser revocado en su totalidad y, en su lugar, se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

Esta parte se reafirma en sus consideraciones fácticas y jurídicas que quedaron plenamente demostradas con las pruebas practicadas en el proceso. Concretamente, se estima que no hay duda o incertidumbre sobre los extremos laborales de la contratación del demandante, la prestación personal y continua del servicio, la subordinación indiscutible frente a la empresa Colpensiones y el uso deliberado del contrato de trabajo en misión consignado en la ley 50 de 1990 para encubrir de manera fraudulenta una verdadera relación laboral entre las partes en litigio, con miras a defraudar los derechos laborales consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano de que es titular el señor David Stivens Arango Jaramillo.

Esta parte considera que la argumentación jurídica expuesta por el juez de primera instancia no es consistente con la ley ni atiende a las pruebas obrantes en el plenario, como se expondrá a continuación:

Para empezar, es absolutamente claro y verificable que, en ninguna providencia proferida por autoridad judicial colombiana, de cualquier nivel y/o jurisdicción, se haya ordenado o dispuesto que Colpensiones debía solucionar las deficiencias estructurales del Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del uso de un medio contractual laboral específico, y mucho menos, que la forma de contratación laboral que debía emplear era la del contrato en misión establecido en la ley 50 de 1990 y, muchísimo menos, que tenía autorización para emplear tal figura contractual con desconocimiento abierto de la ley laboral colombiana, las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales en materia laboral ratificados por Colombia.

Nunca, bajo ninguna lectura, ni de manera directa o indirecta, las providencias de la Honorable Corte Constitucional conminaron a Colpensiones a la contratación ilegal de trabajadores en misión por términos mayores a los legales con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional que supuso la represa del ISS. Y aún si en gracia de discusión ello se admitiera, no existe argumento alguno que permita afirmar que tal autorización seguía teniendo efectos jurídicos después del año 2015, fecha en la que la misma Colpensiones admitió que se levantó el estado de cosas inconstitucional.

De otro lado, para esta parte resulta excesivamente conveniente que Colpensiones diera total libertad a cada una de las EST que contrató entre los años 2013 a 2018 para el suministro de trabajadores en misión y que, para su suerte, tales contratistas le proveyeran de los mismos exactos trabajadores que llevaban años a su servicio y tenía la precisa experiencia que necesitaba para el giro ordinario de su operación.

A partir de los postulados constitucionales que rigen la vida jurídica del estado colombiano, no es admisible, bajo ningún criterio ni razonamiento, que, so pretexto de superar un estado de cosas inconstitucional como lo era la represa del ISS, las mismas autoridades estatales entren a desconocer derechos laborales de raigambre constitucional de los trabajadores que contratan a su servicio. Es indefendible desde toda óptica que se vulneren derechos fundamentales para garantizar otros.

Si bien puede resultar admisible que Colpensiones se valiera del contrato en misión para superar el atraso estructural que heredó del ISS, es altamente censurable e injustificable que lo hubiere hecho desconociendo los límites temporales que la ley 50 de 1990 y el decreto 4369 de 2006 le imponía para esta facultad y a expensas de las conquistas laborales de los trabajadores colombianos.

En este orden de ideas, se reprocha en concreto que el juez de primera instancia considerara como fundamento de su decisión que la ley 50 de 1990 había errado al no haber contemplado la posibilidad de actividades temporales mayores a un año y que, por lo tanto, era admisible la superación del límite legal en casos extraordinarios. Es decir, la providencia que se recurre no solo desconoció el texto legal que expresamente establecía

un límite de un año para el contrato misional, sino que además entró a cuestionar su validez como texto legal de obligatorio cumplimiento.

Su señoría, por lo expuesto hasta este punto, esta parte se reafirma en sus consideraciones legales y fácticas y pide que, en garantía de los derechos mínimos e irrenunciables conquistados históricamente por los trabajadores se reconozca que la entidad demandada Colpensiones encubrió un verdadero contrato laboral subordinado con el demandante valiéndose, sin justificación jurídica alguna para hacerlo, del uso inadecuado e ilegal de la figura de contrato en misión establecida en la ley 50 de 1990 y en el decreto 4369 de 2006. Así, se solicita revocar la decisión del A-quo y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

Su señoría, no quiere esta parte concluir los presentes alegatos de conclusión de segunda instancia dejando de citar a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, en Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, recordó las palabras del escritor Gabriel García Márquez sobre las ficciones a las que se someten a los trabajadores con tal de desconocer sus derechos:

“Cansados de aquel delirio hermenéutico, los trabajadores repudiaron a las autoridades de Macondo y subieron con sus quejas a los tribunales supremos. Fue allí donde los ilusionistas del derecho demostraron que las reclamaciones carecían de toda validez, simplemente porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni tendría jamás trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal...” (PDF 04 Cdo. 02SegundaInstancia).

A su turno, la parte demandada, a través de su vocera judicial, pretende se confirme la decisión atacada, considerando:

“(…) Pretende la presente acción laboral entre otras cosas que: **i) la existencia de un contrato a término indefinido entre el demandante ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES por el interregno de tiempo del diecinueve (19) de junio del dos mil quince (2015) al treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017) ii) Que hubo un despido indirecto, toda vez que se hubo un desmejoramiento de sus condiciones laborales y vulneración al principio de igualdad iii) Al pago de la remuneración por el cargo de PROFESIONAL SENIOR, GRADO 04.**

Sea lo primero indicar que tal, y como quedó demostrado en el debate probatorio y de hecho no fue objeto de discusión, es que entre el demandante **DAVID STEVENS ARANGO JARAMILLO** y mi representada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** no existió relación laboral de ninguna naturaleza, al contrario, fueron las Empresas de Servicios Temporales las que actuaron en calidad de tal frente al demandante.

Bajo esa premisa, y como se indicó tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión presentados ante el a quo Colpensiones es una Empresa Industrial y Comercial del Estado - EICE, organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo, creada mediante Ley 1151 de 2007, en concordancia con el Decreto 4121 de 2011 y cuyo objeto es la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, incluyendo la administración de los Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

El Artículo 3 del Decreto 2011 de 2012, que consagra las Operaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, establece que la Entidad, como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En virtud de esta disposición, los reconocimientos pensionales de los afiliados al ISS fueron asumidos por COLPENSIONES a partir del 28 de septiembre de 2012 por disposición del Decreto 2011 del mismo año.

Debido a lo anterior, la estructura de Colpensiones estaba dirigida a la proyección de la actualidad colombiana en pensiones, y jamás idealizó que los requerimientos y solicitudes

del antiguo ISS iban a quedar en cabeza de dicha entidad, por lo que su planta de personal no era suficiente para poder corregir el atraso estructural.

De acuerdo con Auto No. 110 de 2013, la Corte constitucional imparte la siguiente orden:

“Quinto. - Advertir a Pedro Nel Ospina Santa María en su calidad de presidente de Colpensiones o quien haga sus veces, que **en el marco de sus competencias deberá tomar las medidas necesarias para asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad sea suficiente para cumplir con el “plan de acción para corregir el atraso estructural del régimen de prima media” y las metas fijadas a 31 de diciembre de 2013 y;** (III) que la ausencia de prioridad de las peticiones de reliquidación pensional de que trata esta providencia, no afecta la orden dispuesta por esta Corte en la sentencia C-258 de 2013, por lo que deberá adoptar las medidas indispensables para el cabal cumplimiento de esta última, sin perturbar en modo alguno el proceso de descongestión que sigue Colpensiones.” (subrayado y negrilla fuera de texto original).

Es de esta manera, como el presidente de la Entidad tuvo que adoptar las medidas tendientes a garantizar la suficiencia de los recursos para cumplir con el plan de acción para corregir el atraso estructural, siendo necesario señalar que, dada la naturaleza jurídica de Colpensiones, no podía dentro del ámbito de su competencia legal ampliar la planta de personal sin obtener las autorizaciones correspondientes.

Bajo la misma consideración, no puede perderse de vista que la orden impartida por la Corte suponía la ejecución de una acción de carácter eminentemente transitorio, en tanto que lo que se buscaba era dar trámite al cúmulo de expedientes que se encontraban en curso para la época en que se dispuso la liquidación del ISS y la creación de Colpensiones.

Posteriormente, mediante la sentencia T-774 del 18 de diciembre del 2015, resolvió declarar superado el Estado de Cosas Inconstitucionales en la transición entre el Instituto de Seguros Sociales y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, verificado a partir el Auto 110 del 5 de junio de 2013. La alta Corte constató que subsistían escenarios que si bien no reunían las condiciones para continuar la intervención mediante la figura del estado de cosas inconstitucionales si necesitan seguimiento y controles de conformidad con "sus atribuciones ordinarias en materia de protección de derechos fundamentales", adicionalmente impartió nuevas órdenes a la entidad que de manera específica **se traducen en la necesidad de contar con personal capacitado para atender temporalmente las metas fijadas por esa Corporación, siendo esta circunstancia la que habilita la vinculación de personal en misión.**

Conforme a la verificación y orden de la alta Corte, mi representada Colpensiones, dentro del Plan de Acción para el año 2014 en cabeza de la Vicepresidencia de Talento Humano, formuló la iniciativa de un Rediseño Institucional, con el objetivo de realizar la revisión, el diagnóstico y el estudio técnico a las dependencias de la estructura organizacional y planta de personal de Colpensiones habiendo suscrito el contrato 116 de 2014 para el efecto.

Dentro de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, está la revisión de la estructura organizacional y la planta de personal de Colpensiones y adecuarlas para atender la demanda del servicio en condiciones de oportunidad y calidad. Así las cosas, se adelantó el proyecto de Fortalecimiento Institucional que dio como resultado la expedición por el Gobierno Nacional mediante Decreto 309 del 24 de febrero de 2017 que modificó la estructura organizacional de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y mediante Decreto 310 del 24 de febrero de 2017 modificó su planta de personal para la creación de mil doscientos veintitrés (1.223) cargos nuevos de trabajadores oficiales, para un total de dos mil cuatrocientos noventa y un (2.491) trabajadores oficiales conservando tres (3) cargos de empleados públicos.

Ahora bien, en el caso en concreto del demandante, en desarrollo de dichos contratos comerciales, el **señor DAVID STEVENS ARANGO JARAMILLO, fue remitido a mi representada a prestar servicios en misión,** para atender en varias oportunidades requerimientos puntuales que jamás excedieron los límites de temporalidad y causalidad

previstos en la ley, circunstancia que evidencia la absoluta improcedencia de las pretensiones sobre la existencia de una única relación laboral directa en relación con mi representada.

De conformidad con los lineamientos de la Corte Constitucional y como fue probado en el transcurso del proceso, por mandato expreso del Art. 71 de la Ley 50/90, quien asumió el carácter de empleador con respecto al demandante **DAVID STEVENS ARANGO JARAMILLO**, fueron lógicamente las empresas de servicios temporales, entidades frente a la cual mi representada cumplió todos los compromisos derivados de los contratos de prestación de servicios con ella celebrado

Cada contrato comercial tiene fundamento en un requerimiento puntual y que corresponde a diferentes órdenes impartidas por la Corte Constitucional, de manera que los requerimientos en desarrollo de los cuales el demandante **DAVID STEVENS ARANGO JARAMILLO**, fue enviado en calidad de trabajadora en misión, fueron también diferentes e independientes. En consecuencia, NO es cierto, como se pretende hacer valer en la demanda, que COLPENSIONES hubiera transgredido los límites de temporalidad y causalidad previstos en la Ley 50 de 1990 para la contratación de personal en misión, ni que las vinculaciones del actor con las temporales hubieran excedido el término de 6 meses prorrogables por otros 6 meses.

Así las cosas, es claro que se trató de varios contratos laborales todos estos independientes entre sí, con sociedades diferentes y requerimientos diferentes, por lo que estas circunstancias denotan la absoluta improcedencia de las pretensiones sobre la existencia de una única relación laboral directa en relación con mi representada.

En ese sentido, es de tener presente las certificaciones laborales allegadas con la demanda que permiten discriminar con claridad el tiempo efectivamente laborado con ocasión de cada uno de dichos vínculos, estando no solo probado, sino confesado con los hechos de la demanda, que cada una de las vinculaciones que sostuvo con las empresas de servicios temporales fueron independientes con solución de continuidad entre una y otra; pruebas documentales estas, de donde también se infiere que, se dio cabal respeto y cumplimiento a los límites de temporalidad y causalidad previstos en la ley 50 de 1990, circunstancia que se itera deja sin soporte fáctico y jurídico la pretensión sobre declaratoria de una relación laboral directa con mi representada.

Es categóricamente improcedente la nivelación salarial solicitada por el actor **DAVID STEVENS ARANGO JARAMILLO** pues tal como lo expresa el apoderado la función desarrollada por él, es propia de los trabajadores en misión, por lo cual no es permanente de COLPENSIONES, pues la función de la misma estaba dirigida a un requerimiento puntual en pro de la descongestión y las ordenes de la Corte Constitucional, por lo que dicha vinculación estaba atada al aumento de producción y por lo tanto se encontraba acorde a la normatividad vigente para estos casos.

Como se probó en el transcurso del proceso, el demandante **DAVID STEVENS ARANGO JARAMILLO** NO DESEMPEÑABA LAS MISMAS FUNCIONES DEL TRABAJADOR OFICIAL, pues tal como se denota de las certificaciones laborales allegadas las funciones del demandante iba dirigidas a "sustanciar las solicitudes de prestaciones económicas en todas las instancias (primera decisión, recursos de reposición, apelación, revocatoria directa, queja, nuevo estudio, cumplimiento de sentencias) radicadas en Colpensiones o las trasladadas en la ropresa del ISS en liquidación", por lo que no existe ningún trabajador dentro de la planta de la entidad, que lleve a cabo esas funciones específicas de acuerdo a los manuales de la entidad.

Nótese honorable Magistrado, como el demandante no establece dentro de la pretensión, con cual trabajador de planta se pretende nivelar; pues debe entenderse que Colpensiones tiene varios cargos que cuentan con grado y código, por lo que hace imposible para el juez, aplicar el principio de a trabajo igual salario igual, ya que, como es claro el artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo, sujeta su aplicación a la existencia de unas funciones, jornadas de trabajo y condiciones de eficiencia iguales.

Así mismo, es de poner de presente que en el presente caso no puede hablarse de una responsabilidad solidaria ni mucho menos directa frente a un eventual incumplimiento de las EST, pues ni la Ley 50 de 1990 que es la que regula el funcionamiento de la EST ni ninguna otra disposición, consagra la figura de la solidaridad ni la responsabilidad directa frente al usuario del servicio, razón por la cual, lo que se pretende en la demanda carece de todo fundamento jurídico. En efecto, como lo ha reiterado la H. Corte Suprema de Justicia, no existe fundamento normativo alguno para sostener la solidaridad con los beneficiarios del servicio en tratándose de derechos laborales que corresponden a los trabajadores en misión, porque, por el contrario, la Ley estableció otros tipos de garantías para estos trabajadores que hacen improcedente la aplicación de esta figura...”

Reprodujo aparte, de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, en el pronunciamiento que allí trae a colación. Prosiguió, considerando:

*“(...) La única vinculación que verdaderamente existió, fue entre el actor y **ACTIVOS S.A y MISION TEMPORAL**. En ese sentido, es claro que mi representada la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** no ha sido nada diferente a un **TERCERO DE BUENA FE, respecto de la relación laboral de la que el actor confiesa derivar sus pretensiones y que sostuvo con las empresas de servicios temporales.**”*

*Ahora bien, con respecto a la solicitud de indemnización por despido sin justa causa, es de gran importancia resaltar que la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, es improcedente en relación con mi representada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, porque el vínculo del que deriva la demandante su pretensión lo sostuvo única y exclusivamente con las empresas de servicios temporales **ACTIVOS S.A y MISION TEMPORAL** quienes fungieron para todos los efectos como únicos y verdaderos empleadores.*

*Cabe destacar que, como se probó dentro del proceso y de acuerdo con lo manifestado por su verdadero empleador **MISION TEMPORAL**, el aquí demandante **DAVID STEVENS ARANGO JARAMILLO** renunció de forma voluntaria, por lo que siendo la causa imputable de la terminación atribuible a una decisión del señor Arango, es clara la improcedencia del pago de dicha indemnización...”*

Por último, reitero y relacionó diferentes decisiones, tanto en primera como en segunda instancia, en las que se ha considerado justificada la contratación de personal en misión por parte de la entidad.

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 el recurso de apelación interpuesto por la vocera 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 el juzgador de primer grado al no tener por acreditado el contrato de trabajo del accionante con la entidad demandada, como lo alega la apelante y, por ende, hay lugar a elevar condena por las pretensiones de la demanda.

Inicialmente, dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada, como empresa industrial y comercial del Estado del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, como se definió inicialmente en la Ley 1151 de 2007 y, luego se modificó para organizarla como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo conforme lo establecido en el Decreto 4121 de 2011; se colige que las personas que le prestan sus servicios, por regla general, son trabajadores oficiales, salvo aquellos que laboren en actividades de dirección o confianza señaladas en los estatutos, que son empleados públicos, conforme el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968; por tanto, al no encontrarse el actor dentro de la excepción legal, pues no desempeñaban labores de dirección o confianza; de probarse que se desatendió la reglamentación de las empresas de servicios temporales, se tendría a éste como trabajador de la entidad demandada en su condición de usuaria de la EST, que le daría la connotación de trabajador oficial y su vinculación por contrato de trabajo, regido por el Decreto 2127 de 1945.

En el presente asunto, no se desconoce por las partes, que el accionante estuvo prestando sus servicios como trabajador en misión en la demandada Colpensiones, en el período comprendido entre el 19 de junio de 2015 y el 31 de marzo de 2017; vinculado mediante tres contratos de trabajo por duración de la obra o labor determinada, con las empresas de servicios temporales *Activos S.A.*, entre el 19 de junio de 2015 y el 31 de enero de 2016; del 1° de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017; y con *Misión Temporal Ltda.* del 1° de febrero al 31 de marzo de 2017, cuando presentó carta de renuncia; como se colige de la contestación de la demanda (fls.117 a 145 PDF 02 y 3 a 34 PDF 03) y se corrobora entre otras documentales, con: las CERTIFICACIONES LABORALES de la empresa *ACTIVOS S.A.*, en la que se hace constar los contratos del actor, por el término que dure la obra o

labor, del 19 de junio de 2015 al 30 de enero de 2016, con una asignación promedio de \$3.698.485 y, del 1° de febrero de 2016 y el 31 de enero de 2016, prestando sus servicios en la empresa usuaria COLPENSIONES, con un salario promedio de \$3.985.857 y la de MISION TEMPORAL, en la que se certifica el tiempo laborado como Profesional II, con contrato laboral de tipo LABOR CONTRATADA, asignado a la empresa usuaria COLPENSIONES, entre el 1° de febrero y el 31 de marzo de 2017. (fls. 47 a 51 PDF 01); con la carta de 26 de enero de 2016, de la Gerente de recurso humanos de ACTIVOS S.A., con la que se le comunica al demandante que la labor para la cual fue contratado, finaliza el 30 de enero de 2016, (fl. 38 ídem) ; el CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO DE TRABAJADOR EN MISIÓN POR EL TÉRMINO QUE DURE LA OBRA O LABOR, suscrito entre el demandante y la empresa ACTIVOS S.A., celebrado para desempeñarse como PROFESIONAL II a partir del 1 de febrero de 2016, en misión para COLPENSIONES, con una asignación mensual de \$3.698.485 (fls.35, 41 íbidem); la misiva de enero de 2017, referenciada “...Finalización del contrato de trabajo por terminación de la obra o labor contratada...”, a través de la cual la representante legal de ACTIVOS S.A., le comunica que el contrato comercial No. 005 de suministro de personal temporal con COLPENSIONES “...y donde Usted se encuentra asignado (a) en misión, conforme lo estipulado en el contrato de trabajo, finalizará el próximo 31 de enero de 2017 y no habrá prórroga del mismo en razón a la finalización de los requerimientos de la usuaria. Es importante resalta que todas las actividades temporales contratadas por el usuario han finalizado por así informarlo el cliente desde el inicio de la vinculación contractual...” (fl.33 íbidem); el CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR LA DURACIÓN DE UNA OBRA O LABOR DETERMINADA, suscrito con MISIÓN TEMPORAL, para prestar sus servicios a partir del 1 de febrero de 2017 como PROFESIONAL II, en la empresa usuaria COLPENSIONES, con un salario básico de \$3.985.857 (fls. 52 a 56 ídem) y; con la comunicación de 30 de marzo de 2017, dirigida a MISIÓN TEMPORAL LTDA., con asunto “....Renuncia al cargo como trabajador en misión PROFESIONAL II –Condición resolutoria tácita del contrato laboral – ejecución de buena fe del contrato laboral-...”, mediante la cual el demandante comunica que su último día laborado será el 31 de marzo de 2017, en el cargo PROFESIONAL II de la empresa usuaria ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, renuncia que señala “...es consecuencia del desconocimiento sistemático de mis derechos laborales mínimos e irrenunciables...”, indicando que lleva 651 laborando en Colpensiones “...en el mismo cargo y desempeñando las mismas funciones del personal de planta sin que le sean reconocidos los derechos y prerrogativas que a ellos

se les otorga, refiere las funciones que ha venido desempeñando y que no media ninguna causal justificativa del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006 para la ejecución del contrato como trabajador en misión...” (fls. 36 y 37 ídem), entre otras documentales militantes en el expediente.

Igualmente, obran los convenios en virtud de los cuales fue remitido el accionante a la entidad demandada a prestar sus servicios, así: CONTRATO DE TRABAJADORES EN MISION No. 042 CELEBRADO ENTRE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ACTIVOS S.A., de 27 de marzo de 2015, cuyo objeto es “...Suministrar a ... COLPENSIONES trabajadores en misión en el número, con las calidades y los requerimientos específicos exigidos por la misma, para atender el alto volumen de la demanda del servicio y de operaciones en la Administración del Régimen de Prima Media y labores ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazar personal en vacaciones, en licencia por solicitud propia, incapacidad por enfermedad o licencia por maternidad, en jornadas de tiempo completo, por turnos de ser necesario y de manera exclusiva, en las dependencia de COLPENSIONES...”, con un plazo inicial hasta el 30 de junio de 2016 (fls. 158 a 180 PDF 03), con varias modificaciones a través de OTROSI, el No. 01, sobre el alcance y especificaciones técnicas respecto al número de trabajadores en misión -1950 trabajadores en misión-; el No. 02 sobre el plazo de ejecución y el valor del contrato, para prorrogarlo del 31 de agosto al 31 de diciembre de 2015; el No. 03 y el 04 para adicionar el valor inicial del contrato y; el No. 05 para prorrogar el contrato hasta el 31 de enero de 2016; de fechas 26 de mayo, 14 de agosto, 23 de octubre, 30 de noviembre y 18 de diciembre de 2015 (fls. 181 a 196 PDF 03).

El convenio No. 005 celebrado entre COLPENSIONES y ACTIVOS S.A., el 28 de enero de 2016, con el mismo objeto del anterior, el suministro de trabajadores en misión para atender el alto volumen de la demanda de servicios y de operaciones en la Administración del Régimen de Prima Media (fls. 66 a 89 PDF 05); con varias modificaciones a través de OTROSI No. 01, sobre la forma de pago de contrato, “...en el sentido de modificar el reconocimiento de los gastos de manutención diarios a los trabajadores en misión...”, de fecha 20 de abril de 2016; los No. 02, 03, 04, 05 respecto al alcance y especificaciones técnicas del bien o servicio, el plazo de ejecución hasta el 31 de enero de 2017 y el valor del contrato, de fechas 30 de junio, 29 de agosto, 30 de septiembre y 30 de diciembre de 2016 (fls. 90 a 112 PDF 03).

Y, el CONTRATO DE TRABAJADORES EN MISION No. 042 CELEBRADO ENTRE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y MISIÓN TEMPORAL LTDA., el 31 de enero de 2017 con el mismo objeto, el suministro de trabajadores en misión “...para apoyar la atención de la demanda del servicio que impone el incremento de la producción, y desarrollar labores ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazar personal en vacaciones, en licencias por solicitud propia, incapacidad por enfermedad o licencia de maternidad, en jornada de tiempo completo por turnos de ser necesario y de manera exclusiva en las dependencias de ... Colpensiones...” y un plazo inicial de 10 meses, iniciado el 1° de febrero de 2017 (fls. 352 a 382 PDF 03), con varias modificaciones a través de OTROSI No. 01, sobre la forma de pago de contrato, “...en el sentido de modificar el reconocimiento de los gastos de manutención diarios a los trabajadores en misión...”, de fecha 20 de abril de 2016; los No. 02, 03, 04, 05 respecto al alcance y especificaciones técnicas del bien o servicio, el plazo de ejecución hasta el 31 de enero de 2017 y el valor del contrato, de fechas 30 de junio, 29 de agosto, 30 de septiembre y 30 de diciembre de 2016 (fls. 91 a 112 PDF 03).

Para la parte actora, en la decisión recurrida se desconoció la normatividad que rige la contratación de trabajadores en misión, y que en su sentir convierte a la aquí demandada, como usuaria de los servicios contratados con las empresas de servicios temporales, en la verdadera empleadora del accionante.

El juzgador de primer grado, sostuvo que no se daban los presupuestos legales para declarar el contrato de trabajo en los términos peticionados, razonando: “...En este escenario, considera el despacho que no es dable deducir la existencia de un único contrato de trabajo en el marco de una única relación laboral sin solución de continuidad con Colpensiones que la erija como el verdadero empleador del accionante y a las empresas de servicios temporales como simples intermediarias, pues no se observa que se esté actuando por fuera del marco legal que regula la materia, tal como lo precisa la CSJ en sentencia del 22 de febrero de 2006, 25717, téngase en cuenta que no puede señalarse que la contratación haya superado el término de 6 meses prorrogables por 6 meses más en cada uno de los contratos acreditados en el informativo; pues la contratación en forma temporal se verificó con las EST distintas una de la otra, sin que se haya desnaturalizado la labor accidental o transitoria que ejecutó el actor como trabajador en misión, además de la modalidad de duración de obra o labor para la cual fue contratada que era precisamente por esos incrementos de la actividad generada en la empresa usuaria Colpensiones, en acatamiento de disposiciones inicialmente de la Corte Constitucional y que encuentra el despacho que se razonable para esos efectos.- Ahora bien, si bien es cierto, entiende el despacho que los términos que establece la ley 50 de 1990, de un año como limitación para las actividades eminente temporales o para los picos eventuales de producción, cabe anotar que el ordenamiento legal no podía prever dentro de ese contexto que existieran

actividades que fueran temporales y que pudieran exceder de ese término de un año, como lo ese precisamente lo acontecido excepcionalmente en relación con el ISS, con el represamiento de solicitudes que efectivamente se generó, y digamos con la situación de estado de cosas inconstitucional en la que se vio afectada o inmersa Colpensiones luego de su creación, y que implicó pues necesariamente que de alguna manera esa actividad o ese pico de productividad o incremento de la producción pues no fuera solo de un año, sino que fuera superior y es por ello que se ameritaba dentro de ese contexto la contratación a través, entre otras cosas de EST; siendo pertinente señalar que en todo caso las modificaciones de plantas de personal pues implican un desgaste administrativo y también requerimientos de personal de la empresa que para el momento histórico que se encontraba Colpensiones, pues se entiende este operador judicial que era difícil adelantar, pues dado los requerimientos técnicos, estudios de cargas de trabajo y otros sin número de procedimientos y trámites que se deben cumplir y que frenarían de alguna manera o que impediría atender los requerimientos de una manera más ágil y pues se encontró que esta alternativa que encuentra el despacho era perfectamente razonable dentro de ese momento y contexto histórico de vinculación del actor. Cabe anotar entonces, que inicialmente entiende el despacho una vinculación del 19 de junio del año 2015 al 31 de enero del año 2016, que duró 7 meses y 12 días, nada garantizaba que dentro de ese escenario la empresa Activos S.A. pudiera ser vinculada nuevamente con Colpensiones para el suministro de trabajadores en misión, pero ello efectivamente aconteció y ello dio precisamente lugar a que hubiera una renovación del contrato comercial y una nueva contratación mejor no una renovación, que implicaba una nueva contratación del personal en misión que aconteció entre el 1 de febrero del año 2016 y el 31 de enero del año 2017, cumplido el lapso señalado para la contratación, pues otra empresa de servicios temporales habría pues ganado el proceso de selección correspondiente y es por ello que es vinculado el trabajador a una empresa diferente, sin que sea reprochable en el entendido de este operador judicial, que se haya vinculado al demandante a la nueva empresa que iba a prestar los servicios correspondientes en la medida en que uno pues ello garantiza que no se pierda el conocimiento adquirido por el personal antiguo o por persona que ya vienen desarrollando la labor correspondiente y en todo caso la nueva empresa es libre de contratar o no a las personas que considere necesarias para cumplir esa finalidad, sin que se vea en el informativo que Colpensiones haya hecho alguna exigencia puntual en relación con que debiera la nueva empresa de servicios temporales, contratar a los trabajadores que venían en la empresa de servicios temporales anterior, en consecuencia no es ello un factor determinante para deducir una violación o vulneración al ordenamiento legal. - En este escenario, pues evidentemente considera el despacho que no se cumplen los presupuestos legales para deducir la existencia de una única vinculación contractual laboral del incoante de la acción, directamente con Colpensiones, por vulneración de los términos legalmente establecidos para la vinculación de trabajadores en misión; sumado a que en todo caso, y en gracia de discusión hubiera acontecido de esa manera, pues el primer vínculo o las primeras vinculaciones hasta antes de pasarse del año, pues necesariamente deberían entenderse regidas por contratos de trabajo con EST y solo a partir del año inmediatamente siguiente en adelante, podría surgir un vínculo contractual directo con el usuario, lo que implicaría la existencia de dos vinculaciones contractuales laborales con dos personas jurídicas diferentes que impedirían la declaratoria de una única relación en la forma pretendida en el libelo introductorio, lo que implicaría

necesariamente de la misma manera el despacho adverso de la súplicas que se encuentran cimentadas en la existencia de una única vinculación contractual laboral...".

Respecto a las *Empresas de Servicios Temporales*, el ejercicio de su actividad se encuentra regulado en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, reglamentados por los Decreto 1707 de 1991 y 4369 de 2006, normatividad que la define, así como al "*usuario*" de los servicios de ésta, clasifica el personal vinculado a ella, prevé los casos para su contratación, entre otros aspectos, considerándola como "*...aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene respecto de éstas el carácter de empleador...*"; **determinando su contratación en aquellos casos o eventos:** "*...1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo. - 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. - 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más...*" - Arts. 77 Ley 50 de 1990 y 6° Decreto 4369 de 2006-; previniéndose en el párrafo de la última norma citada "*...Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio...*".

Ahora, revisados los contratos celebrados por la demandada con las empresas de servicios temporales, esto es el No. 042 de 27 de marzo de 2015, el 005 de 28 de enero de 2016 suscritos con Activos S.A., y el 042 de 31 de enero de 2017 con Misión Temporal Ltda.; se advierte básicamente, que el objeto de los mismos es para atender el *alto volumen de la demanda del servicio y de operaciones en la administración del Régimen de Prima Media*; circunstancia que en principio permite considerar que la contratación con las EST se ajusta a las previsiones legales, pues su contratación se orientó a atender incrementos en la producción de Colpensiones, con contratos independientes entre sí, al igual que los suscritos con el aquí accionante.

Para ello la accionada señaló como necesidad y conveniencia de la contratación con EST, el cumplimiento entre otros, de los Autos 110 y 320 de 2013 y Autos 130 y 259 de 2014 emanados de la Corte Constitucional, para lograr los plazos dispuestos por esa Corporación para superar el Estado de Cosas Inconstitucionales que se evidenció en la transición que se presentó entre el Instituto de Seguros Sociales y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, donde se le ordenó a ésta “...tomar las medidas necesarias para asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad sea suficiente para cumplir con el “plan de acción para corregir el atraso estructural del régimen de prima media” y las metas fijadas a 31 de diciembre de 2013...”; precisando que, aunque tal situación se fue superando y con sentencia T-774 de 2015, notificada en el año 2016, “...se resolvió declarar superado el Estado de Cosas Inconstitucionales en la transición del Instituto de Seguros Sociales y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, verificado a partir del Auto 110 del 5 de junio de 2013, no obstante la Corte constató que subsistían escenarios que si bien no reunían las condiciones para continuar la intervención mediante la figura del estado de cosas inconstitucionales si necesitan seguimiento y controles de conformidad con “sus atribuciones ordinarias en materia de protección de derechos fundamentales”; adicionalmente impartió nuevas órdenes a la entidad que de manera específica se traducen en la necesidad de contar con personal capacitado para atender temporalmente las metas fijadas por esa Corporación, siendo esta circunstancia la que habilita la vinculación de personal en misión...”; por lo que “...hasta tanto no culmine el proceso de fortalecimiento Institucional orientado hacia la reestructuración de la entidad, la permanencia del personal misional permite el cumplimiento sin retrocesos de las ordenes actualmente vigentes y de proceso continuo contenidas en la sentencia T-774 de 2015, las cuales son objeto de seguimiento y verificación por la Corte Constitucional a fin de evitar la repetición de las circunstancias que dieron origen a la infracción masiva de derechos fundamentales...”; (pronunciamiento pretensión 1ª, fl. 117 y 118 PDF 02).

No obstante, la jurisprudencia legal ha considerado que “...las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios...” (Sent. CSJ SL 467-2019, traída a colación en la SL4330-2020, radicación 83692 de 21 de octubre de 2020).

Adicionalmente, respecto al contenido y alcance del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y de contera del apartado 6° del Decreto 4369 de 2006, atinente a los límites cronológicos de la contratación de trabajadores en misión, la máxima Corporación

de cierre de la justicia ordinaria, sostuvo que no es factible para constatar si la EST y la empresa usuaria se sujetan a la normatividad regulatoria frente a la contabilización de los términos establecidos, en el evento de pluralidad de contratos, hacerse solo con referencia a cada de los mismos, sin hacer la sumatoria de la totalidad del tiempo servido en misión por el trabajador en todos los vínculos con la empresa usuaria; porque de lo contrario, ello vulnera dicho mandato legal, quebranta la legalidad y la legitimidad de ese nexo laboral y, trae como consecuencia que se considere a la usuaria como el verdadero y directo empleador del trabajador. Sobre este específico punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1170 -2017, radicación No. 45951 de 25 de enero de 2017, sostuvo:

“(...) Y acontece que no puede la Sala aceptar una intelección de la normativa en comento, como la consignada por el tribunal en la sentencia gravada con el recurso extraordinario, porque deviniendo en indiscutible que la actora suscribió tres (3) contratos laborales con la empresa de servicios temporales demandada, para trabajar en misión en el banco demandado, entre el 1º de agosto de 2000 y el 30 de julio de 2001, así como entre el 1º de agosto y el 30 de diciembre de 2001 y, finalmente, entre el 30 de diciembre de 2001 y el 29 de abril de 2002, en realidad, sumados, como corresponde, los tiempos de los tres (3) contratos laborales sucesivos citados, la trabajadora sí laboró más de un año en misión en el Banco del Estado, violándose de esa manera el mandato protector que la jurisprudencia ha explicado tienen los artículos 77 numeral 3 de la Ley 50 de 1990, y 13 numeral 3 del Decreto 24 de 1998.

En efecto, contrario al alcance que el tribunal dio en su sentencia a la normativa citada, cumplido el plazo legal de seis (6) meses, más la prórroga que autoriza el parágrafo del artículo 13 del Decreto 24 de 1998, el banco usuario no podía prorrogar el contrato inicial, ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales, para la prestación del servicio a cargo de la demandante, pues al exceder los precisos términos de temporalidad establecidos por el legislador, socavó la legalidad y la legitimidad de esa forma de vinculación laboral de aquella, convirtiéndose en su verdadero y directo empleador.

De la anterior manera explicó esta Sala de la Corte el tema del límite cronológico de la vinculación de trabajadores en misión y de las consecuencias de su transgresión, en la SL 17025-2016, radicación 47977, del 16 de noviembre de 2016, debiéndose recordar que tanto la normativa que se viene comentando, como la jurisprudencia, procuran salvaguardar el trabajo permanente y evitar que el trabajo en misión, a través de empresas de servicios temporales, sea utilizado de manera abusiva por empleadores que pretendan implementarlo para realizar actividades que están por fuera de los específicos supuestos de hecho de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990....”

Bajo ese contexto, se advierte errada la conclusión del a quo, al señalar que no se superó el término legal en la contratación del accionante, cuando consideró: *“...no puede señalarse que la contratación haya superado el término de 6 meses prorrogables por 6 meses más en cada uno de los contratos acreditados en el informativo; pues la contratación en forma temporal se verificó con las EST distintas una de la otra, sin que se haya desnaturalizado la labor accidental o transitoria que ejecutó el actor como trabajador en misión, además de la modalidad de duración de obra*

o labor para la cual fue contratada que era precisamente por esos incrementos de la actividad generada en la empresa usuaria Colpensiones, en acatamiento de disposiciones inicialmente de la Corte Constitucional y que encuentra el despacho que se razonable para esos efectos...”; téngase en cuenta que el demandante estuvo prestando sus servicios en forma continua, entre el 19 de junio de 2015 y el 31 de marzo de 2017, esto es por espacio de 1 año, 9 meses y 12 días; tiempo superior al legalmente permitido respecto de las EST, como se ha venido sosteniendo; ya que el hecho que hubiere sido a través de 3 contratos con diferentes EST, no permite inferir que no se estaba desconociendo la temporalidad determinada legalmente.

Y es que no se desconoce que la entidad accionada estaba atravesando por una difícil situación como administradora del régimen de prima media con prestación definida que se estableció a partir de su creación –art- 155 Ley 1151 de 2007, al asumir el represamiento que traía el Instituto de Seguros Sociales frente a las diferentes peticiones y solicitudes de los afiliados sobre reconocimiento de sus derechos pensionales, que le impuso el artículo 3° del Decreto 2011 de 2012-; y que llevó a la Corte Constitucional a declarar un estado de cosas Inconstitucionales en relación con la transición entre el ISS y Colpensiones frente a la represa de esas solicitudes y peticiones que no habían sido decididas en oportunidad y, le ordenó a ésta, tomar las medidas necesaria para superar dicha situación; medidas en las que bien se podía acudir, como lo hizo, a la contratación de empresas temporales de servicios; no obstante dicha orden no conllevaba el desconocimiento de la reglamentación legal que existe respecto de esa clase de vinculación; ya que como lo ha considerado la jurisprudencia legal, no es viable hacer uso de esa figura cuando se supera el término de los 6 meses prorrogables por otros 6, ni para cubrir necesidades que por extenderse en el tiempo dejan de ser transitorias y se convierten en permanentes, como lo consideró la Corte Suprema de Justicia, al señalar en sentencia citada anteriormente SL4330-2020, radicación 83692 de 21 de octubre de 2020, lo siguiente:

(...) Como no se discute que el FNA no demostró un incremento en los servicios que presta en los términos del numeral 3.º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y aún si los hubiese acreditado, de todas formas superó el término de 6 meses prorrogable por otros 6, el Tribunal no erró al calificar los servicios contratados como continuos de la empresa usuaria. No sobra agregar que el juzgador válidamente podía catalogar el servicio como permanente por las dos vías en que lo hizo: (1) Cuando el servicio, en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua. En este caso, simplemente

no puede acudir al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. De allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST, pues, se repite, la necesidad empresarial en sí misma no es transitoria.

(2) Cuando a pesar de que obedece a una situación extraordinaria (p.e. incremento en los servicios), satisfacerlo demanda un tiempo superior a 1 año, en cuyo caso, para el legislador, la necesidad equivale a su permanencia. Es decir, después del periodo máximo previsto en la ley se considera que la necesidad empresarial, debido a su duración, deja de ser ocasional y pasa a considerarse permanente. En línea con lo anterior, y como en este caso el requerimiento del FNA no podía ser contratado a través de una EST, tampoco erró el Tribunal al considerar defraudatoria esta negociación y reputarlo como verdadero empleador y a la EST como solidariamente responsable...”.

En ese orden de cosas, no hay duda alguna que se presentó irregularidad en la vinculación del actor a través de las empresas de servicios temporales, ya que se desfiguró la finalidad de esta clase de vinculación, cual es la de satisfacer una necesidad excepcional y temporal a través de un tercero; ya que se infringió el límite previsto en el párrafo del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006, actualmente compilado en el artículo mencionado 2.2.6.5.2. del Decreto 1072 de 2015, según el cual si cumplido el plazo de 6 meses más la prórroga, la causa originaria de la actividad subsiste en la empresa usuaria, no puede prorrogarse el contrato ni celebrarse uno nuevo con otra EST, porque si ello llegase a ocurrir la empresa usuaria se convierte en el verdadero empleador y la EST pasa a ser una intermediaria por abusar del derecho, como ocurrió en el presente asunto. En ese sentido, se declarará la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, del 19 de junio de 2015 al 31 de marzo de 2017 entre el demandante y la accionada; en virtud de lo cual se revocará la decisión de instancia que arribó a conclusión diferente.

Como quiera que se declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, se verifica a continuación si hay lugar a acceder a las demás pretensiones de la demanda; no obstante, como la pasiva formuló la **excepción de prescripción** se analizará si hay lugar a declarar o no la misma.

Dicha figura jurídica, aplicable a los trabajadores oficiales conforme lo dispuesto en los artículos 151 del CPTSS, 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969; está consagrada, al igual que en el sector privado, por el

término de 3 años, el cual es susceptible de ser interrumpido por una vez por el mismo lapso inicial.

Al plenario se acompañó comunicación recibida por la entidad demandada el "01/03/2019", referenciada "...reclamación administrativa artículo 6°..." del CPTSS (fl. 39, 40, 43 a 46 PDF 02), entendiéndose que con la misma se interrumpió la prescripción, término el cual vuelve a contarse nuevamente cuando la entidad dio respuesta con carta de 1° de abril de 2019 (fls. 163 a 172 PDF 02) -Artículo 6° del CPTSS, modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001)

Dado que la demanda se presentó en la misma fecha en que se agotó la reclamación (01/04/2019), es decir que no transcurrieron 3 años, el término prescriptivo se debe contabilizar desde esa calenda hacia atrás, y en razón a ello, se declarará probada parcialmente la figura jurídica analizada, sobre los derechos susceptibles de extinguirse por esta vía, causados antes del **1° de abril de 2016**.

Precisado lo anterior, se observa que el accionante solicita, se declare que le correspondía como remuneración o salario lo devengado por un PROFESIONAL SENIOR GRADO 04, atendiendo los principios de *igualdad y a trabajo igual salario igual*; por consiguiente que se condene a **diferencias salariales, prestacionales** y por **compensación de vacaciones**; toda vez que desarrolló idénticas funciones a las de dicho cargo, durante todo el tiempo laborado, que consistieron en la sustanciación de actos administrativos (resoluciones) que resolvían las diversas solicitudes y reconocimiento y reliquidación pensional presentadas por los pensionados y afiliados de la accionada, y que desde el 12 de mayo de 2015 puso en conocimiento de la entidad que reunía los requisitos para desempeñar dicho cargo (hechos 16 a 18 de la subsanación de la demanda, fl. 68 PDF 02); supuestos fácticos que fueron negados por la accionada, sosteniendo que el actor no desempeñaba las mismas funciones del trabajador oficial, ya que las funciones de éste iban dirigidas a "...sustanciar las solicitudes de prestaciones económicas en todas las instancias (primera decisión, recursos de reposición y apelación, revocatoria directa, queja, nuevo estudio, cumplimiento de sentencias) radicadas en Colpensiones o las trasladadas en la represa del ISS en liquidación", por lo que no existe ningún trabajador dentro de la planta de la entidad, que lleve a cabo esas funciones

específicas de acuerdo a los manuales de funciones de la entidad...”, aunado a que considera que no se indica “...con cual trabajador de planta se debe nivelar; pues debe entenderse que Colpensiones tiene varios cargos que cuentan con grado y código, por lo que hace imposible para el juez, aplicar el principio de a trabajo igual salario igual, ya que, como es claro el artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo, sujeta su aplicación a la existencia de unas funciones, jornadas de trabajo y condiciones de eficiencia iguales...”, y que además de dichas consideraciones “...el demandante no contaba con los requisitos establecidos por la entidad para acceder a todos los grados del profesional senior 04, tal y como consta en el manual de funciones que se allega en comparación con la hoja de vida del señor Arango...” (fls. 14 y 15 PDF 03).

La Jurisprudencia laboral ha enseñado que la aplicación del principio enunciado por la parte actora - *a trabajo igual salario igual*-, no es automática, sino que cada caso concreto debe analizarse con el fin de establecer si existen razones objetivas para que se dé la diferencia salarial entre trabajadores que en apariencia desempeñan el mismo cargo, así lo dejó sentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de mayo de 2005, radicado No. 24312, al señalar: “...De modo que por no ser de aplicación automática el precepto “a trabajo igual salario igual”, es que debe determinarse en cada caso particular y concreto, si los cargos con funciones idénticas, son desempeñados por trabajadores que se encuentran en un mismo plano de igualdad en cuanto a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta, es decir, su antigüedad, así como su nivel profesional o académico, entre otras...”. Ahora, en providencia del 26 de noviembre de 2014, radicado No. 45830, la misma Corporación señaló que para la aplicación del aludido principio de “a trabajo igual, salario igual”, deben concurrir tres criterios comparativos, dos de tipo objetivo y uno de tipo subjetivo, al manifestar: “...De lo estatuido en el artículo 143 del CST se deriva que dos trabajos se consideran iguales cuando también son iguales el “puesto”, la jornada y las condiciones de eficiencia de quienes los desempeñan; en tal caso el salario deberá ser igual. Se deriva también de ese precepto que dos trabajadores pueden recibir salarios diferentes, cuando no hagan el mismo trabajo, en puesto, jornada y condiciones de eficiencia. Es decir, la citada norma contempla tres criterios (*tertium comparationis*) que deben cumplirse para que dos trabajadores se consideren iguales y reciban la misma retribución: dos de tipo objetivo (puesto y jornada) y uno subjetivo (condiciones de eficiencia). Si uno solo de esos elementos es distinto, justificará una diferencia retributiva entre ambos trabajadores, pues, en tal hipótesis, sus trabajos no se considerarán iguales...”

En el presente asunto no hay lugar a acceder al pedimento del accionante, como quiera que no quedo fehacientemente acreditado que aquel realizara

funciones de PROFESIONAL SENIOR GRADO 04, dado que no es lo probado en el proceso. Téngase en cuenta que el propósito del cargo era “...Organizar, articular, diseñar, formular, implementar, controlar y hacer seguimiento a los planes, programas y proyectos del área en que se desempeña, así como implementar y hacer seguimiento a los procesos y procedimientos de la misma, en el marco de las normas, políticas y lineamientos institucionales...”, cuyas funciones generales contenidas en el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de los cargos de Planta de Personal de Trabajadores Oficiales de la accionada (fls. 198 y ss. PDF 02), según Resolución No. 0524 de 2015 del 9 de noviembre de 2015, modificada por los actos administrativos Nos. 0532 del siguiente 13 de mismo mes y año, y No. VTH 02613 de 4 de mayo de 2016 (fls. 192 a 197, 203 y 204 ídem); eran entre otras: 1) verificar información para elaborar indicadores de seguimiento y desempeño institucional, 2) realizar estudios previos y especificaciones técnicas de contratos comerciales, 3) preparar metodologías y manuales de procesos y procedimientos de la entidad; las que no ejecutaba el demandante según lo admitido en el interrogatorio de parte, y que corresponden a tres de las veintidós funciones enlistadas para el cargo aludido –PROFESIONAL SENIOR GRADO 04-.

Adviértase, que conforme lo certificado por las EST, las funciones desarrolladas por el demandante, consistían en: “...sustanciar las solicitudes de prestaciones económicas en todas las instancias (primera decisión, recursos de reposición, apelación, revocatoria directa, queja, nuevo estudio, cumplimiento de sentencias) radicadas en Colpensiones o las trasladadas en la repesa del ISS en liquidación; contestar derechos de petición; atender las tutelas en todas sus instancias; realizar los informes que se requieran; apoyar los procesos de control de calidad cuando sean requeridos; y las demás asignadas por su jefe inmediato...” (fls. 154 a 156 PDF 02).

Actividades que confirmó la testigo Pilar Rosario Ruíz Castaño, vinculada a la demandada como Profesional Senior 3103, quien fue Jefe del demandante, en calidad de Coordinadora o Jefe de Grupo “...Mi grupo era el grupo interno de trabajo 4 y tenía a cargo a más de 80 personas incluidas David Stevens...”, dijo que aquel era “...un analista, era sustanciador...”, “...debía revisar los expedientes, revisar requisitos, revisar historia laboral revisar todos los requerimientos internos que tuviera el caso, posteriormente ingresar toda la información al sistema de nosotros que se llama cromasofts revisada y posteriormente liquidación, requisitos y generar el acto administrativo...”, que básicamente la función era “...sustanciar y proferir actos administrativos...”; expuso que si había personal de planta que realiza las mismas

funciones que el demandante, “...los funcionarios de planta todos estábamos con nuestros cargos diferentes, habían profesionales senior 2,3,4 habían master haciendo las mismas funciones que los analistas de misión pero los de misión sólo tenían un cargo que era sustanciador...”; que la diferencia entre uno y otro personal –de planta y en misión- era que a pesar que tenían asignada la misma meta, en cantidad diaria, el personal de planta se iba cumpliendo horario pero no meta, mientras “...la persona de misión tenía que quedarse hasta terminar su meta...”; que los trabajadores oficiales “...de acuerdo al manual de funciones teníamos muchas funciones, tenemos muchas funciones como trabajadores oficiales dentro del manual de funciones, pero las de sustanciar eran las mismas para todo el grupo...”.

La testigo Claudia Johana Noriega Gómez, aseveró haber laborado en la entidad demandada, entre los años 2013 a 2018, y adelantar proceso contra ésta, estuvo vinculada a través de “...Activos y a la temporal Adeco y Misión Temporal...”; que conoció al accionante “...lo conocí cuando era revisora en Colpensiones él era analista de uno de los grupos que estaba bajo mi supervisión en un grupo de alto riesgo, exactamente no recuerdo la fecha precisa porque hubo muchas rotaciones en el personal que teníamos asignado como sustanciador eso fue entre el año 2016 hasta el 2018...”, “...Yo era la supervisora, la revisora de los actos administrativos que el proyectaba razón por la cual me consta que él estaba siendo abogado sustanciador en la agencia de reconocimiento, se dedicaba a proyectar, sustanciar, liquidar los actos administrativos que tenía en reparto, en ese momento estábamos reconociendo las prestaciones de alto riesgo que era un tipo de prestación especial para la cual crearon un grupo y se desempeñó como abogado sustanciador del área y estaba bajo mi supervisión...”; que laboraban a la par personal de planta y en misión “...o sea nosotros no teníamos distinción alguna si era vinculado o si era en misión el procedimiento era el mismo...”; que la diferencia era que “...como trabajadores oficiales ellos sabían que tenían que cumplir un horario, sabían que tenían unas garantías entonces en los momentos que no terminaban la meta podían simplemente retirarse y al otro día terminaban su meta, nosotros en varias oportunidades teníamos la exigencia de cumplir y dejar la bandeja en 0 siempre con la amenaza de que no nos iban a renovar el contrato...”.

La deponente Adriana Estefany Rocha Tovar, precisó que laboró en la accionada “...alrededor de 2 años por medio de obra o labor, por medio de dos empresas temporales, Activos S.A. y Coltempora S.A...”, que conoció al demandante “...a mediados del año 2015 cuando llego a trabajar en la misma sede en la que yo trabajaba prestando obra o labor con Colpensiones...”, que aquel “...conforme a lo que yo recuerdo durante el tiempo en que yo estuve el siempre presto las labores de abogado sustanciador...”, “...éramos un grupo muy grande de abogados sustanciadores, si no estoy mal lo que siempre decían es que la gerencia nacional de reconocimiento

contaba alrededor de mil personas trabajando por qué pues era el área más grande de la entidad...”, que el trabajo se desarrollaba “...en ese momento era por grupos de trabajo, de coordinación eran grupos alrededor de unas 30 personas por lo menos el mío era más o menos esa cantidad entre abogados sustanciadores y abogados revisores y un coordinador así se organizaban los grupos...”; que los grupos de trabajo tenían diferencia “...por temáticas, pero no todos habían mucho que manejábamos día a día que era lo que se radicaba a diario en los puntos de atención al ciudadano, otros grupos manejaban temas de procuraduría, por ejemplo se trabajaba en el 8° piso y habían temas como más relevantes porque habían requerimientos de entes de control, otros grupos trabajaban cumplimiento de tutelas, entonces iba simplemente discriminado de acuerdo como a la temática, pero consistía en sustanciar actos administrativos de reconocimiento de prestaciones...”; manifestó en cuanto a diferencia entre personal de planta y en misión “...digamos que yo reitero que no había como tal diferencias en cuanto a funciones como tal por el tipo de vinculación sino había diferencias en cuanto al cargo el cual estaba el trabajador entonces había funciones para los abogados analistas que eran los sustanciadores pero habían tanto de planta como se obra o labor, al igual que el abogado revisor había de planta o de obra o labor y los coordinadores tengo entendido que si todos eran de planta...”; precisó que “...No, no había diferencia en las funciones, las funciones iban de acuerdo al cargo que se manejaba dentro de Colpensiones...”.

Y, el testigo Héctor Alberto Bedoya Moreno, labora en Colpensiones en el cargo de Profesional Master código 320 grado 08, que sus funciones “...desde que ingrese a Colpensiones he estado asignado tanto a la vicepresidencia de talento humano como a la gerencia de talento humano hoy en día gestión de talento humano y he apoyado la estructuración o la realización de estudios previos para los procesos de selección de contratistas para atender las necesidades que tiene Colpensiones en los diferentes temas de talento humano, por ejemplo los contratos para la selección de empresas de servicios temporales o la selección de profesionales que apoyen en temas de carácter laboral o tanto colectivo o individual a Colpensiones así como contratos para la elaboración de estudios técnicos de estructura, planta de personal...”; precisó que no conoce al demandante; sostuvo que para la contratación con las EST se hace un estudio previo que recoge las necesidades y conveniencias que tenía la entidad para la contratación, de conformidad con las diferentes órdenes que en su momento fue generando la Corte Constitucional por el estado de cosas inconstitucionales e incluso órdenes posteriores que “...en esa medida en tanto se generaban nuevas necesidades para suscribir nuevos contratos. pues se hacía el proceso de selección de contratista...”; para la contratación de las EST, se especifican necesidades, perfiles “...en sus requisitos y en la actividad misma que va a desarrollar el trabajador en misión al contenido que tiene el manual de competencias de Colpensiones en sus funciones, una requisición tendrá 6 o 7 actividades que deberá

cumplir el trabajador en misión en cambio un manual de funciones dependiendo del nivel, del código y el grado del cargo, si puede tener fácilmente 30 actividades generales y otras 30 o 40 actividades específicas, precisamente por qué la naturaleza del cargo del trabajador oficial amerita el cumplimiento de muchas más actividades que tiene un trabajador en misión que es remitido a Colpensiones en atención a una necesidad puntual y para hacer una actividad particular...”.

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 es factible colegir, como se indicó líneas atrás, que el demandante desarrollara las funciones del PROFESIONAL SENIOR GRADO O4 y por ende, debía recibir la remuneración asignada a ese cargo; en primer lugar porque como ya se expuso, las funciones ejecutadas por éste conforme lo certificado por quienes actuaban como sus empleadoras -las EST-, difieren de aquellas relacionadas en el Manual de funciones del cargo allegado al plenario; y en segundo término, de la prueba testimonial se advierte que si bien las tres testigos iniciales refirieron que no había diferencia entre las funciones que desempeñaban los trabajadores en misión a aquellos de planta, no dieron cuenta del cargo de éstos últimos, para considerar como erradamente lo hace el demandante, que aquellos desempeñaban el cargo que éste refiere y que por tanto, ejecutaban las mismas funciones.

Obsérvese, a manera de ejemplo que la testigo Pilar Rosario Ruíz Castaño, empleada de planta de Colpensiones, dijo que desempeñaba el cargo de PROFESIONAL SENIOR 3103, siendo su función la de Coordinadora del grupo interno de trabajo al que pertenecía el demandante, es decir era jefe del grupo y del accionante; por lo que, aunque la descripción del cargo que ahora reclama el demandante fuere la misma –Profesional Senior- no es factible considerar que ejecutaba las mismas funciones que éste, nótese incluso, que conforme a la jerarquía referida por esa deponente “...La cabeza era la gerencia luego seguía la dirección posteriormente seguíamos nosotros los coordinadores, luego analistas, revisor y en últimas estaban los asistentes de todos...”; evidenciándose que ni siquiera estaban en las mismas línea o que fueren pares, dado que, según la declarante el accionante “...trabajaba como analista para una empresa en misión a cargo de Colpensiones...”, por eso la testigo refirió que había sido la jefe de éste.

Bajo ese contexto, no es factible considerar, se reitera, que efectiva y realmente el actor realizaba las funciones que competían a un PROFESIONAL SENIOR GRADO 04, como quiera que no hay medio de convicción alguno que lleve a tal certeza; de atenderse lo señalado por la prueba testimonial en el sentido que tanto personal de planta como en misión desarrollaban las mismas funciones y tenían las mismas metas, que eran las de proferir actos administrativos en un número diario determinado; no se demostró, se repite, que el cargo de los primeros mencionados fuere aquel al que se quiere equiparar el demandante; ya que conforme el manual de funciones de dicho cargo, éstas diferían bastante, recordemos que el deponente Bedoya Moreno, indicó que la requisición u orden para contratar a las EST solo contenía de acuerdo a las necesidades de la entidad, las actividades precisas que debía desarrollar el trabajador en misión, que variaban de aquellas asignadas al trabajador de planta *“...una requisición tendrá 6 o 7 actividades que deberá cumplir el trabajador en misión en cambio un manual de funciones dependiendo del nivel, del código y el grado del cargo, si puede tener fácilmente 30 actividades generales y otras 30 o 40 actividades específicas, precisamente por qué la naturaleza del cargo del trabajador oficial amerita el cumplimiento de muchas más actividades que tiene un trabajador en misión que es remitido a Colpensiones en atención a una necesidad puntual y para hacer una actividad particular...”*.

Además, en gracia de discusión, también se puede advertir que las funciones no se desempeñaban en igualdad de condiciones, téngase en cuenta que las deponentes aluden que, aunque había cumplimiento de horario por parte del personal de planta no así de metas, ya que estos se iban a la hora fijada como de salida, así no hubieran cumplido el número de actos administrativos que les habían asignado, lo que no era permitido al trabajador en misión; coligiéndose de tal situación, que tampoco era viable considerar que las labores se ejecutan en igualdad de condiciones, siendo éste un referente o parámetro para determinar la aplicabilidad del principio que reclama el actor de *a trabajo igual salario igual*; dado que no se daban tales condiciones.

En ese orden de cosas, no hay lugar a acceder a la pretensión del demandante en cuanto a que su asignación debía ser aquella del cargo de PROFESIONAL SENIOR GRADO 04; por tanto, como el actor admitió que durante y a la finalización de los contratos que celebró, le fue reconocido el salario, las

prestaciones sociales y la compensación de vacaciones; no surge procedente elevar condena alguna por las diferencias reclamada con base en la remuneración de dicho cargo.

De otra parte, reclama el accionante lo correspondiente a primas de servicios, de vacaciones, de navidad, beneficio salarial por año de servicios, el auxilio de recreación vacacional, la bonificación salarial por servicios prestados, sosteniendo que tales acreencias les eran reconocidas a los trabajadores oficiales de la entidad demandada, pero que ni ésta ni las EST, le otorgaron a él tales beneficios durante la vigencia de nexo laboral.

En lo que respecta al reconocimiento de la **prima de servicios** y la **bonificación por servicios prestados** no proceden en este caso, pues dichos emolumentos laborales se encuentra regulado por el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 como factor salarial de los empleados públicos, y no como prestación social a favor de los trabajadores oficiales que presten sus servicios a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y así lo ha determinado la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias del 9 de agosto de 2006, radicación 25717 y SL6380 del 20 de mayo de 2015 radicación 42921, por ende, al no existir consagración legal de dichas acreencias a favor de estos servidores públicos, se absolverá a la accionada de las mismas.

Y es que si bien, al pretenderse la bonificación salarial por servicios prestados, se indica que la misma se encuentra “...consagrada en el artículo 10 de los acuerdos parciales alcanzados en la etapa de arreglo directo del pliego de condiciones presentado por SINTRACOLPEN el día 23 de julio de 2015...” (hecho 23 de la reforma de la demanda, fl. 68 PDF 02), no se acompañaron los citados acuerdos parciales que contuvieran tal reconocimiento, tampoco se acreditó que el actor se encontrara afiliado a dicho ente sindical y por ende, era beneficiario de las prerrogativas que se encontraran consagradas para ellos, o que, dichos acuerdos se aplicaran al demandante por extensión, al equipararse los mismos a la convención, en los términos del 471 del CST.

En lo que atañe al **auxilio de recreación vacacional**, corre la misma suerte de las anteriores acreencias, habida consideración que tampoco existe consagración legal de éste en favor de los trabajadores oficiales; y no se acompañó el pacto colectivo de 13 de junio de 2012, que se señala en el hecho 21 (fl. 68 PDF 02), es el que consagra dicha prerrogativa, como tampoco se acreditó que el demandante se hubiere adherido al mismo para ser beneficiario de éste, dado que no se encontraba afiliado a la organización sindical que opera en la accionada; por lo que se absolverá a la pasiva al respecto.

Frente a las **primas de vacaciones** y de **navidad**, se encuentran consagradas para los trabajadores oficiales en el Decreto Ley 1045 de 1978, la primera “...será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio...” (Art. 25), acreencia que no se pierde por el hecho de retirarse del servicio conforme el artículo 30 del citado Decreto y cuya prescripción se da en los mismos términos del derecho a las vacaciones, según el apartado 31 *Ibidem*, que remite al artículo 23 de dicho Decreto. Y, la prima de navidad en el artículo 32 *ídem*, que equivale a un mes de salario que corresponda al cargo desempeñado, pagadera en la primera quincena del mes de diciembre, o por fracción cuando se hubiere laborado por un tiempo inferior a un año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, liquidado con el último salario devengado o el promedio mensual, si el salario fue variable.

Respecto a la prima navidad, como quiera que quedó acreditado que al actor se le reconoció y pagó por prima de servicios, en el mes de diciembre del año 2016 \$1.992.929 (fl. 32 PDF 02) y en la liquidación final del contrato \$664.310 (fl. 10 PDF 02), acreencia que, como se indicó, no se encuentra establecida para los trabajadores oficiales; bien podría considerarse que corresponde a la prima de navidad del año 2016 y la fracción de 2017, período no prescrito, por tanto, se tendrá dicho quantum como un pagó parcial de la misma.

En ese orden, efectuadas las operaciones respectivas, le corresponde al demandante por prima de vacaciones, la suma de \$3.554.055.82, liquidada con el último salario pactado en el contrato celebrado con Misión Temporal Ltda., de

\$3.985.857,00 (fl. 52 PDF 01). Por prima de navidad el total de \$2.085.605,49, discriminada así: para el año 2016 (\$1.255.219,17) liquidada con un salario de - \$3.698.485- por 10 doceavas partes, tiempo no prescrito y teniendo en cuenta además de la asignación mensual la prima de vacaciones, menos el valor reconocido al trabajador (\$3.248.148.17 - \$1.992.929); y para el 2017 (\$830.386.32), con el último salario -\$3.985.857,00- por 4 doceavas y la prima de vacaciones menos el valor reconocido (\$1.494.696.32 - \$664.310) ; valores a los que se condenará a la parte pasiva.

Del beneficio salarial por año de servicios: Se indica como fundamento legal del mismo, el artículo 2° del Acuerdo 078 de 2014 a los trabajadores de la accionada. Dicha norma *“Por la cual se establece la escala salarial única, unos beneficios unilaterales para todos los trabajadores oficiales de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y se dictan otras disposiciones”*, consagra en el precepto en cita que dicho beneficio equivale a 15 días de remuneración básica mensual, que se pagará en la siguiente proporción: *“... - El sesenta por ciento (60%) del Beneficio Salarial por Año de Servicio se pagará por su vinculación a COLPENSIONES. – El cuarenta por ciento (40%) del Beneficio Salarial por Año de Servicios se pagará de acuerdo con los resultados de productividad obtenidos por el cumplimiento de las metas institucionales durante el año inmediatamente anterior. – El Beneficio Salarial por Año de Servicios, se pagará siempre y cuando el trabajador a treinta (30) de junio de cada año haya laborado en la entidad un año completo. Cuando a 30 de junio de cada año el trabajador no haya laborado el año completo, tendrá derecho al pago del Beneficio Salarial por Año de Servicios en forma proporcional al número de meses completos laborados, siempre que hubiere prestado sus servicios a la Empresa por un término no inferior a seis (6 meses). El 40% del pago estará sujeto al cumplimiento de las metas institucionales establecidas...”*.

En el presente caso, no se acreditó que se hubiere cumplido con las metas institucionales para los años en que prestó servicios el demandante, para acceder al 100% del aludido beneficio, carga de la prueba que competía al actor conforme lo señalado en los artículos 167 del CGP y 1757 del CC-; por lo que se liquidará el 60% por la vinculación a la entidad, como lo refiere la norma transcrita.

En ese orden, al haber laborado el actor 1 año, 9 meses y 12 días, tiene derecho en forma proporcional al número de meses completos laborados; es decir a la suma total de \$2.006.363.32, discriminada en \$1.109.545.50, por el primer año

de servicios, liquidada con el salario del año 2016, y \$ 896.817.82, por los 9 meses completos restantes de labores, con el último salario; valor al que se condenará a la demandada.

Así mismo, se pretende en la demanda **la indemnización por terminación del contrato**, contemplado en el artículo 64 del CST, norma que no resulta aplicable en el presente asunto, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la condición de servidor público que adquiere el accionante, al haber quedado acreditado el vínculo de carácter laboral con la convocada al proceso, sino las normas que rigen a ésta clase de servidores.

La jurisprudencia tiene adoctrinado en materia laboral, que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato, que los hechos endilgados en la comunicación ocurrieron, que fueron puestos al conocimiento del empleador y que los mismos constituyen justas causas para dar por terminado el nexo laboral.

Es así como, en comunicación de 30 de marzo de 2017, dirigida por el demandante a Misión Temporal Ltda., con Asunto: “...Renuncia al cargo de trabajador en misión PROFESIONAL II – condición resolutoria tácita del contrato laboral – ejecución de buena fe del contrato laboral...” (fls. 36 y 37 PDF 01), señala el trabajador:

“(...) Informo por medio de la presente que mi último día laborado será el 31 de marzo de 2017 en el cargo PROFESIONAL II de la empresa usuaria ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-. Mi decisión de renunciar es consecuencia del desconocimiento sistemático de mis derechos laborales mínimos e irrenunciables.

Explico mi decisión indicando que a la fecha llevo 651 días laborando al servicio de Colpensiones en el mismo cargo y desempeñando las mismas funciones del personal de planta de esta entidad sin que se me reconozcan los mismos derechos y prerrogativas que a los trabajadores oficiales. He adelantado una reclamación ante la entidad usuaria mediante radicado 2017_2314375 fechado el 3 de marzo de 2017 sin que a la fecha de presentación de mi renuncia se haya dado respuesta alguna. En otras palabras, se ha constituido un silencio administrativo negativo y la reclamación de mis derechos laborales ha sido resuelta de manera desfavorable.

Ya que actualmente llevo más de un año como abogado analista de la gerencia nacional de reconocimiento y mi labor de sustanciador de actos administrativos se identifica plenamente con el objeto social de COLPENSIONES –reconocimiento de prestaciones económicas-, y no media ninguna de las causales justificantes del artículo 6 del decreto 4369 de 2006 para ejecutar el contrato de misión, considero que realmente estoy ante una simple intermediación laboral por parte de su empresa, que implica la vulneración directa y sistemática de mis derechos de acuerdo a la ley laboral colombiana.

Así las cosas, preveo que mis derechos laborales seguirán siendo desconocidos por parte de COLPENSIONES y la empresa de servicios temporales de turno (ACTIVOS S.A., MISION TEMPORAL LTDA., etc.), razón por la cual me retiro del cargo que desempeño actualmente invocando los artículos 55 y subsiguientes del código sustantivo laboral colombiano...”

Bajo ese contexto, por lo precisado anteriormente, no es factible colegir que el actor demostró la ocurrencia de los hechos en los que sustentó su decisión de renunciar y por ende, no se puede concluir que la desvinculación obedeció a un despido atribuible al demandado Colpensiones. No sobra precisar, que si bien el trabajador dirigió su carta de renuncia a la EST, quien se determinó fungió como intermediario en su contratación, se entiende que lo hacía a su directo empleador la entidad aquí demandada.

Sostiene el actor que la misma -la renuncia- tiene génesis en que no se le reconocieron los mismos derechos y prerrogativas de un trabajador de planta, situación que como se analizó líneas atrás no logró demostrar, esto es, que efectivamente hubiera desempeñado las funciones del cargo de trabajador oficial con el que pretendía se le remunerara, para tener por demostrado dicho supuesto fáctico.

Nótese además que como lo admitió en el interrogatorio de parte, se le reconoció por parte de quienes ostentaban su condición de empleadoras en vigencia del nexo laboral, las acreencias y emolumentos propios de la clase de vinculación que celebró y que permitió la prestación de sus servicios a la entidad demandada, bajo la normatividad que lo regía y que en esa oportunidad entendía la administradora accionada le era aplicable y de la que el accionante tenía pleno conocimiento; tan es así, que incluso la renuncia la presentó ante la empresa con la que celebró contrato en febrero de 2017 y no directamente a la demandada Colpensiones.

Ahora, tampoco el hecho de no recibir respuesta a la reclamación que aduce presentó ante la usuaria, permite colegir incumplimiento alguno de obligaciones obrero – patronales, que sería el evento en el cual se podría pretender una justa causa de terminación del contrato; lo advertido de ello, es la inconformidad o

malestar del demandante frente a dicha situación, que en ninguna medida pueden ser considerada como motivante para el rompimiento del nexo contractual dirigido a la empresa temporal.

En ese orden de cosas, al no quedar acreditada la ocurrencia de supuestos invocados que puedan considerarse como justas causas de terminación del contrato imputable al demandado; no hay lugar a la condena deprecada.

Igualmente, se reclama la **sanción por no consignación de las cesantías**, respecto de la cual debe precisarse que es la indemnización consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, y su aplicación se orienta a los trabajadores del sector privado, más no a los trabajadores oficiales –connotación del demandante-, como lo ha sostenido la Corporación de cierre de la justicia ordinaria en innumerables pronunciamientos, como en las sentencias SL416-2021 Rad. 72504, SL3849-2020, SL5520-2019, SL981 -2019, SL705-2013 y CSJ SL, 7 nov. 2012, rad. 39533, entre otras; en virtud de lo cual, se negará la pretensión.

Asimismo, se pretende la **sanción moratoria** contemplada en el artículo 65 del CST, acreencia que para el sector oficial se encuentra prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que sustituyó el apartado 52 del Decreto 2127 de 1945. Sobre dicha sanción, la jurisprudencia ordinaria laboral enseña que, para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador moroso, con el fin de establecer si su actuar se encuentra revestido o no, de buena fe, en razón a que la sola deuda objetiva de las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo a su terminación, no le dan prosperidad.

En otras palabras, si de las circunstancias fácticas se establece que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello a los derechos laborales de quien reclama, la conclusión es que debe ser absuelto por estos conceptos, toda vez que la existencia de una verdadera relación laboral no trae como consecuencia fatal la imposición de estas sanciones, si no se analiza primero el elemento subjetivo de la conducta omisiva del deudor, con miras a determinar si

las razones que expone son atendibles o justificativas para obrar como lo hizo, sin importar si estas puedan ser consideradas o no, como correctas.

Lo importante es que las razones expuestas por el empleador puedan ser consideradas como atendibles de tal manera que razonablemente lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel “...obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...”, sin que, por alguna razón, la mala fe pueda presumirse en su contra

En el presente asunto, se considera que si bien se declaró el contrato de trabajo con la entidad demandada, no se advierte que su conducta estuviere alejada de la buena fe, recordemos que actuaba bajo el pleno convencimiento que no existía vínculo directo con ella, ya que la contratación del accionante inicialmente se dio a través de una figura legalmente aceptada como lo es la del trabajador en misión; a la cual se acudió en cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional al declarar el estado de cosas inconstitucionales, quien al evidenciar en la transición del Instituto de Seguros Sociales en liquidación a Colpensiones, un represamiento de solicitudes, peticiones y reconocimientos de acreencias pensionales del régimen de prima media con prestación definida; dispuso que la entidad adoptara un plan de acción para corregir la situación relacionada con ese atraso estructural.

Ordenes que, como lo señala la entidad en los HECHOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, “...suponía la ejecución de una acción de carácter eminentemente transitorio, en tanto que lo que se buscaba era dar trámite al cúmulo de expedientes que se encontraban en curso para la época en que se dispuso la liquidación del ISS y la creación de Colpensiones...”; por lo que “...ante la imposibilidad de ampliar la planta de personal con la inmediatez que la situación exige, Colpensiones se vio en la necesidad de contratar personal en misión. Con este propósito, se celebraron varios contratos de servicios con empresas de servicios temporales...”; dado que la permanencia del personal misional le permite el cumplimiento sin retrocesos de las órdenes impartidas por la alta Corporación Constitucional a fin de evitar la repetición de las circunstancias que dieron origen a la infracción masiva de derechos

fundamentales, y así quedar al día con las solicitudes debido al desborde que existió (fls. 134 y ss. PDF 02).

Aunado a lo anterior, también se advierte que, la estructura organizacional y planta de personal no era suficiente para atender el represamiento presentado, lo que conllevó a la contratación de empresas de servicios temporales, para contar con personal capacitado que atendiera temporalmente las metas fijadas por la Corte; dado que solo con la expedición por parte del Gobierno Nacional del Decreto 309 de 24 de febrero de 2017, se modificó la planta de personal con la creación de cargos nuevos de trabajadores oficiales (numeral 18, Hechos y Razones de la Defensa, fol. 137 PDF 02).

Entonces, si bien con esta decisión se evidenció una situación irregular en la contratación del demandante, no se observa que hubiere sido con el ánimo de querer vulnerar y socavar los derechos de éste; sino por las circunstancias excepcionales ante el represamiento de solicitudes relacionadas con el reconocimiento y trámite de acreencias pensionales que debió asumir la demandada ante la extinción de la entidad que venía conociendo de las mismas el ISS, que llevó a la Corte Constitucional a intervenir declarando el estado de cosas inconstitucionales y convocar a la demandada a su pronta solución dentro de un ejercicio de control y vigilancia; aunado a que las EST le reconocieron durante y a la terminación de los vínculos, el salario y prestaciones causadas; circunstancias de la que se deduce buena fe pues de ellas se deriva que no hubo el propósito de disminuir o burlar los derechos económicos del trabajador, siendo factible liberar a la entidad accionada la de la indemnización analizada.

Como quiera que no hubo condena por sanción moratoria, y ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, atendiendo las directrices jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la CSJ (Sent. SL359 y SL859 de 2021), se condenará al demandado a reconocer las sumas objeto de condena debidamente indexadas, con base en los IPC certificados por el DANE, tomando como índice inicial el de la fecha en que terminó el contrato y como final el de la fecha en que efectivamente se haga el pago.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, debiendo revocarse la decisión en los términos referidos, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Como salió avante el recurso, se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandada (numeral 4, art. 365 CGP). Fijese como agencias en derecho, la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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 la sentencia proferida el 8 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario de Primera Instancia promovido por **DAVID STIVENS ARANGO JARAMILLO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, que la absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra y le impuso costas a la parte actora; para en su lugar **DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante en su condición de trabajador oficial y la accionada en calidad de empleador, entre el 19 de junio de 2015 y el 31 de marzo de 2017, acorde a lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción.

TERCERO En consecuencia, **CONDENAR** a la entidad demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** pagar al accionante **DAVID STIVENS ARANGO JARAMILLO**, las siguientes sumas de dinero, debidamente indexadas, por los conceptos que a continuación se relacionan: \$3.554.055.82 por prima de vacaciones, \$2.085.605.49 por prima de navidad y,

\$2.006.363.32 por beneficio salarial por año de servicio, conforme a la parte considerativa de esta decisión.

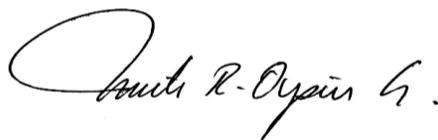
CUARTO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte demandada. Fíjese la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, como agencias en derecho.

QUINTO: 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 GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



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 CARLOS ALBERTO FELIZZOLA QUIÑONES contra DRUMMOND LTD Radicación No. 11001-31-05-027-**2019-00032**-01.

Bogotá D. C. treinta y uno (31) 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; se emite la presente sentencia 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 la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2020.

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

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra DRUMMOND LTD con el fin que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de septiembre de 1995 hasta el 25 de abril de 2017; que la cláusula de trabajador de dirección y confianza establecida en el contrato de trabajo del demandante es ineficaz; que el porcentaje del 15% del salario pactado en el otosí al contrato de trabajo, suscrito el 28 de julio de 2003, para cubrir recargos nocturnos, dominicales y festivos en el desarrollo de su labor, es inferior a lo realmente laborado en el trabajo suplementario. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a reliquidar y pagar todos los salarios devengados durante la relación laboral, las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y prima extralegal de vacaciones incluyendo las horas extras diurnas, nocturnas, recargos nocturnos, dominicales y festivos. Así mismo, se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignación del valor real de las cesantías durante la vigencia del vínculo laboral; el pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, que se indexen todas las sumas de

dinero a la fecha del pago. Se condene de acuerdo con las facultades ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que estuvo vinculado con la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de septiembre de 1995 al 25 de abril de 2017; que inició como auxiliar de tren y luego fue promovido a “AYUDANTE DE MAQUINISTA”, cargo en el que se incluyó una cláusula de trabajador de dirección, confianza y manejo al señalar “*EL TRABAJADOR se obliga personalmente, con el carácter de exclusividad, durante todos los días de la semana a prestarle sus servicios al EMPLEADOR, en el desempeño propio de las funciones propias de su oficio como ayudante de maquinista, cargo que dado su nombre, naturaleza y funciones, es sin lugar a dudas un cargo de dirección, manejo y confianza...*”. Aduce que en el contrato de trabajo se pactó que el 15% del salario corresponde a los recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos, pero que “*sumado todo es (sic) trabajo suplementario, es superior al \$1.020.831 que corresponde al 15% del último salario del demandante, lo cual es de pleno conocimiento por parte de DRUMMOND LTD*”. Señala que no poseía una gran responsabilidad dentro de la estructura administrativa de la demandada, no tenía poder de mando ni jerarquía respecto de los demás trabajadores, tampoco poder disciplinario y no era representante de Drummond frente a terceros. Aduce que el horario en patios era por turnos de 12 horas, iniciando a las 7:00 am hasta las 7:00 pm durante 7 días, descansaba 3 días, e iniciaba el otro turno de 7: 00 pm a 7:00 am durante 7 días, descansaba 4 días y volvía al turno anterior. Señala que “*el horario de turnos descritos anteriormente no correspondía a la realidad laboral del demandante en razón a que hace turnos de más de 12 horas y hasta 24 horas corridas*” que “*podía iniciar turno a las 7:00 am en puerto, salir en el tren a las 9:00, llegar a la mina a las 4:00 pm, queda en turno en la mina hasta por 8 horas que se cargue el tren, sale nuevamente de la mina a las 12:00 de la noche a (sic) antes llegando a puerto a las 7:00 am entrega turno y se va a descansar a su casa. El demandante entraba a turno nuevamente el mismo día a las 4:00 pm a otro turno de 24 horas seguidas como se indicó anteriormente y así durante 7 días*”. Indica que hacía su registro de entrada a trabajar a DRUMMOND LTD y de salida electrónicamente a través del carné. La demandada nunca le liquidó ni pagó el trabajo suplementario. Señala que en la convención colectiva de trabajo Drummond Ltd, suscrita con SINTRADRUMOND y AGRETRITENES 2013-2016 se encuentra pactado en el artículo 50 que “*A partir del (sic) abril 1 de 2004 para efectos de la remuneración del día dominical y festivo y recargo nocturno, la Empresa aplicará los recargos establecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002*”. Manifiesta que es afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la empresa Drummond Ltd.-SINTRADRUMMOND; que el 23 de mayo de 2018 radicó en la empresa reclamación de pago de derechos laborales; que la demandada miente al manifestar que “*no tienen registro de ingreso y egreso de los trabajadores a sus instalaciones, porque el ingreso se registra electrónicamente en el carnet a la llegada al trabajo y a la salida del mismo, igualmente queda*

registrado electrónicamente”, y que “cuando le toca tomar un tren por fuera del puerto o de la mina, se encuentra dentro de las instalaciones de DRUMMOND LTD y de allí lo llevan en transporte que suministra la empresa”.

- 3.** La demanda se presentó el 15 de enero de 2019 (PDF 05), siendo admitida por auto del 28 de marzo del mismo año, ordenándose la notificación personal de la demandada (PDF 06), diligencia que se llevó a cabo el 18 de septiembre de 2019 (PDF 07).
- 4.** Drummond contestó el 4 de octubre de 2019, oponiéndose a las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la existencia del vínculo laboral y los extremos de este, así como el salario señalado en la demanda. Adujo que “*la naturaleza, funciones y responsabilidades del cargo son (...) de dirección y confianza para la compañía*”, pues “*el demandante tiene a su cargo y bajo su responsabilidad a la Tripulación dispuesta para el transporte del carbón. Además, es el encargado del transporte y custodia del carbón, es decir de la materia e insumos para el desarrollo del objeto social de mi representada. Sumado al hecho que tiene bajo su cargo y responsabilidad el tren con el cual ejecuta sus labores, el cual tiene su avalúo multimillonario y una importancia vital para la compañía, máxime cuando el valor de lo que se transporta bajo su responsabilidad se traduce en millones de dólares diarios*”. Adujo que si bien el cargo desempeñado por el actor no implica la toma de decisiones intelectuales para la compañía, sí implica su representación, “*pues es el tripulante quien al tener permiso para desempeñar este cargo, representa a la Empresa frente a las Autoridades y demás empresas ferroviarias, pues es quien está presente en las vías Ferreras (sic) y quien tiene la capacidad para tomar las decisiones que el transporte del carbón impongan*”. Indicó que no es cierto que el trabajador tenía una jornada de 12 horas 7 días a la semana, aclarando que “*debido a que las funciones desarrolladas por el señor Felizzola están directamente relacionadas con la operación ferroviaria, que implica el manejo de trenes en diferentes frecuencias y horarios dictados por la capacidad y restricciones de la vía férrea, la compañía maneja una jornada indicativa para tales cargos, conforme lo establecido en el Reglamento interno de trabajo, cuyo promedio no excede de 48 horas semanas, distribuidas en los días laborales*”. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe de la parte actora, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la genérica. (PDF 10).
- 5.** La Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, con auto del 25 de febrero de 2020, resolvió tener por contestada la demanda y señaló como fecha para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 22 de mayo de 2020 (PDF 12), diligencia que no se llevó a cabo como consecuencia del aislamiento obligatorio y la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, reprogramándose para el 29 de septiembre de 2020, la cual se hizo y se señaló el 22 de octubre del mismo año, para

realizar la audiencia de tramite y juzgamiento, en la que se dispuso su continuación para el 24 de noviembre de 2020 (pág. 2.362 PDF 13).

6. La Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, negó las pretensiones de la demanda, y en ese orden, absolvió a la demandada y condenó en costas al demandante, tasándose las agencias en derecho en \$1.000.000 (PDF 17).
7. Inconforme con lo decidido, la parte demandante apeló así: *“El trabajo de ayudante de maquinista que ejerció el demandante Carlos Felizzola Quiñones hasta abril del año 2017, no se compadece con la definición de un trabajador de manejo y confianza dentro del organigrama de la empresa, entendiendo este como aquel trabajador que por su cargo y por las funciones que presta, tiene una gran responsabilidad dentro de la estructura administrativa de la misma, en cuanto poseen mando y jerarquía frente a los demás empleados. Del mismo modo, no se equipara los conceptos en cuestión con lo reglado dentro del compendio de normas y reglas que otorga Drummond Ltd a sus trabajadores, entre ellos el reglamento interno de trabajo. El demandante no es trabajador de dirección y confianza de Drummond porque no cumple con la representación del patrono frente a los demás trabajadores de la empresa por no enmarcarse en lo señalado en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo por el oficio que ellos desempeñan como ayudante de maquinista, además de no poseer mando y jerarquía frente a los demás trabajadores de la empresa, lo cual nunca tuvo mientras estuvo vinculado a la misma hasta abril del año 2017. Los empleados de dirección y confianza son todos aquellos que se encuentran bajo un nivel especial de responsabilidad o de mando por su jerarquía dentro de la empresa, desempeñan cargos encaminados al cumplimiento de las funciones orientadas a representar al empleador, por lo tanto, de forma equivocada no se puede considerar como empleado de dirección y confianza a un trabajador que no desempeña funciones de tal naturaleza y que no ostenta facultades de este tipo, como lo fue el cargo de ayudante de maquinista ocupado por el demandante. En ese orden de ideas, no se puede considerar un operario como lo fue el señor Felizzola como ayudante de maquinista como empleado de dirección y confianza cuando éstos en la realidad no tiene facultades para tomar decisiones dentro de la empresa o para dar órdenes a los demás empleados. Es importante, que para Drummond tener presente que en la figura de la dirección y confianza prima la naturaleza de funciones sobre lo estipulado en el contrato de trabajo. El demandante nunca tuvo un grado de responsabilidad dentro de la estructura administrativa de Drummond para ser tratado como tal, el demandante nunca tuvo ningún poder de mando y jerarquía dentro de los demás trabajadores de la empresa del área de transporte, departamento de ferrocarriles, dependencia de operaciones de trenes al cual pertenece, ya que quienes actúan bajo esa causal de dirección y confianza tiene la posibilidad de cumplir con funciones del empleador, por lo tanto, no puede fundamentar un cumplimiento con el reglamento interno de trabajo de Drummond, ya que el demandante en ningún momento cumplió funciones manifiestas dentro del mismo. Es más, ni siquiera el demandante tenía poder de mando dentro de la tripulación, no tenía ningún poder frente al maquinista, no tenían ningún poder disciplinario frente al mismo ni frente a ningún trabajador de la empresa. El demandante como ayudante de maquinista, tenía como función la revisión de la locomotora de tren. También tenía como función*

la elaboración y ejecución de maniobras dentro de sus funciones como ayudante de maquinista también estuvo la de la manipulación de los cambiavías. De la misma manera, tenía como función en calidad de ayudante de maquinista, la ubicación de góndolas para cargue y descargue, de ejercer como ayudante de maquinista. La función de comunicaciones, inspección de trenes y del buen funcionamiento y reportes de fallas. El maquinista y el ayudante de maquinista recibían órdenes e instrucciones al iniciar la zona de despacho de trenes por parte de los supervisores. Posteriormente se ponía a disposición del supervisor de patios, quienes indican a donde van a tomar el tren que van a llevar, ya sea la mina o de la mina al puerto. El ayudante de maquinista dentro de sus funciones también ejercía o hacía la presentación del tren de Fenoco, pero eso tampoco le da la calidad de un trabajador de manejo y confianza, toda vez que la presentación del tren frente a Fenoco, no es más que informar a la torre de control de Fenoco, el tipo de tren que iba a salir, el número de locomotoras, el número de góndolas e igualmente, quién era la tripulación que iba a entrar a ese tren. Es importante, traer en este punto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 22 de abril del 61, Gaceta Judicial 2239, que respecto de los trabajadores de manejo y confianza los definió así, según lo ha expresado esta Sala de la Corte y el extinguido Tribunal del Trabajo en reiteradas decisiones, los directores, agentes, administradores y los demás que el artículo 32 indica constituye ejemplos puramente enunciativos de empleados que ejercen funciones de dirección o administración, los empleados de esta categoría se distinguen porque ocupa una especial posición jerárquica en la empresa con facultades disciplinarias y de mando, no están en función simplemente ejecutivas, inorgánica y coordinativa, con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa están dotados de determinado poder discrecional, de autodecisión y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central”, características que nunca cumplió el reclamante al desempeñarse como ayudante de maquinista en Drummond. Igualmente, en la sentencia del 19 de julio de 2006, radicado 24428, magistrado ponente Carlos Isaac Nader se manifestó lo siguiente “para la Corte de las reseñadas funciones no es dable concluir que el cargo desempeñado por la trabajadora demandante reuniera con claridad las características que identifican a los cargos de dirección, confianza y manejo, que exigen honradez, rectitud y especiales, lo que indica que el empleador deposita en el trabajador un grado especial de confianza distinto al exigido a cualquier otro trabajador, en tanto, aquellas labores comprometen de manera importante de los intereses económicos de la empresa. En este caso, si bien el oficio desempeñado por el demandante tenía relación directa con el manejo de dinero, ello no es suficiente para catalogarla como trabajador de dirección, confianza y manejo, pues el grado de confianza que en ella deposita su empleadora no es el característico de este tipo de empleado, porque no fue de tal entidad que le permitiera, por ejemplo, darle a conocer la clave o combinación de la caja fuerte en la cual se guardaba por breves lapsos el dinero recolectado. Por lo tanto, nada de lo que allí dijo, permite razonablemente concluir que su función estuviese en la importancia en la organización de la empresa que le asigna la censura, pues el hecho de tener una posición jerárquica superior respecto de sus compañeros de labores, no significa que tuviese una posición jerárquica especial ni que tuviera funciones disciplinarias sobre el personal ordinario de trabajadores o que su rango fuera alto, características de los cargos de dirección, según la sentencia que la propia entidad impugnante cita en su apoyo”. Por lo tanto, teniendo en cuenta esto, las funciones que tuvo el demandante como ayudante de maquinista para ser catalogada dentro de un cargo de manejo y confianza y por el hecho de ir en una locomotora de un tren de carga que lleva carbón, no significa que dichas

funciones tengan que catalogarse como tal. Para eso fueron contratados precisamente, para ejercer la función de ayudante de maquinista y pues ir en el tren haciendo sus funciones como tal y en el evento que incumplieran con una de sus funciones, serían sancionados por Drummond, como en efecto pudo haber ocurrido u ocurre con otros trabajadores de la misma empresa, e igualmente ocurrió pues con otro tipo de trabajadores que en demandas similares a las aquí planteadas, el mismo Tribunal Superior de Bogotá ha desestimado la cláusula de trabajador de manejo y confianza, y ha dicho que significa, por ejemplo, en los casos de Irwin Hincapié, Efraín Esmeral Mier, que el mismo Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Casación Laboral, en casos igualitos al aquí planteado, ha dicho de que los cargos de maquinistas y ayudantes de maquinista no son de manejo y confianza por las razones expuestas y por sentencias similares a las que aquí se ha venido exponiendo. Ahora bien, en lo que respecta al tema de las acreencias laborales, en el evento pues de que se llegue a catalogar como se dijo en la sentencia que se está apelando, como trabajador de manejo y confianza, sí había lugar a la liquidación del trabajo suplementario, en este caso dominicales festivos y trabajo nocturno, que sería a lo mínimo que tendría derecho el demandante a que le hubieran liquidado durante la relación laboral por ser trabajador de manejo y confianza. El despacho, de oficio, solicitó a la empresa demandada que anexara los registros de horario del demandante. La demandada anexó unos registros de horario de trabajo en línea férrea como son las planillas de despacho de trenes, las cuales reposan dentro del expediente y que fueron anexadas por el despacho entre el período del 2 de enero del 2014 al 25 de abril de 2017, en las cuales se puede extraer de esas planillas el trabajo suplementario correspondiente a domingos festivos y trabajo nocturnos trabajados por el demandante durante ese período de tiempo, que anexó la demandada en esas planillas y así se demostró en la liquidación que se puso a disposición del despacho, la cual fue realizada por personal contratado por el demandante y donde se logró demostrar de que sí existe una diferencia de trabajo del pago del trabajo suplementario en esas etapas, es decir, domingo, festivos y trabajos nocturnos, cómo se expuso en los alegatos de conclusión y como quedó expuesto en memorial radicado al despacho el 17 de noviembre del año 2020, pues en pronunciamiento a la documental aportada por la demandada a petición del despacho, por lo tanto, no es que se trate de liquidaciones acomodaticias ni mucho menos, y hay que tener en cuenta que pues desde un inicio, desde la presentación de la demanda y como se expuso a lo largo del proceso, no es que no se haya querido hacer la correspondiente liquidación de ese trabajo suplementario, sino que Drummond se ha negado reiterativamente aportar el registro de los horarios del demandante para proceder a hacer la correspondiente liquidación y solamente hasta que el despacho de oficio lo solicitó, la demandada sí pudo aportar los horarios de trabajo en línea férrea durante un corto periodo de tiempo, teniendo en cuenta, pues todo el tiempo laborado colaborado. Por lo tanto, esos registros sí existen y si es posible hacer una liquidación de las acreencias laborales por el trabajo suplementario realizado por el demandante con base en la documental aportada”.

- 8.** Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 10 de febrero de 2021; 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 se pronunciaron.

El apoderado de la parte actora reiteró los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación; indicó que *“no se puede pretender que el señor FELIZZOLA QUIÑONES en ejercicio de su función de ayudante de maquinista hubiese sido un trabajador de dirección de (sic) y confianza, por el hecho de ir en una máquina pesada y costosa, como lo han pretendido hacer ver en la contestación de la demanda y los testimonios de la parte demandada de los señores, Javier Gómez Trespacios y Carlos Hurtado, lo que han pretendido es confundir al despacho, porque las funciones del ayudante de maquinista de tren no van mas allá de ser UN OPERARIO, NO ES MAS QUE ESO, para eso fue contratado, obviamente con la responsabilidad que ello implica, la pericia y conocimiento para la cual fue capacitado, cumpliendo el manual y normas de FENOCO cuando se está sobre las líneas de ellos que no es mas que el reglamento de tránsito de los ferrocarriles, y por ese hecho no se puede catalogar de manejo y confianza, y en el evento que suceda un incidente en ejercicio de sus funciones, le harán sus procesos internos disciplinarios”*. Por otra parte, indicó que *“revisado el listado aportado por DRUMMOND LTD, en los horarios que se registran en cada uno de los registros anexos en los que el demandante laboró en trenes en el período comprendido entre el 2 de enero del 2014 al 25 de abril de 2017, se procedió a realizar la correspondiente liquidación de las acreencias laborales adeudadas por el trabajo suplementario (horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos), elaborada por contador contratado por el demandante, la cual se anexó y se colocó a disposición del Despacho”*.

A su turno, el apoderado de la demandada adujo que es claro que la naturaleza de las funciones del ayudante de maquinista y operador de locomotora son calificados como de dirección y confianza, atendiendo a la gran responsabilidad que asume en ejercicio de sus funciones, siendo, por mandato expreso *“la máxima autoridad en el interior del tren”*. Adujo que *“debido a las funciones desarrolladas por el señor Felizzola están directamente relacionadas con la operación ferroviaria, que implica el manejo de trenes en diferentes frecuencias y horarios dictados por la capacidad y restricciones de la vía férrea, la compañía maneja una jornada indicativa para tales cargos, conforme lo establecido en el Reglamento interno de trabajo, cuyo promedio no excede de 48 horas semanales, distribuidas en los días laborales”*. Y que *“teniendo en cuenta, que las funciones desempeñadas por el demandante se ejecutan fuera de las instalaciones de la compañía, no existe evidencia ni de la hora de entrada ni de la hora de salida de este funcionario, y mucho menos de la existencia de trabajo suplementario alegado”*.

CONSIDERACIONES

Se estudian exclusivamente los puntos materia de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante la juez de primera instancia, pues el fallo del Tribunal tiene que estar en consonancia con estas materias, como lo preceptúa el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, sin que pueda extender su análisis a cuestiones diferentes de esas.

Sea lo primero resaltar que en el presente asunto no existe discusión acerca de que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de septiembre de 1995 al 25 de abril de 2017, tampoco el hecho que el cargo desempeñado por el actor a partir del 28 de julio de 2003 fue el de ayudante de maquinista y que devengó como último salario la suma de \$6.804.879.

De acuerdo con lo anterior, los problemas jurídicos que debe dilucidarse son: i) si el demandante desempeñaba un cargo de dirección y confianza en la empresa y, en consecuencia, si el otrosí celebrado el 28 de julio de 2003 entre Drummond y el demandante es ineficaz, respecto a la naturaleza del cargo de ayudante de maquinista. ii) Determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de trabajo suplementario por haber laborado extras diurnas, nocturnas, recargos nocturnos, dominicales y festivos; para lo cual se tendrá que revisar el material probatorio recaudado, y de ser así, analizar si hay lugar a las pretensiones de la demanda.

La a quo concluyó: *“Así las cosas, considera esta juzgadora que las funciones desempeñadas por el señor Carlos Alberto Felizzola Quiñones como ayudante de maquinista en la Drummond limitada, convalidaron plenamente el acuerdo de voluntades pactado en el otrosí suscrito por las partes el 28 de julio de 2003, en el que estipularon que el cargo del demandante sería uno de dirección, confianza y manejo. Lo anterior, toda vez que si bien el señor Felizzola Quiñones no ocupaba un cargo de director o gerente, así como tampoco tenía facultades disciplinarias ni de mando, lo cierto es que sus labores estaban reflejadas por el grado de confianza a él otorgadas por la empresa demandada, pues la Drummond al promover al demandante del cargo de ayudante de maquinista, le confió junto con el maquinista el manejo total del tren de carga, el cual transportaba más de 9.000 toneladas de carbón extraído de la mina, así como la responsabilidad de que dicha carga llegará de manera segura al puerto, por lo que no cabe duda que sí comprometía a los intereses económicos de la empresa demandada, máxima cuando dicho compromiso recaía en una tripulación conformada por el demandante y un maquinista, quienes debían estar al tanto del control total de las 3 locomotoras y los 150 vehículos cargados de carbón. Por lo anterior, no bastaba simplemente tener experiencia en el manejo de trenes para ser parte de la tripulación, sino que para que el demandante fuera promovido al cargo de ayudante de maquinista, previamente debió pasar por una serie de entrenamientos y exámenes teóricos y prácticos realizados no sólo por la empresa demandada, sino también por la encargada de las vías férreas nacionales, Fenoco, y así obtener una licencia otorgada por el Ministerio de Transporte. Asimismo, de la declaración de los señores Carlos Hernán Hurtado Cetina y Javier Alfredo Gómez Trespalacios, se advierte que el demandante debía tener las mismas facultades del maquinista para operar el tren por si se presentaban algunos percances, pues la tripulación está en la obligación de cuidarse mutuamente con el fin que el tren llegue de manera segura a su destino. Además, que era el señor Felizzola Quiñones, quien en representación de la Drummond mantenía el 90% de interacción con la torre de control de Fenoco. Así las cosas, y teniendo en cuenta que el cargo de ayudante de maquinista que ocupaba el demandante es un cargo de un grado especial de confianza otorgado por la*

Drummond, pues en él recae la responsabilidad del tren junto con la carga, comprometiendo de manera importante los intereses económicos de la empresa y que el señor Felizzola Quiñones representaba la empresa en la vía nacional, concluye el despacho que sí se acreditó la condición de dirección, confianza y manejo acordada por las partes respecto del cargo desempeñado por el demandante”.

La parte demandante en su recurso insiste en que el cargo de ayudante de maquinista que ejerció el actor no fue de un trabajador de manejo y confianza, tan es así que no tenía mando frente a los demás empleados ni respecto del maquinista, quien era el otro miembro de la tripulación. Adujo que si bien hacían la presentación del tren ante Fenoco, esto no era suficiente para concluir que fue representante de su empleador, no tenía la facultad de tomar decisiones dentro de la empresa, pues tanto él como el maquinista recibían órdenes e instrucciones al iniciar la zona de despacho de trenes por parte de los supervisores, quienes les indicaban a donde tenían que tomar el tren, ya sea del puerto a la mina o de la mina al puerto, y que el hecho de ir en una máquina pesada y costosa tampoco lo hacían un trabajador de manejo y confianza.

Frente a la calidad de trabajador de dirección manejo y confianza, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en señalar que no se adquiere por la sola estipulación, sino que depende de si las funciones asignadas al trabajador se adecúan a tal concepto, vale decir, que el único factor determinante radica en la realidad del cargo, en el contenido de este. Es así como las cláusulas que se pacten en tal sentido son en sí mismas, superfluas e inútiles y por ende ineficaces por su propia naturaleza. El trabajador de dirección confianza y manejo no es una condición que se adquiere en virtud de una cláusula, sino debido a la índole de sus funciones (CSJ SCL 14 de marzo de 1989, Rad.2.189).

Así mismo, se ha precisado que los cargos de dirección confianza y manejo no solo exigen características como honradez, rectitud y lealtad, sino que, además, comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa (CSJ SCL Rad. 24428-2006).

Ahora bien, tratándose de cargos que exigen un especial compromiso del trabajador y que imponen reserva, prudencia, y precaución, en efecto indican un específicas responsabilidades y cargas por parte del trabajador; no obstante, ha dicho la Corte que no necesariamente son características indicativas de que se trate de un trabajador de dirección confianza o manejo, pues ello tiene más relación con las condiciones en que se desempeña la labor, por el especial grado de compromiso, confianza y vinculación con los intereses

del empleador y el manejo de la empresa (CSJ SL38783-2011).

Sobre la noción de confianza se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia, pues son conceptos que no aparecen definidos expresamente en la ley. Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que la calidad de confianza de un empleado *“es de naturaleza objetiva, pues se origina en la prestación de servicios que suponen un alto grado de vinculación del empleado con los intereses del patrono, como es lo natural en los cargos de dirección, de manejo o en ciertas asesorías, no es de recibo que la ley a priori extienda esa calidad indistintamente a todos los trabajadores del banco.”* (Sentencia C- 52 de 1994). Por su parte, La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha hecho las siguientes precisiones: *“Gozan de confianza los trabajadores que pueden actuar con cierta libertad en el servicio a nombre del patrono; y la confianza puede estar separada de cualquier otra atribución y ser ajena de la facultad de manejo, que tienen quienes se encargan de los fondos, del dinero”.* (Sentencia 27 de julio de 1953).

Además, la última Corporación en sentencia de 1 de junio de 1954 precisó: *“Siendo el contrato de trabajo un vínculo intuitu personae, la confianza en su común acepción es un elemento constante y presente en cualquier relación laboral pues...en todo trabajador se deposita un mínimo de confianza que responde a las exigencias de lealtad, honradez, aptitud y demás calidades derivadas de la especial naturaleza del contrato ... Esta circunstancia obliga a concluir que el vocablo confianza empleado por la legislación para determinar una situación laboral excepcional debe entenderse, no en su significado ordinario, sino conceptualmente valorado como manifestación especialísima de aquel elemento común. Considerado de esta forma el concepto, implica un desplazamiento de la actividad ordinaria de trabajo que se resuelve en la responsabilidad de realizar una labor concreta de finalidad limitada en el espacio y en el tiempo hacia objetivos permanentes de mayor entidad, por los cuales se debe responder, relacionados con la organización de la empresa, con la coordinación de sus diversos servicios y con el control o fiscalización de los mismos; de lo anterior se concluye que los trabajadores de dirección y supervigilancia lo son también de confianza, en su más eminente acepción. Cuando la actividad de confianza consiste en el manejo de dinero o bienes materiales se configura el empleado de manejo, cuyos ejemplos típicos son los cajeros, los pagadores y los almacenistas.”*

A su turno, el Consejo de Estado, en providencia de abril 22 de 1981, Sección Segunda, señaló: *“...en las labores de dirección y confianza y manejo personal, el trabajador reemplaza al patrono frente a los demás asalariados o, lo que es igual, sustituye al patrono en sus facultades de mando o de organización, puesto que está colocado en una situación de interés en el éxito y progreso de la explotación económica perseguida y debe tomar decisiones, por ejemplo, celebrar contratos, recibir dineros, etc. En cambio, el celador o vigilante de una empresa carece de facultades o atribuciones directivas o de mando. Es una labor equiparable a la de simple vigilancia, cuidado y control, bien de las personas o de cosas.”*

Con el fin de dilucidar el primer problema jurídico, se allegó la siguiente prueba

documental:

Contrato de trabajo a término indefinido “*para personal de roll o nómina diaria*” celebrado el 25 de septiembre de 1995 para desempeñar el demandante el cargo de auxiliar de tren (Pág. 1 a 4 PDF 04). Otrosí a dicho contrato, firmado el 28 de julio de 2003, en el cual el demandante se obligó a prestar los servicios al empleador en las funciones propias del oficio de ayudante maquinista “*cargo que dado su nombre, naturaleza y funciones, es sin lugar a dudas un cargo de dirección, confianza y manejo*”. Así mismo, se estableció un salario mensual de \$2.850.553, acordando en el **PARÁGRAFO PRIMERO** que “*dentro del salario anteriormente pactado, las partes acuerdan que el 15% del mismo, corresponde a los recargos diurnos, nocturnos, dominicales, y festivos que se llegaren a causar en el desarrollo de su labor*”. (pág. 5-7 PDF 04). Comunicación mediante la cual, recursos humanos de Drummond le informa al demandante la promoción al cargo de ayudante de maquinista a partir de 28 de julio de 2003, con un aumento salarial a \$2.850.553 (pág. 14 PDF 11).

Reglamento Interno de Trabajo de la empresa demandada (pág. 19 a 48 PDF 04).

Resolución No. 010591 de marzo 6 de 1995 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la cual se autoriza a DRUMMOND LTD. para que exceda su jornada máxima legal, únicamente en dos (2) horas diarias (diurnas o nocturnas) y doce (12) horas semanales. Documento sin firma (Pág. 49-50 PDF 04).

Reclamación radicada el 23 de mayo de 2018 ante la demandada, mediante el cual se solicitó el pago de derechos laborales, aparecen varios nombres, pero no el del demandante (pág. 51 a 55 PDF 04).

Certificación de la Agremiación de Tripulantes de trenes “AGRETRITRENES”, expedida el 19 de octubre de 2018, según la cual el demandante estuvo afiliado a esa Organización Sindical desde el 24 de Julio de 2014 hasta el 27 de abril de 2017. (pág. 56 PDF 04). Pliego de peticiones (pág. 59 a 69). Convención Colectiva de Trabajo DRUMMON LTD. SINTRADRUMMOND-AGRETRITRENES 2013-2016 (PAF. 87 a 118 PDF 04).

Acta extra convencional de pago por viajes adicionales, celebrada el 18 de setiembre de 2013 (pág. 121-123 PDF 04).

Convención Colectiva de Trabajo 2016-2019 celebrada el 14 de mayo de 2016 entre DRUMMOND LTD y SINTRADRUMMOND (pág. 125 a 155 PDF 04).

Certificado de existencia y representación legal de DRUMMOND (Pág. 156 a 163 PDF 04).

Carta del 25 de abril de 2017, mediante la cual DRUMMOND le informa la terminación del contrato con justa causa (pág. 8 a 13 PDF 11).

Memorando del 8 de marzo de 2002, en la que Drummond informa que con la entrada en servicio del sistema Trainlink ya no era necesario para la operación los auxiliares de tren, por lo cual se implementaría un programa de entrenamiento para darles a todos los auxiliares la oportunidad de competir por las posiciones vacantes de ayudantes de maquinista; documento firmado por el demandante en señal de aceptación de las condiciones contenidas en el mismo (pág. 15 a 16).

También se escuchó el interrogatorio de parte del demandante y representante legal de la demandada y los testimonios de Jorge Enrique Laguna Hoyos, Carlos Hernán Hurtado Cetina y Javier Alfredo Gómez Trespacios, quienes indicaron lo siguiente:

Jorge Enrique Laguna Hoyos (tachado por tener proceso contra la demandada), señaló que fue compañero del demandante en Drummond desde 1995 hasta el 25 de abril de 2017, que el cargo desempeñado por él (testigo) fue el de maquinista y por el demandante ayudante de maquinista, que las funciones del actor eran: *“todo lo que indicaba el funcionamiento del motor, el maquinista era el encargado del manejo y el ayudante del funcionamiento del motor”*. Cuando el tren va en línea férrea las instrucciones las reciben de Fenoco directamente o en su defecto de Drummond si hay alguna novedad. Señaló que el demandante no tenía poder disciplinario, que en el tren puede ir un supervisor de Drummond verificando la vía y mirando las funciones del maquinista y del ayudante del maquinista, que para poder salir a línea principal se debe tener conocimiento del reglamento de trenes de Fenoco, entidad que les hace un examen.

El señor **Carlos Hernán Hurtado Cetina** relató que es supervisor de operaciones Drummond desde noviembre de 2017, antes trabajó con Fenoco 10 años, pero en ese lapso también tenía relación con Drummond. Conoce al demandante porque él (testigo) trabajó en el área seguridad ferroviaria de Fenoco y ahí tenía la responsabilidad de emitir los reglamentos de la operación ferroviaria de las operadoras y los avales y dar el visto bueno sobre el personal que iba a desempeñar como tripulante de los trenes. Señaló que los tripulantes son considerados empleados de manejo y confianza por varias razones, la primera, es que son los representantes de la compañía ante distintos entes, en este caso ante Fenoco, cuando un tren se dispone a salir a la línea principal,

bien sea en el puerto o en la mina, se hace un proceso que se denomina presentación del tren, y en ese proceso esa tripulación actúa en nombre de la empresa, presentan el tren, le cuentan a Fenoco qué tren van a llevar. Cuando vienen los que están comenzando, las personas con más experiencia les tramite la experticia a los nuevos y la tercera función es de jerarquía, porque si bien Fenoco tiene unas rutas establecidas, la tripulación debe tener la suficiente experiencia para tomar decisiones en algún momento. Señaló que el tren está conformado por 3 locomotoras y 150 vehículos cargados con carbón, por lo que una mala decisión de uno de los miembros de la tripulación podría terminar en accidentes graves. Indicó que los tripulantes tienen privilegios, la dotación es diferente, tienen un servicio de transporte programados para ellos, se recogen en su domicilio, se llevan hasta el tren de ida y de vuelta.

El señor **Javier Alfredo Gómez Trespalacios**, trabaja para la demandada, es el superintendente de la operación de ferrocarril, trabaja desde el 2005 y en ese cargo desde el 2012. Conoce al demandante porque estuvo a cargo del equipo de trabajo como ayudante de maquinista, que son los encargados de ayudar al maquinista en la operación del tren que se mueve del puerto a la mina, o de la mina al puerto, y cuando están en los patios ayudar en los procesos de las maniobras a cargo del maquinista, que dicho cargo es de dirección, manejo y confianza porque tienen a cargo el movimiento de los trenes en vía principal; Drummond les delega a los tripulantes el movimiento del tren, la tripulación está a cargo del maquinista y él tiene a cargo un ayudante de maquinista. Ambos son entrenados para efectuar el movimiento, deben tener conocimiento del reglamento avalado por el Ministerio del Transporte y que está entregado a Fenoco como concesionario; en caso de algún evento y si el maquinista tiene alguna complicación o algún problema, el ayudante debe tener las mismas facultades para poder manejar el tren hasta un destino seguro, de acuerdo con las instrucciones que reciba de un centro de control el cual está operado por el concesionario, él interactúa con diferentes empresas que se mueven en la vía férrea y recibe las instrucciones directamente de la empresa Fenoco; la persona que interactúa directamente con el centro de control, en este caso el ayudante del maquinista, es el que lleva las comunicaciones.

El representante legal de la demandada manifestó que es cierto que el cargo de ayudante de maquinista no está mencionado dentro del reglamento como uno de los que tiene el poder disciplinario, pero que ese reglamento tiene más de 20 años, no ha sido actualizado y reservaba eso a los gerentes y a los superintendentes, *“sin embargo, en este momento y desde hace muchísimos años, el poder disciplinario está en cabeza de recursos humanos, ni siquiera yo mismo tengo poder disciplinario dentro de esta empresa, como gerente y como representante legal tengo la facultad como la tiene el*

señor Felizzola de presentar un reporte al departamento de recursos humanos, si me doy cuenta que algún empleado está infringiendo las normas del reglamento interno para que el departamento adelante el proceso disciplinario”. Explicó que si el demandante se daba cuenta de que el maquinista no estaba cumpliendo con sus funciones “bien había podido presentar un reporte a la empresa para que el departamento de recursos humanos llevara a cabo el procedimiento que hubiera lugar”. El demandante entró como operario y luego fue promovido al cargo de ayudante de maquinista en el año 2003, pasó de ser empleado por hora a ser de manejo y confianza, a quien se le paga un sueldo mensual por el trabajo, el auxiliar de maquinista hace parte de lo que ellos conocen como “tripulación”, que está compuesta por el maquinista y su ayudante. Considera que es un cargo de manejo y confianza porque “el criterio es que ellos (maquinista y ayudante de maquinista representan a Drummond ante el concesionario de la línea férrea, FENOCO, que es la que administra el tráfico de trenes en esa línea férrea”. El auxiliar de maquinista es el que maneja las comunicaciones en la línea y presenta el tren ante Fenoco, la empresa confía en ellos una maquinaria extremadamente costosa, que un accidente puede ocasionar una tragedia, si el tren se descarrila podía causar tragedia de proporciones inimaginables, tienen una responsabilidad extremadamente grande, usan un uniforme distinto, los recogen en sus casas unos carros diferentes, los traen del trabajo. El reglamento de operaciones de Fenoco, establece que la tripulación es la responsable del tren ante el concesionario y en caso de un accidente comprometen la responsabilidad de Drummond.

El demandante narró que iba en el tren con el maquinista, llevar el tren a la mina y viceversa, que a veces les tocaba trabajar en puerto Drummond y en la mina, que debía llevar la comunicación del tren, ir pendiente de los reportes de cada estación, comunicar de los sucesos a Drummond y Fenoco, también trabajar en maniobras en puesto, ubicar góndolas para el descargue.

En consideración al material probatorio arrimado al proceso, atendidas las funciones desempeñadas por el actor como ayudante de maquinista, no encuentra la Sala que dicho cargo pueda encasillarse en el concepto de empleado de manejo y confianza, pues no reemplazaba al empleador en su poder directivo ni organizativo, tampoco ejercía representación de Drummond, pues si bien el testigo Carlos Hernán Hurtado Cetina señaló que la tripulación “presentan el tren, le cuentan a Fenoco qué tren van a llevar”, tal situación, no es suficiente para colegir que la tripulación del tren, de la que hacía parte el actor, representaban a Drummond ante Fenoco, pues no se evidencia que tomaran algún tipo de decisión que repercutiera en la demandada. Ahora, si bien el actor era miembro de la tripulación que transportaba un tren de la empresa, que contaba con 3 locomotoras y 150 vehículos cargados de carbón, por lo que evidentemente en caso de algún incidente podría incurrir en una gran pérdida

económica para la empresa, sin embargo, tal situación por sí sola no hace especial la condición del actor, porque como cualquier otro trabajador debe realizar su trabajo con gran responsabilidad, y respondiendo por equipos de enorme valor económico, sin que eso impida que ocurra algún siniestro que pueda ocasionar pérdidas dinerarias a la empresa. Ahora, el testigo Javier Alfredo Gómez señaló que el actor debía tener las mismas facultades para poder manejar el tren hasta un destino seguro, de acuerdo con las instrucciones que recibiera de un centro de control; empero, del escrito mediante el cual la demandada le comunicó al actor la terminación del vínculo laboral, llama la atención que le recalcan que *“como ayudante de maquinista tiene unas tareas en la operación, y no puede de manera autónoma y deliberada asumir el manejo del mismo sin la autorización expresa de la autoridad de la vía Ferrera para esto”*. Y también se le indica que *“en la carta que se le notificó el 26 de septiembre de 2016 donde se daba inicio al programa de práctica de manejo de tren, se le indicó que debía informar al CTF de Fenoco antes de salir a línea principal que estaba en el entrenamiento, por lo que al no hacer esto, desobedeció abiertamente la instrucción de Drummond y tomó la máquina sin las autorizaciones correspondientes”*; manifestaciones que evidencian que al actor no se le había confiado expresamente el manejo del tren, incluso hasta el 26 de septiembre de 2016 se le notificó del inicio del programa de práctica para ello, pese a que la función de ayudante de maquinista la venía desempeñando desde julio de 2003. Debe precisarse que el otorgamiento de cierto grado de discrecionalidad a un tipo de trabajadores, en razón de la función que desempeñan y las particularidades en que lo hacen, no basta para que se les tenga, sin más, como de dirección o confianza. En el caso concreto, es evidente que dado que el actor podía verse compelido a tomar algún tipo de decisiones frente a eventualidades que se presentaran en la ruta, esa facultad no es constitutiva de responsabilidades de dirección o confianza, sino apenas la necesaria consecuencia del hecho de que no contar a la mano con un jefe inmediato al que pedir concepto o autorización sobre la marcha, y de prestar sus servicios fuera de las instalaciones físicas de la compañía. Así las cosas, para la Sala, no se acreditó que el cargo de ayudante de maquinista implicara un grado de responsabilidad jerárquica en la cual comprometiera decisiones económicas o de vital importancia en la compañía, ni se evidencian en las funciones desempeñadas por el demandante, esa naturaleza directiva y de manejo empresarial o administrativo de importancia en Drummond, motivo por el cual, su cargo no tenía la calidad de trabajador de dirección manejo y confianza. Por consiguiente, la estipulación del otrosí del 28 julio de 2003 no tiene eficacia, debiéndose revocar la decisión de primera instancia en este aspecto.

El segundo problema jurídico conlleva a determinar el señor Carlos Alberto Felizzola Quiñones si tiene derecho al pago del salario suplementario que

reclama por las horas extras, incluyendo el trabajo realizado en dominicales y festivos laborados durante la relación laboral vigente con Drummond.

Como premisas normativas, tenemos el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala que quedan excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores, entre otros, quienes desempeñen cargos de dirección de confianza o de manejo, pero como el trabajador no encaja en esta disposición, como ya indicó, por tanto, de probarse la existencia de dicho trabajo suplementario, tendría derecho a su pago.

Establecido lo anterior, se pasa al estudio del fondo del asunto, para lo cual valga precisar que tratándose del tema de la carga probatoria con respecto al trabajo suplementario, esta le corresponde a la parte demandante, como ha manifestado de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 15 de mayo de 2012, radicación No. 9081, en la que señaló que *“...[s]i en efecto una demanda plantea que el trabajador ha prestado un servicio suplementario que implica el correspondiente pago de horas extras o ha laborado en dominicales y festivos, o plantea que se han dado suministros en dinero o en especie, los hechos que dan nacimiento a esos derechos deben ser demostrados por quien lo afirma...”*

Como complemento de lo dicho, el artículo 167 del C.G.P. prevé que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Conforme a la norma y jurisprudencia en cita, está a cargo de la parte demandante la prueba de la causación de trabajo suplementario, es decir, que laboró más de la jornada máxima legal diaria o semanal, y si laboró en días de descanso obligatorio, como son los domingos y festivos, o en jornadas que supongan el reconocimiento de recargos. Es evidente que en este aspecto el juez no puede impartir condena sobre supuestos fácticos no acreditados en juicio, realizando cálculos acomodaticios, conjeturas o suposiciones, ya que este tipo de labor no puede demostrarse de manera genérica sino discriminada y concreta; delimitados esos parámetros se acude al acervo probatorio, no sin antes aclarar que la única prueba en estos casos no es la escrita o proveniente de la misma demandada, porque es sabido, como lo enseña el artículo 61 del CPTSS que en materia laboral el juez no está sometido a tarifa legal de prueba y formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

La a quo indicó “En conclusión, tal como lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la prueba de las horas nocturnas y dominicales y festivos debe ser de una definitiva claridad y precisión que no les daba el juzgador hacer cálculos y suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas. De manera, pues que no podría esta juzgadora suponer la jornada diaria del trabajador de acuerdo con los registros de permanencia en las instalaciones de la empresa, por las razones anteriormente expuestas y no puede entonces condenarse al pago de los recargos nocturnos, dominicales y festivos laborados al no haber certeza de los laborados durante el contrato de trabajo del demandante en el cargo de dirección confianza y manejo que ocupó y como quiera que solicitó la reliquidación de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones, por no haberse tenido en cuenta para su cálculo, tales pretensiones no están llamadas a prosperar. “

El demandante sostuvo en la demanda que el horario eran turnos de 12 horas, iniciando a las 7:00 am hasta las 7:00 pm durante 7 días, descansaba 3 días, e iniciaba el otro turno de 7: 00 pm a 7:00 am durante 7 días, descansaba 4 días y volvía al turno anterior, pero que en la realidad hacía turnos de más de 12 horas y hasta de 24 horas corridas. En el recurso, adujo que la demandada anexó unos registros de horario de trabajo en línea férrea, que son las planillas de despacho de trenes entre el período del 2 de enero del 2014 al 25 de abril de 2017, y que de esas planillas se puede extraer el trabajo suplementario correspondiente a domingos festivos y trabajo nocturnos prestado por el demandante durante ese período.

Frente a la prueba documental allegada al proceso, se advierte un derecho de petición de fecha agosto de 2018 mediante el cual, entre otros el demandante, solicitó a Drummond la certificación de la jornada laboral, copia de registro de ingreso a trabajar y egreso después de la jornada laboral, copia del reglamento interno de trabajo, certificación de las funciones de maquinista de locomotora y ayudante de maquinista, certificación año por año del salario devengado y copia del contrato de trabajo (pág. 13-14 PDF 04); la respuesta de la empresa demandada, en la que, entre otras cosas, señaló: “Sea lo primero indicar que los (ex) trabajadores relacionados, se desempeñan en la posición de “Maquinistas de Locomotoras” o “Ayudantes de Maquinista III” por lo que el ejercicio de sus funciones está relacionado, en términos generales, con la tripulación de los trenes dispuestos para el transporte del carbón, funciones que desde el inicio de la operación, motivó un tratamiento contractual diferenciado de los demás trabajadores que se desempeñan en la operación, justamente por cuanto las necesidades ferroviarias no permiten una jornada de trabajo en los términos tradicionales, ni un sitio determinado para el inicio de la jornada de trabajo distinto a donde se encuentren ubicados los trenes sobre la línea férrea. Esto sin contar con las operaciones desarrolladas en los ramales privados de propiedad de la compañía que se denominan “de patio”, las cuales se combinan para todos y cada uno de los casos de los tripulantes, tanto Maquinistas de Locomotora y Ayudantes de Maquinistas III. En ese sentido, los trenes manejan diferentes frecuencias y horarios conforme a los

itinerarios dictados por la capacidad y restricciones de la línea férrea, por lo que la compañía maneja una jornada indicativa para tales cargos, conforme lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, cuyo promedio no excede de las cuarenta y ocho horas semanales (48) distribuidas en los días laborables. 2. Por las razones esbozadas, en múltiples casos las tripulaciones deben recibir los servicios directamente sobre la línea, por lo que estos empleados no ingresan físicamente a las instalaciones del puerto, y por ende, no registran en el control de acceso su entrada o salida de las instalaciones de la empresa, como lo solicitan en su petición” (pág. 15 PDF 04).

Ahora, de acuerdo con lo señalado por la parte actora, se evidencia que efectivamente la demandada allegó el programa diario de tripulaciones desde el 1 de enero de 2014 a 30 de junio de 2017 (pág. 1 a 2.244 PDF 13), lo cual de entrada no muestra una información clara ni detallada de la que se pueda colegir que efectivamente corresponde a la jornada laborada por los trabajadores, incluido el demandante, frente a quien, se advierte, en primer lugar, no está su nombre en todas las planillas, y en las que se relaciona en unas aparece junto al nombre de otra persona sin que se indique el cargo de cada uno de ellos; se registran unas horas y el nombre de “Mina” o “Pto”, sin ser totalmente claro que esa información corresponda a las personas allí relacionadas, tampoco que se trate de hora de ingreso y de salida, pues no se denominan de ninguna forma. En otras planillas aparece el nombre del demandante y al frente no se registra ninguna hora, en otras se relaciona al actor en la parte que dice compensatorios, vacaciones, licencias o incapacidades; en otras planillas solo está el nombre debajo de donde dice día o noche sin que aparezca algún horario. Frente a este documento, el testigo **Carlos Cetina**, adujo que se trata de una hoja de Excel donde se hace la planeación de lo que va a pasar y que cuando llegan las tripulaciones al despacho se les asigna la jornada de inicio y cuando llegan al destino igualmente, sin embargo, no indicó de qué forma se registran ni quién lo hace, tampoco explicó si ese horario se registra en el Excel allegado por la demandada, pues incluso lo que señaló fue que “*el tren se carga en la mina, se trae cargado al puerto, la tripulación que se sube en la mina, hace un viaje que puede tardar 5 o 6 horas y llega al puerto, cuando llega al puerto, la tripulación se va a descansar, otra tripulación interna coje el tren para hacer maniobras internas, y cuando el tren está vacío, otra tripulación que tenga jornada nueva, llega y lleva el tren, desde el origen que es el puerto, hasta el término que es la mina, lleva el tren vacío*”, con lo cual da a entender que la tripulación que lleva el tren cargado no es la misma que lo devuelve vacío, incluso aduce que una vez llega la tripulación al puerto, se va a descansar a la casa y cuando llegan a la mina descansan en los campamentos 9 horas, que en el puerto se descarga el tren, lo cual puede durar 3 horas e indicó que conforme el reglamento de Fenoco la jornada máxima de la tripulación era de 12 horas, pero que no necesariamente el actor trabajó siempre 12 horas porque hay tripulaciones que pueden trabajar menos, en ocasiones los viajes duran, 5, 6, 7 y 8 horas. Así

mismo, el testigo **Javier Alfredo Gómez Trespalacios**, en lo concerniente al horario de trabajo del demandante, manifestó: *“Los tripulantes en Drummond se mueven de acuerdo a la disponibilidad del tren, nosotros tenemos en Drummond unas rotaciones, 7-3, 7-4, en el caso de los tripulantes, las rotaciones son 7x4-7x4, es decir trabajan durante un ciclo de 21 días, trabajan 7 días de día, 7 días de noche y viceversa, pasan después noche- día, pero en el caso de los tripulantes, lo que tenemos es un periodo en el cual ellos pueden laborar durante su jornada, pero indistinto si es día o si es noche, ellos pueden entrar en la noche a media noche o pueden entrar a las 6:00 am o al medio día o en la tarde, y esto ocurre porque depende de si hay servicio, de si hay tren o no. La producción de la compañía se basa en la disponibilidad del carbón, cuándo hay carbón para mover, los tripulantes son llamados para el turno. Están agrupados en 3 turnos, A, B o C, pero su hora de entrada no la sabemos, si hay tren o no hay, si hay tren, será llamado a la hora que esté disponible el tren, esos tripulantes se colocaran en una lista y son llamados en la medida que ellos van adquiriendo ese tiempo para ser llamados, una vez terminan el turno deben descansar un tiempo compensatorio que equivale a 4 días. Esos 4 días son 96 horas exactas, entonces lo que nosotros tenemos como medida exacta es el descanso. Cumplido el descanso puede ser llamado, pero que se cumpla la condición de que haya tren o si está disponible la persona”*. Explicó que ellos no cumplen una jornada que uno pueda decir que diariamente entran a las 6 am o 6:pm porque depende de la disponibilidad del tren. Frente a la lista, se le pregunta que si esa lista representa necesariamente que el trabajador haya hecho todo el turno o simplemente si hay tren y puede ser llamado a hacer el turno, contestó: *“la lista se forma en la medida que las personas salen a su compensatorio, por decir algo, si la persona salió a compensatorio el viernes tal a las 6: 00 am, pues 96 horas después la persona podrá volver a ser llamada a su trabajo, entonces en la medida que ellos van saliendo, ellos mismos van colocando su hora de salida en una hoja y luego el supervisor que está en turno, lo que hace es que teniendo en cuenta esa hora, él cuenta las 96, para saber si puede llamarlo el lunes o el martes y a qué hora, entonces si salió a media noche, entonces cuenta las 96 horas. Entonces así es que él sabe la entrada de ellos después de su compensatorio, pero puede que alguno de ellos tenga alguna cita médica o de pronto no está disponible, entonces sencillamente se mueve hacia la siguiente persona. Ahora, si esa persona no ha cumplido las 96 horas de descanso, simplemente paramos el tren, no hay posibilidad de poner a nadie y sencillamente se sigue hasta cuando haya uno que haya cumplido ese tiempo de descanso, y a partir de allí empezamos a llamar las personas. Entonces la llamada a trabajar no es una hora fija sino es una vez la persona cumple ese tiempo de descanso”*. Indicó que hoy en día los tiempos del puerto a la mina y viceversa están alrededor de 4 horas y media, usualmente estaba en 5 horas y media, entonces normalmente cuando inician jornada en el puerto duran alrededor 2 o 3 horas, luego en vía principal pueden durar unas 5 o 6, por lo que en ese orden pueden estar laborando alrededor de 9 o 10 horas. De su dicho se evidencia que la jornada diaria del actor podía pasar las 8 horas diarias, sin embargo, no se colige de su declaración, ni de las demás pruebas cuál era la jornada del demandante, pues el mismo testigo relata que la programación estaba diseñada con el fin de establecer cuándo empezaba y cuándo terminaba el compensatorio de cada trabajador y así saber a qué persona llamar. Si bien

el testigo **Jorge Enrique Laguna Hoyos**, dijo que *“todos teníamos mínimo 12 horas de trabajo, pero trabajaban 14 o 15 en ocasiones, cuando había algún impasse en las vías, algún percance”* que trabajaban 7 días, descansaban 3, luego trabajaban 7 días y descansaban 4, ahí incluía nocturnos, festivos; no se acreditó en detalle que tal situación hubiese acaecido así.

Adicional a ello, también se allegó el registro de entrada y salida del demandante del torniquete ubicado en la portería principal de Puerto Drummond desde el 31 de mayo de 2007 al 25 de abril de 2017, firmado por la consultora de relaciones laborales del departamento de transporte, con la siguiente anotación: *“nos permitimos aclararle que el sistema electrónico de control de acceso a través del uso del carnet de empleado, contratista o visitante se implementó como una medida de seguridad, con el objetivo de controlar el ingreso y salida a las instalaciones de las minas y el puerto, y sus respectivas áreas internas. En este sentido, en ningún caso los registros de ese sistema reflejan el cumplimiento o no de los turnos de trabajo, sino que por el contrario indican exclusivamente la permanencia de una persona en las instalaciones de la compañía”*. (pág. 2246 a 2338). El testigo **Jorge Enrique Laguna Hoyos** sobre el registro de entrada y salida de la jornada laboral manifestó: *“En la entrada había un tablero electrónico, un torniquete, ahí pasaba uno el carné, y figuraba la hora de entrada y en el despacho había otro registro, que le ponían a uno cuando le daban la planilla de los trenes, ahí venía otra hora, distinta a la de entrada, ósea después”*. Agregó que Fenoco es el que le exige a la empresa que son 12 horas la jornada laboral. A la pregunta cómo era el cambio de tripulación, cuando cumplían 12 o más horas, contestó: *“recogíamos la tripulación, cuando estaba cerca al puerto, la recogían en el puerto y la llevaban por carretera, los relevos eran siempre después de las 12 horas o cuando estaban cerca de la mina, llegaban a la mina y siempre por lo regular las 12 horas se las daban hasta cuando hacía el relevo”*. A la pregunta, en esa situación cómo quedaba registrado el horario de terminación de la jornada laboral, señaló *“cuando uno venía por carretera uno pasaba por la puerta, uno tenía que llamar allá al despacho para que le cogieran la hora de salida...”*. Frente a la pregunta de si la empresa contaba con campamentos para alojar a los tripulantes después de cumplir las 12 horas de trabajo, contestó: *“Claro, si uno estaba allá en la mina después de las 12 horas, iba a descansar uno 8 horas y se devolvía otra vez con otro tren”*. Adujo que los relevos había que hacerlos con vehículos particulares porque por ahí hay una trocha donde no entra transporte público. A la pregunta de si los carros debían llegar hasta donde estaba el tren para hacer el relevo de la tripulación, contestó: *“afirmativo, los carros tenían que llegar hasta donde estaba la tripulación hacer el cambio o si no, cerca donde estaba la tripulación”*. De su dicho se colige que si bien alude a una jornada laboral de 12 horas o más, no es claro en la forma cómo las mismas se registraban, si es que se hacía, pues habló de que existía un torniquete donde figuraba la hora de entrada, pero también alude a la existencia de una planillas de trenes, en las se registraba una hora distinta a la de entrada, sin dar más detalles de

cómo sucedía ello, incluso también señaló la existencia de campamentos para descansar, evento en el cual, no explicó cómo se registraba la jornada laboral.

Ahora, al comparar la programación diaria de tripulantes con el registro de entrada y salida del demandante del puerto Drummond, se observa que, por ejemplo, el 2 de enero de 2014, en la programación aparece en nombre del actor y lado el numero **20:50**, sin información adicional, y para ese mismo día, en el registro de ingreso y salida aparece **salida p2 16:09**, de lo que se evidencia que esa información no permite colegir la jornada laboral del actor. Ahora, el 3 de enero siguiente al lado del nombre demandante dice **Mina 4:45, 16:10 Pto**, lo que en principio daría a entender que corresponden a la hora de ingreso a la mina y la llegada al puerto, pero en el registro de entrada y salida aparece **torniquete puerto 11:36**, lo que advierte que ninguno de los documentos ofrece claridad respecto a la jornada laboral, incluso si se tuviera en cuenta la que aparece en la programación, se observa que no es claro si “16:10 Pto” hace referencia a un registro de llegada al puerto o de salida del mismo, pues, por un lado, si se tiene presente que los testigos Carlos Cetina y Javier Gómez manifestaron que de la mina al puerto se pueden gastar de 5 a 6 horas, no es entendible que haya gastado casi 12 horas, y si es la hora de salida, no se puede perder de vista que esos mismos testigos indicaron que cuando la tripulación llegaba a la Mina descansaba 9 horas, adicional a que la descarga del tren duraba aproximadamente 3 horas; por tanto, no es claro que esas horas reflejen el horario laboral del actor. Otro ejemplo, es el 5 de junio de 2014, que en la programación aparece **Pto 8:35, 16:50 Pto**, en el registro de entrada y salida aparece **8:10 Torniquete en puerto, y 17:27 salida peatonal exterior**, con lo que se podría entender que la jornada laboral del actor sería de 8:35 a 16:50 o de 8:10 a 17:27, sin embargo, en uno y otro caso se estaría desconociendo que el testigo Carlos Cetina fue claro al señalar que la tripulación que llevaba el tren del puerto a la mina es diferente al que lo devolvía al puerto, por tanto, no se podría tener con certeza como jornada laboral un lapso de puerto a puerto, pues se desconoce lo que sucedió en el mismo, es decir si el actor prestó el servicio durante todo el tiempo o descansó. Este tipo de registro, donde aparecen dos horas al lado del nombre del actor, se presentan en varias planillas, pero como ya se indicó no son suficientes para determinar que se trata del horario que cumplía el actor, porque se desconoce si efectivamente el actor estuvo laborando en dicho lapso. Ahora, de las planillas donde está el nombre del actor pero no se registra hora, no podemos tener como jornada el turno de 7:00 am a 7:00pm o viceversa como lo hizo la parte actora en la liquidación presentada, pues sería caer en suposiciones, ya que no se encuentra acreditado que ese era el horario del actor.

En casos como el presente, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 167 del CST en cuanto a no computar el tiempo de descanso como parte de la jornada, siendo claro que según algunos de los testigos al llegar al puerto la tripulación descansaba, incluso cesaba su función, o a veces lo hacía en los campamentos. De manera que ante estas particularidades resulta de recibo que las partes hubiesen acordado una suma fija para retribuir la labor en días de descanso obligatorio o en jornadas nocturnas o en tiempo extra, como según la demanda aquí ocurrió, que eviten hacer el dispendioso conteo concreto del tiempo efectivamente laborado, y que bien puede significar que algunos meses o semanas el tiempo laborado efectivamente, de haberse contabilizado, sea superior al reconocimiento económico, pero esto podría compensarse con otras semanas en que ocurra lo contrario, por lo que esta cláusula en principio no se muestra ineficaz, salvo que se demostrara que resulta totalmente onerosa para el trabajador y perjudicial para este en todas las ocasiones, lo que aquí, se reitera, no se ha demostrado de forma fehaciente y sólida.

Así las cosas, contrario a lo señalado por la parte actora, con las planillas allegadas por la demandada no es posible, ni de lejos, establecer la duración exacta de la jornada laboral del actor, pues se reitera se allegó una programación en la que no es claro que lo que allí aparece son las horas realmente laboradas por el demandante; el torniquete de entrada y la salida tampoco evidencia que durante ese lapso el demandante estuviera laborando, y ante la ausencia de la acreditación discriminada y concreta de las horas extras diurnas, extras nocturnas, recargos nocturno domingos y festivos, no es posible acceder a las pretensiones, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer ese tiempo laborado, sino que se requiere que estén debidamente invocado y acreditado.

En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia apelada, para en su lugar declarar que el cargo de ayudante de maquinaria desempeñado por el demandante no era de dirección confianza y manejo, por lo que la estipulación del otrosí de 28 de julio de 2003, en dicho sentido, no tiene eficacia alguna.

Sin costas en esta instancia, en la medida que el recurso prosperó 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 24 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral de CARLOS ALBERTO FELIZZOLA QUIÑONEZ contra DRUMMOND LTD, para en su lugar, declarar que el cargo de ayudante de maquinaria desempeñado por el demandante no era de dirección confianza y manejo, y en ese orden, la estipulación del otrosí de 28 de julio de 2003 pactada en dicho sentido, no tiene eficacia. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia

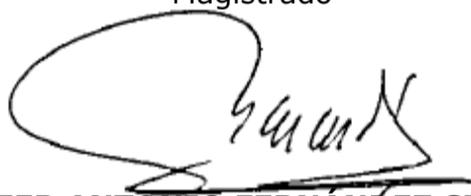
CUARTO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y de las actuaciones subsiguiente*”, conforme lo dispone el parágrafo 1 del artículo 2º del Acuerdo PSCJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria
