



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MAIRA ALEJANDRA ARENILLA AMARIZ
Demandado: PPC S.A.
Radicación: 33-2019-00089-01
Tema: TRABAJADOR DE CONFIANZA - TRABAJO SUPLEMENTARIO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Maira Alejandra Arenilla Amariz, instauró demanda ordinaria contra PPC S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, cuyas prorrogas dieron lugar a que se extendiera desde el año 2011 hasta el año 2018; condenar a PPC S.A. al pago de horas extras desde el año 2011 hasta el año 2018 por haber cumplido un horario de 11:00 am a 9:00 pm. Como consecuencia, condenar al pago de los valores por reajuste de salarios no cancelados tomando como base las horas extras desde el 2011 hasta el 2018, las cesantías, los intereses a las cesantías, las vacaciones, y la prima legal; condenar a la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 01 de agosto de 2011 firmó contrato de trabajo con PPC S.A. como administradora en el punto de venta de Tintal Plaza, con un sueldo de \$800.000, y trabajando 10 horas diarias de 11:00 am a 9:00 pm; que solo le liquidaban 8 horas diarias; que el jefe inmediato era el señor Alfonso Arias y Andrés Ramírez; que tenía las funciones de administradora, cajera, hornera, y vendedora; que estuvo rotando en varios puntos de venta hasta el día 24 de noviembre de 2017 cuando la remitieron al punto del centro comercial Ventura Terreros; que en mayo de 2018 fue trasladada a otro punto de venta cumpliendo el mismo horario de 11:00 am a 9:00 pm, sin tener derecho a la hora de almuerzo; que tuvo 3 llamados de atención por llegadas tarde, sin tener en cuenta el tráfico de la ciudad; que el 31 de agosto de 2018 le fue notificada la terminación del contrato de trabajo por justa causa a raíz de tres llegadas tarde, donde no se le respeto el debido proceso contemplado en el reglamento interno de trabajo; que no se tuvo en cuenta la inmediatez en la sanción de terminación del contrato de trabajo, ya que fueron faltas cometidas en contratos que ya se habían terminado. (fls. 2 a 12 archivo No 01).

2. Contestación de PPC S.A.: Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a excepción de la pretensión relativa con la existencia de la relación laboral, precisando que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 01 de agosto de 2011 hasta el 30 de agosto de 2018. Sobre las otras pretensiones refirió que en los términos del artículo 162 del CST, la trabajadora está excluida de la regulación sobre la jornada máxima legal y deberá trabajar el número de horas necesarias para el cabal desempeño de sus funciones, por lo cual no habrá lugar al reconocimiento

de horas extras; que debe tenerse en cuenta que la actora desempeñó el cargo de administradora y así quedó establecido en el contrato de trabajo; que la demandante fue despedida con justa causa, tal como se le comunicó en la carta de despido, luego de habersele demostrado que de manera injustificada presentó múltiples retardos, además que por esa misma conducta ya había sido sancionada con anterioridad, y también se encontró que de forma grave e injustificada prestó un mal servicio a los clientes el 22 de agosto de 2018, ya que estaba viendo videos en su celular mientras atendía a los clientes. Propuso como excepciones de fondo los que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pago, buena fe, y prescripción. (fols. 3 a 18 archivo No 03)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de abril de 2022, en el que el fallador declaró que entre Maira Alejandra Arenilla Amariz y PPC S.A., existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual se prorrogó automáticamente, cuya vigencia va desde el 1 de agosto de 2011 al 30 de agosto de 2018; declaró que la demandante durante toda la relación laboral trabajó 10 horas diarias, sin contar con hora de almuerzo, y en consecuencia, tiene derecho al pago de dos (2) horas extras diurnas y dos horas extras diurnas y dos horas extras dominicales y/o festivas, desde el 30 de agosto de 2015 hasta el 30 de agosto de 2018, dado el fenómeno de la prescripción, y el cual, asciende a la suma de \$6.492.063; declaró que la demandante tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales, esto es a la suma de \$396.962 por concepto de cesantías, \$39.452 por intereses a las cesantías, y \$396.962 por prima de servicios; condenó a PPC S.A. a reconocer la reliquidación de los aportes a pensión con base en el promedio de horas extras objeto de condena, previo cálculo actuarial emitido por el fondo de pensiones a que se encuentre afiliada; absolvió de la reliquidación de las vacaciones y de la indemnización por despido sin justa causa; condenó a PPC S.A. al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en cuantía de un día de salario por cada día de mora, desde el 30 de agosto de 2018 hasta el 30 de agosto de 2020, y a partir del 1 de septiembre de 2020 y hasta la fecha de pago los intereses moratorios, el cual, liquidado hasta el 30 de junio de 2022 asciende a la suma de \$29.081.626; finalmente, condenó en costas a la demandada. (Archivo No 15 y audiencia virtual, archivo No 14)

Para arribar a tal decisiva refirió que no existe motivo de duda que entre las partes existió un vínculo laboral que inició a través de un contrato de trabajo a término fijo el 01 de agosto del 2011, mismo que término el 30 de agosto del 2018.

En cuanto al trabajo suplementario indicó que de conformidad con el artículo 32 del CST existen unos trabajadores de dirección, confianza y manejo, los cuales representan al empleador y lo obligan frente a sus trabajadores, pero que tal connotación no se logra desprender de la contratación de la actora, ya que, si bien en el contrato de trabajo se contrató como administradora, lo cierto es que, no cumplía funciones de dirección, confianza y manejo, es decir, no ejercía funciones de carácter disciplinario o sancionatoria contra los empleados, además se logró demostrar que ejercía funciones similares a sus demás compañeros de trabajo, como cocinar, manejar horno, atender clientes. Concluyó el a quo que *"el cargo del que ocupaba la demandante en aplicación del principio de realidad sobre las formas, no era un cargo de confianza y manejo, pues sí debía estar al tanto de algunos aspectos económicos, en la práctica no fungía como un superior jerárquico con funciones disciplinarias, sancionatorias frente al resto del personal del punto de venta"*.

En ese orden, indicó que en el contrato de trabajo no se estipuló un horario, por lo que, en concordancia con el artículo 158 y 161 del CST, la demandante debía cumplir un horario de 8 horas diarias y 48 semanales, pero como quiera que se logró acreditar que laboraba 10 horas diarias, según lo dicho por el propio representante legal de la encartada, el

registro biométrico y las planillas de control de tiempo, hay lugar a la prosperidad de las horas extras, el cual, en concreto asciende a la suma de \$6.492.063. Asimismo, dio lugar a la reliquidación de las cesantías por valor de \$396.962, \$39.452 por intereses a las cesantías y \$396.962 por prima de servicios.

Frente a la indemnización moratoria manifestó que no se allegaron elementos de juicio que permitan concluir la buena fe en el actuar de la demandada, ya que si bien, se catalogó la vinculación de la demandante como administradora en el contrato de trabajo, en la práctica no tenía tal calidad, por ello, lo que se denota es que la demandada ocultó ese verdadero vínculo laboral para sustraerse de la obligación de pagar las horas extras, y por esa razón, dio prosperidad a tal pretensión, condenando a la encartada al pago de un día de salario por cada día de retraso desde el 30 de agosto de 2018 hasta el 30 de agosto de 2020, y de allí en adelante los intereses moratorios hasta la fecha del pago efectivo de la obligación.

Frente al despido sin justa causa, adujo que en el artículo 52 del Reglamento Interno de Trabajo se estipularon las faltas graves, asimismo, que allí se indicó un procedimiento a cumplir para garantizar el debido proceso. En ese sentido, manifestó que en el expediente obra un acta de descargos del 29 de agosto de 2018 en la que se hace referencia solo a las llegadas tarde al sitio de trabajo; sin embargo, la demandante confesó que hizo descargos frente al suceso relativo con la PQR presentado por un cliente, por lo que, se logró acreditar que la parte demandante incurrió en la causal alegada, esto es, hacer uso de las tecnologías o cualquier elemento de carácter personal que distraiga o interfiera con el adecuado desarrollo de la labor, conducta que las mismas partes calificaron como grave, no siendo resorte del juzgador calificar la gravedad o no de dicha conducta. Además, que se dio cumplimiento al debido proceso, en la medida en que se la escuchó en descargos, y la demandante no solicitó pruebas adicionales, por ende, la pretensión relativa a la indemnización por despido sin justa causa no salió adelante.

Condenó al pago a favor del fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la demandante, de los aportes a pensión teniendo en cuenta las horas extras, ya que se trata de un derecho de carácter irrenunciable.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción frente a las horas extras diurnas, dominicales, festivas y las prestaciones sociales dejadas de percibir con anterioridad al 30 de agosto de 2015, y en relación con las vacaciones, las causadas con anterioridad al 30 de agosto del 2014. Finalmente, condenó en costas a la demandada.

4. Impugnación y límites del ad quem. Presentaron recurso de alzada las siguientes partes:

4.1. Demandante: Manifiesta que no está de acuerdo con la absolución de la indemnización por despido sin justa causa, ya que no se tuvo en cuenta la sentencia C593 de 2014, el cual reitera los requisitos para cualquier proceso disciplinario, esto es, que exista una comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona imputada, así como la formulación de cargos, documentos que no fueron aportados por la demandada; que se tuvo en cuenta como parte de los descargos el que la demandante haya asistido a una reunión mensual, más no porque se le hubiere citado formalmente; que la reunión grupal era para rendir informes de los indicadores, más no para descargos del proceso disciplinario; que no se le dio traslado de los cargos formulados; que no se le dio la oportunidad de formular sus descargos, controvertir pruebas y entregar las que considere pertinentes; que la negligencia grave como justa causa para poner fin al contrato no es equivalente al dolo; que no se tuvo en cuenta el principio de inmediatez en el proceso disciplinario.

4.2 Demandada PPC S.A.: Solicita revocar la decisión de instancia, dado que no se valoraron los medios de prueba aportados al proceso, mismos que dan cuenta que la actora tenía un contrato de dirección, confianza y manejo como administradora, razón por la cual, no es procedente el pago de las horas extras, además que su contratación encaja en lo estipulado en el artículo 32 del CST, es decir, la demandante era representante del patrono; que fungía como administradora del punto de venta, ella era la que hacía las funciones de dirección del establecimiento, el manejo de las planillas, supervisaba al interior del punto, estaba al tanto de la apertura y clausura del punto de venta, hacía la caja, velaba por la atención al cliente, mantenía al día los inventarios, impartía órdenes a los meseros y horneros, coordinaba los servicios a la mesa y a domicilio y el embalaje de manera correcta de los efectivos para entregarse a la transportadora; que las anteriores funciones encajan en las funciones que exige el artículo 32 del CST; que tal como lo dijo el testigo Carlos Pérez, era lógico que la demandante debía conocer todo el proceso al interior del punto de atención, y ello no implica que la demandante tuviera la única función de hacer pizzas o que tuviera que hacer las funciones de mesera; que desde el inicio se le enseñó todo el proceso y era lógico que la demandante como administradora haya conocido de todos los procesos al interior del punto; que como administradora sí era representante del patrono y como tal encaja en el contrato de trabajo de dirección, confianza y manejo, por lo que, resulta ilógico que trabajara diez horas continuas; que no es correcto afirmar como se hizo en la sentencia, de que la demandante haya laborado por diez horas continuas y sin ningún tipo de descanso; que al establecerse que el contrato es de dirección, confianza y manejo, se cae el resto de condenas, esto es, el pago de la reliquidación de prestaciones, aportes pensionales e indemnización moratoria; que debe tenerse en cuenta la buena fe, ya que la demandante durante la duración de su vínculo laboral no presentó ninguna objeción, por lo que, la entidad demandada obró de buena fe y pagó lo que tenía derecho la actora; que si la demandante hubiera presentado objeción a la liquidación final de prestaciones, la entidad hubiera puesto a órdenes del juzgado la liquidación; que no hubo mala fe de la parte demandada; que se le respetaron sus pagos, tales como horas extras, dominicales y festivos; que no se tuvo en cuenta los argumentos presentados por la defensa y que hubo una indebida valoración probatoria. En síntesis, solicita que se revoque las condenas, y se absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. En la oportunidad legal manifiesta que debe accederse favorablemente a las suplicas de la demanda, reiterando el punto que fue objeto de apelación.

6.2 Demandada. En los alegatos aduce que no se valoraron en debida forma los medios de prueba aportados, con lo cual, se debe revocar la decisión de instancia y absolver a la demandada de todas las suplicas incoadas por la parte activa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por las partes, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por los recurrentes.

2. Problemas jurídico: Corresponde a la sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿El contrato de trabajo que ligó a la demandante con PPC S.A. fue de dirección, confianza y manejo? En caso negativo ii) ¿La actora tiene o no derecho a la

reliquidación de las prestaciones sociales, incluyendo el valor de trabajo suplementario?
iii) ¿Le asiste derecho a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST? y iv) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

3. Relación laboral, modalidad y extremos temporales. Las partes no cuestionan en esta instancia las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, por lo que se partirá de la base de que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo que se renovó sucesivamente, entre el 1 de agosto de 2011 hasta el 30 de agosto de 2018. Situaciones fácticas que no sobra anotar, fueron aceptadas en la contestación de la demanda y se corroboran con el contrato de trabajo (folios 13 a 15 archivo No 01), comunicación de terminación del contrato de trabajo (folio 26 a 28 archivo No 01) y liquidación de prestaciones sociales (folio 29 archivo No 01).

4. Contrato de dirección, confianza y manejo - Trabajo suplementario. La señora María Alejandra Arenilla Amariz pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario que aduce ejecutó, ya que a pesar de que en el contrato de trabajo se le denominó como administradora, realizaba funciones de hornera, vendedora y cajera del punto de venta, en una jornada de 10 horas diarias. Petición a la que se opone enfáticamente la accionada, significando que la actora tenía un cargo de dirección, de confianza o de manejo, por lo que, se excluía del régimen de jornada máxima legal.

Para resolver el meollo del asunto, conviene traer a colación lo decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia SL1068-2021, estudió lo relativo a la *"calidad del trabajador de dirección, confianza y manejo"*, relacionando apartes de las sentencias SL40016-2012, SL38783-2011, CSJ SCL 14 de marzo de 1989, Rad.2.189, y SCL Rad. 24428-2006, para significar que dicha calidad no se adquiere por la sola denominación o estipulación sino en razón de la índole de las funciones, que deben reflejar el especial grado de compromiso, confianza y vinculación con los intereses del empleador y el manejo de la empresa, especialmente en lo tocante a los intereses económicos del dador del laborío.

Conforme a lo anterior, lo primero que debe anotarse es que desde el punto de vista formal, ciertamente en el contrato de trabajo suscrito entre las partes se indica que el oficio que desempeñará la actora es el de "administradora" (Fol. 13 y 14 archivo No 1); NO obstante, ello no pasa de ser solo en el ámbito formal, pues de las demás pruebas acopiadas al plenario se logra extraer que la demandante desarrolló funciones que correspondían a los demás empleados asignados al punto de atención, como por ejemplo, hacer pizzas, atender al público, entre otras actividades, que llevan a inferir a la Sala algo diametralmente contrario a la defensa de la accionada, esto es, que el contrato no era de dirección, confianza y manejo.

A esta conclusión se arriba luego de escuchar al representante legal, Raúl Emilio Jordán, ante la pregunta de sí la demandante también realizaba funciones de "hornera, pizzería, y otras funciones relativas al establecimiento de comercio", quien contestó que "sí", precisando que en momentos donde hay menos movimiento y el encargado se encuentra en descanso o en su hora de almuerzo *"puede pasar que llegue un domicilio de una pizza, esa pizza le corresponde a Alejandra prepararla porque pues no hay nadie más, porque el hornero está o tomando su hora de almuerzo o está de turno partido o digámoslo así tomando su descanso, entonces por eso es que hacía de pizzero, pero su función era de administradora, o sea, era la que administraba"*.

Igualmente, el testigo Carlos Parra quien es trabajador de PPC S.A., ante similar pregunta respondió que, la demandante *"tiene que conocer todas las funciones de un empleado de*

punto de venta, de un vendedor, de una señora de cocina, de un administrador, por tal motivo tiene que tener la destreza para hacer todas las funciones de esa persona. Si en un momento debe hacer porque el hornero salió o porque no está, debe hacer para subir, ir al horno y bajar un pollo o hacer un arroz con pollo debe estar en esa capacidad doctor Santiago”.

Del mismo modo, el deponente Pedro Alirio Contreras, compañero de trabajo de la demandante, señaló que en el evento de que no hubiese nadie en el punto de atención, al administrador le tocaba *"a veces hacer de vendedor, de mesero, preparar pollo, hacer pizza”.*

Ahora, ciertamente puede sostenerse que el administrador debía conocer de todos los procesos que se ejecutan al interior del punto de venta, como lo sostiene la parte demandada, pero ello no implica que el administrador debiera ejecutar o desarrollar tales funciones, ya que ello desnaturaliza la función del cargo de dirección, confianza o manejo, dejando entrever en la práctica, que el cargo de administradora que ejerció la actora, correspondía a funciones adicionales de las que realizaban los demás compañeros de trabajo, es decir, relacionadas con la operación y prestación del servicio de la sociedad demandada.

Asimismo, no se logra extraer del legajo que por ejercer el cargo de administradora haya efectuado actos que *“comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa”*, pues no aflora que haya ejercido actos de representante del empleador, como contratar productos o servicios, realizar llamados de atención ante los demás trabajadores de la empresa, o la toma de decisiones con cierta autonomía, y por ende, no puede avalarse la defensa de la entidad encartada respecto a que ejerció un cargo de dirección, confianza y manejo, pues tal como se deduce de la jurisprudencia *"no es una condición que se adquiere en virtud de una cláusula, sino en razón de la índole de sus funciones”.*

Ahora, el hecho de que a la promotora de la Litis le correspondiera diligenciar las planillas de horas extras de los demás trabajadores del punto de atención, o que haya ejercido como cajera, no determina que haya tenido la naturaleza de trabajadora de dirección, confianza y manejo, pues corresponden a funciones normales como administradora, pero de ello no se desprende que haya actuado como representante del empleador o que haya tenido un grado de responsabilidad jerárquica, pues ni siquiera se evidencia que la demandante fuera la encargada de otorgar permisos a los demás trabajadores o que en alguna oportunidad hubiera llamado la atención a cualquier de los otros trabajadores.

Así las cosas, con meridiana claridad se puede concluir que las funciones desempeñadas por la actora, no la colocan en la calidad de trabajadora de dirección, confianza y manejo, por ende, de suyo es que deba confirmarse la decisión de instancia en este aspecto.

Finalmente, frente al tema del trabajo suplementario, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana; no obstante, en tratándose de trabajadores que ejecuten actividades calificadas como de dirección, manejo o confianza, el artículo 162 del CST establece que quedarán excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que *“el hecho de que un cargo sea calificado como de dirección, manejo o confianza no acarrea su exclusión del régimen interno de la empresa en cuanto a la observancia del horario de trabajo, ni genera una disponibilidad absoluta y atemporal, pues lo previsto por el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo tiene un*

carácter excepcional, ante circunstancias concretas y sólo para efectos de no generar recargos por trabajo suplementario, cuando haya lugar a este.” (SL4883 de 2020)

Al haberse determinado que la demandante no ejerció un cargo de dirección, confianza y manejo, no estaba excluida de la jornada máxima legal, y como quiera que se aceptó por la encartada que la actora laboró diez horas diarias, situación que además se corrobora con el registro biométrico (Archivo No 12) y las planillas de los horarios (Archivo No 11). debe responder por las dos horas adicionales a las ocho diarias como lo dedujo el a quo.

5. Alzada respecto de las demás condenas impuestas. Para despachar desfavorablemente esta súplica, baste con señalar que la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa para derruir los fundamentos o razones fácticas y jurídicas en las que el Juez de primera instancia basó las respectivas condenas, no siendo de **“recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada”**, como lo ha precisado nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral, entre otras, en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215.

No obstante, en el sub-examine la parte pasiva se limitó únicamente a plantear la referida inconformidad sobre la calidad o naturaleza del contrato de la actora, sin argumentar nada frente al posible error que cometió el a quo al imponer las condenas por trabajo suplementario, reliquidación de prestaciones, aportes a la seguridad social y prescripción, impidiendo a esta colegiatura realizar pronunciamiento.

6. Indemnización moratoria. Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que en el contrato de trabajo se le vinculó como administradora, cargo de dirección, confianza y manejo, pues precedentemente se dejó sentado que ninguna probanza permite inferir razonadamente que la trabajadora tuviere tal calidad, al contrario, se dejó en evidencia que bajo ese falaz argumento, la empresa se sustrajo del reconocimiento del trabajo suplementario, cuando en la realidad desarrolló las funciones

de cualquier otro empleado, lo que denota que no estaba excluida de la jornada máxima legal, y en ese orden, yergue palmaria la condena por indemnización moratoria.

Ahora, el hecho de que la actora nunca hubiere presentado reclamación al respecto y tampoco inconformidad en la liquidación final de prestaciones sociales, no coloca a la entidad en el plano de la buena fe, pues lo que logró demostrarse en el proceso es la utilización indebida de la calidad de dirección, confianza y manejo para sustraerse de la obligación legal de reconocer el trabajo suplementario a la trabajadora, y en todo caso, sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral se ha pronunciado al respecto en sentencia SL677-2020 señalando que: *"el hecho de que la trabajadora no haya reclamado antes su derecho, y aceptara las condiciones fijadas por el empleador, no justifica el proceder de la entidad"*.

En lo que respecta a la manera en que se condenó a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ninguna disquisición se hará al respecto, teniendo en cuenta que la alzada solo estuvo referida a su no procedencia por haber actuado de buena fe, aspecto que como quedó dicho, no salió airoso.

7. Terminación del contrato de Trabajo - Proceso disciplinario para terminación de contrato de trabajo por justa causa. Sobre el punto, reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que no se requiere adelantar un procedimiento para la terminación del contrato de trabajo con justa causa, si el mismo no se encuentra estipulado en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo o convención colectiva de trabajo, además que no se puede equiparar la terminación del contrato de trabajo por justa causa con una sanción disciplinaria, para tal efecto, se pueden consultar las sentencias de radicado 4392 de 1991, No 30612 y 32422 del año 2008, criterio que la alta corporación mantiene a la fecha.

En el sub lite, se constata que en Reglamento Interno de Trabajo (Fols. 30 a 29) existe un *"procedimiento para comprobación de faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias"*, procedimiento que fue el aplicado por la empresa a la trabajadora demandante; sin embargo, en lo que refiere a la clase de sanciones, el artículo 50, estipula la multa, suspensión, llamado de atención, y amonestación o reprensión verbal o escrita multa y suspensión del contrato, sin que se incluya la terminación del contrato de trabajo, pues esta última facultad está establecida en el parágrafo de la cláusula segunda del contrato de trabajo (Fol. 13), en los siguientes términos: *"cualquier violación de estas obligaciones contractuales y de las demás que por extensión apliquen, se califican como falta grave y dará lugar a la terminación unilateral y con justa causa, por parte del empleador del contrato de trabajo"*.

Así las cosas, al quedar claro que la terminación del contrato de trabajo no es una sanción disciplinaria, el empleador no debía surtir procedimiento alguno, excepto escuchar al trabajador frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada¹, tal y como lo dejó sentado nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en sentencia SU449-2020, garantía de la hizo uso la pasiva al realizar el 29 de agosto de 2018, la diligencia de descargos (folios 24 a 28 del archivo No 03) oportunidad en la en la que la trabajadora expuso su versión frente a las preguntas relacionadas con el horario de ingreso al punto de venta, y la queja presentada por un usuario.

Aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte se desprende, con efectos de confesión, que no realizó ninguna objeción frente a los llamados de atención y descargos, al

¹ *"Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del debido proceso" (SU449-20).*

responder "no, no señor juez". Siendo así, ninguna relevancia tiene el hecho de que existiera o no citación por parte del empleador para oírlo en descargos, pues se itera, no existe procedimiento reglado que surtir al respecto, con lo cual, la alzada referida a que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, no sale avante.

No sobra mencionar que el trámite que imprimió el empleador se efectuó, además, en función a que eventualmente algunas conductas investigadas podían dar lugar a la aplicación de la sanción contemplada en el artículo 50 del Reglamento Interno de Trabajo, sin embargo, al encontrarse que daban lugar a finiquitar el contrato de trabajo, era viable que el empleador utilizara la facultad unilateral, sin que tal decisión tenga los mismos efectos de una sanción disciplinaria.

Refuerza lo anterior, el hecho de que la decisión de aplicar una sanción disciplinaria (multa o suspensión del contrato) puede ser discutida por vía de reposición, en tanto que, la decisión unilateral de terminar el contrato de trabajo por su propia naturaleza no es objeto de recursos, por ello, es que las justas causas de terminación del contrato de trabajo (Capítulo XV del RIT) se encuentran en capítulo diferente al de las sanciones disciplinarias.

Finalmente, en lo referido a que a la trabajadora no se le dio la oportunidad de controvertir pruebas y entregar las que considerara pertinentes, debe señalarse que este aspecto es propio de un proceso disciplinario o reglado, pero como se dijo, en el sub examine, no se demostró que el empleador debiera ceñirse a un procedimiento para ejercer de manera unilateral la potestad de terminar el contrato de trabajo con justa causa, pero para una mejor ilustración, la respuesta a este interrogante la podemos encontrar en la sentencia SU449-2020, cuando la Corte Constitucional dijo que el derecho a ser escuchado en descargos: *"opera como una garantía del derecho de defensa y no como un escenario de agotamiento del debido proceso, implica que, si bien estos últimos tienen la facultad de debatir y de exponer los motivos que permitan enervar la causal de terminación alegada, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores, ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada"*.

En tales condiciones, al no salir avante la alzada frente a este tópico, procede la Sala a verificar si la conducta endilgada a la actora constituye una justa causa.

8. Justa Causa para la terminación del contrato de trabajo. El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tema, la Sala ha señalado en diversas ocasiones que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su existencia u ocurrencia y el cumplimiento de las formalidades pre-establecidas, según lo estipulado en el párrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

Lo primero que resalta la Sala es que mediante comunicación del 30 de agosto de 2018 le fue notificado a la trabajadora que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa (Fol. 29 a 31 archivo No 03Contestación), en los siguientes términos:

Luego de oír en diligencia de descargos efectuada el día 29 de agosto de 2018, la compañía pudo comprobar que usted de manera totalmente e injustificada ha venido presentando múltiples retardos en la forma como se indica a continuación, conducta que ha sido recurrente, demostrando falta de interés en el cumplimiento de las políticas, situación que resulta totalmente violatoria de su principal obligación como trabajadora de la compañía, la cual supone la prestación de sus funciones dentro de los horarios y turnos que para tales efectos disponga la empresa.

Fecha	Observación
13 de agosto de 2018	Se presenta tarde a trabajar
15 de agosto de 2018	Se presenta tarde a trabajar
20 de agosto de 2018	Se presenta tarde a trabajar

Como si lo anterior no fuera suficientemente grave, resulta totalmente necesario resaltar que por este mismo tipo de conducta (retraso en su hora de ingreso a la Compañía) ya había sido sancionado anteriormente mediante la imposición de llamados de atención por parte de la compañía sin que se evidencie de su parte un cambio y disposición por cumplir con su horario laboral, situación que denota su reiterado e injustificado incumplimiento a la jornada laboral establecida por la Compañía, así como su irresponsable actitud frente a sus obligaciones contractuales demostrando además su desinterés por cumplir con su horario de trabajo.

Así las cosas, resulta inaceptable la justificación dada por usted en diligencia de descargos como quiera que usted conoce ampliamente su horario de trabajo y pese a eso no ha realizado ninguna acción tendiente a cumplirlo, tomando las medidas que resulten necesarias para tal caso.

Sus constantes retardos constituyen un grave incumplimiento de sus obligaciones como trabajador y denota su falta de intereses en acatar las normas de la compañía pues ya es reiterativo que se presenten este tipo de retrasos en el inicio de su turno al punto de completar ya numerosos antecedentes disciplinarios por la misma causa.

En igual sentido la empresa encuentra totalmente grave e injustificable el mal servicio que Usted ofreció a los clientes el día 22 de agosto de 2018 por estar viendo videos en su celular personal en horas laborales, a tal magnitud que uno de ellos presenta la queja formal ante la compañía, hechos que fueron prolongados como se demostró en el registro visual, como es de su conocimiento los clientes son la razón principal, por ende la compañía es incluyente en el buen servicio y disposición que se debe prestar a los clientes, a lo cual se evidenció que Usted hace caso omiso, afectando gravemente el Objetivo principal e intereses de la compañía.

Además de lo anterior usted presenta lo siguientes antecedentes disciplinarios:

Fecha	Medida	Causal
24 de octubre de 2011	Llamado de atención	Por mal despacho de un pedido a domicilio
19 de abril de 2013	Llamado de atención	Insistencia a una reunión de carácter obligatorio
24 de junio de 2015	Sanción 3 días	Por mala rotación de producto y no dar el previo aviso
10 de diciembre de 2015	Llamado de atención	totalidad al sistema
11 de diciembre de 2015	Llamado de atención	Realiza bajas sin previa autorización
15 de diciembre de 2015	Llamado de atención	Presenta Llegadas tarde
1 de febrero de 2016	Sanción 5 días	Omite el conteo de efectivos a su cargo, además de actitud grosera e incitar a pelear a la auditora
22 de agosto de 2016	Llamado de atención	No realiza el embalaje de manera correcta de los efectivos para la transportadora
1 de febrero de 2017	Llamado de atención	Presenta Llegadas tarde
23 de febrero de 2017	Llamado de atención	Presenta Llegadas tarde
28 de julio de 2017	Sanción 1 día	No asiste a reunión para entrega de resultado cliente oculto
26 de septiembre de 2017	Sanción 1 día	Presenta Llegadas tarde
28 de abril de 2018	Llamado de atención	Presenta Llegadas tarde
14 de junio de 2018	Llamado de atención	Presenta Llegadas tarde
10 de agosto de 2018	Llamado de atención	Presenta Llegadas tarde

Todo lo anterior evidencia los constantes incumplimientos a sus obligaciones propias del cargo, los cuales no solo se evidencian en sus constantes y reiterativas llegadas tarde a trabajar sino también en la situación anteriormente expuesta, la cual denota que usted además de no cumplir con su jornada de trabajo de manera completa, no realiza su labor de manera correcta.

En estas condiciones su proceder resulta inaceptable desde todo punto de vista y por constituir todo lo anterior una violación expresa de puntuales y claras obligaciones y prohibiciones contractuales, legales y reglamentarias no dejan alternativa distinta que dar por terminado dicho contrato en la forma como se le está comunicando.

Finalmente, se le informa que el pago de sus cotizaciones en seguridad social y parafiscalidad se encuentra al día.

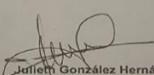
Se adjuntan copias de los comprobantes de pago de las cotizaciones de los últimos tres (3) meses así:

- Caja de Compensación (Parafiscales) CAFAM
- ARP SURA
- Pensión Fondo de pensiones y cesantías Porvenir
- Salud (E.P.S.) Famisanar

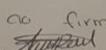
Las cotizaciones correspondientes al mes en curso, que por disposición legal la empresa efectuará finalizado el mes respectivo, le serán remitidas a la última dirección registrada en su carpeta.

Su correspondiente liquidación final de prestaciones sociales se entregan junto a el presente comunicado.

Cordialmente,


Julieth González Hernández
Directora de Gestión Humana

Se respalda a firmar, por lo cual se firma pa todos quienes dan fe que ella tiene pleno conocimiento de todo lo que aquí dice, en constancia.

Se firman:

Maira Alejandra Arenilla Amariz

En la comunicación, la entidad empleadora PPC S.A., previno o apercibió a la actora de la falta o conducta que da lugar al finiquito del vínculo, la cual consistió en síntesis en "los múltiples retardos" y en "en el mal servicio que Usted ofreció a los clientes el día 22 de agosto de 2018".

En la misiva hizo referencia al reglamento interno de trabajo y al clausulado del contrato de trabajo, de donde dedujo el a quo que la falta cometida por la actora estaba calificada como grave, lo que conduce a la Sala a determinar si en efecto, la conducta reprochada se encuentra calificada como grave en el contrato de trabajo, o reglamento interno, o por el contrario, al no estar catalogada como grave le corresponde al juez determinar si es de tal entidad que da lugar a finalizar el contrato con justa causa.

Sobre el tema, ha establecido la jurisprudencia que: *"en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T."* (SL1077 de 2018).

No obstante, en sentencia de radicado No 35998 del 25 de junio de 2009, reiterada en sentencia de radicado No 38420 del 2 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Justicia, estableció que: *"El hecho de que una conducta del trabajador sea calificada en el contrato de trabajo como falta grave que faculte al empleador para terminar el vínculo contractual por justa causa, no significa que el juez no pueda examinar los motivos aducidos para determinar si efectivamente el trabajador incurrió en dicha falta. Desde luego que no juzgará la gravedad de la misma, pues esa calificación ha sido previamente convenida por las partes, pero sí, si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva"*

Así las cosas, encuentra la Sala que el artículo 56 del Reglamento Interno de Trabajo (Fols. 54 a 59 archivo No 01) establece que "se califican como graves las siguientes faltas" que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa: "(...) 16. Los retardos, y/o los retiros antes de la hora de salida o las faltas al trabajo cuando causen perjuicio grave a la Compañía o cuando, sin causarlo, constituyen una tercera falta, aunque las faltas anteriores hubieren sido sancionadas en la forma prevista en este reglamento"

Igualmente, el artículo 51 del Reglamento Interno de Trabajo establece que constituyen faltas graves, la "e) Mala atención a los clientes internos y externos".

De lo expuesto, de manera preliminar debe decirse que es acertada la postura del a quo en lo referido a que estaba constituida la falta como grave y que por ello no podía entrar a calificar la falta, dado que, como quedó dicho, las partes convinieron en el reglamento interno su gravedad, que al configurarse da lugar a la terminación del contrato, contrayéndose la función del juez a verificar "si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva" (CSJ, SL, radicado No 35998 del 25 de junio de 2009)

En ese contexto, la Sala encuentra que la razón está del lado del cognoscente de instancia, ya que la actora en la diligencia de descargos realizada el 29 de agosto de 2018 aceptó haber cometido la conducta reprochada por el empleador, pues inicialmente se le preguntó acerca de la queja por mal servicio presentada el 28 de agosto por un cliente, ante lo cual

responde que *"si el cliente se siente mal atendido por el retardo de un producto"*; seguidamente, se le indica que *"se evidencia en video que pasa o acerca más de 4 clientes y usted no se para para brindar un buen servicio"*, aduciendo la trabajadora que *"si, eso es cierto, había terminado de almorzar y me quede reposando el almuerzo y de ahí mismo atendí"*; se le indagó entonces: *"Es consiente que por brindar un mal servicio los clientes no se llevaron una buena imagen de la compañía"*, contestando que *"si se le brindó el servicio al cliente"*; posteriormente se le pregunta *"tiene claro cuál es el protocolo de brindar un buen servicio a los clientes"*, manifestando que *"si, hacer que el cliente se valla satisfecho"*; *¿Cumplió Usted con esa función de que el cliente se fuera satisfecho?* Respondió *"No, el cliente se molestó por el retardo del pedido por olvido"*; *¿acepta Usted que incurrió en una falta propia a su cargo y obligaciones?*, diciendo que *"sí"*; *¿De quién es la responsabilidad de hacer seguimiento a los tiempos de preparación de los pedidos?*, dijo que de la *"administradora"*, y finalmente, a la pregunta *¿Si lleva 8 años debe ser una empleada ejemplar y con experiencia, el cual ese día no se evidenció, por favor indique?* Respondió que *"Todos tenemos errores y ese día cometí el error de atender sentada al cliente"*.

Ahora, sobre los retardos en la jornada laboral, se le preguntó: *¿Tiene claro cuál es el horario de ingreso al punto de venta?* Dijo que *"si claro pero por algunos son porque se me olvida o me coge trancón llego 10 minutos tarde"*; *¿es consiente que en varias ocasiones usted se presentó tarde y a pesar de los llamados de atención persiste en la falta?* Ante lo cual manifestó que *"sí"*; *¿Sabe usted que está incumpliendo a una norma establecida de la compañía y que el incumplimiento de las normas son justas causas de despido?* Manifestó *"sí"*.

Ahora, en el interrogatorio de parte afirmó la actora que el motivo de la terminación del contrato de trabajo fue por la queja de un cliente y por tres llegadas tarde, y en cuanto a la queja del cliente respondió lo siguiente: *"ese día 29 pues me encontraba yo en el punto de venta 35 Plaza de las Américas. Un cliente, pidió creo que fue una hamburguesa, pero no me acuerdo muy bien señor juez, se solicitó la hamburguesa a la cocina, el cual la señora se le olvidó, el cliente colocó la queja, donde, pues por demora del pedido, donde yo me encontraba sentada, el video mostrado por la empresa lo mostró sin mi autorización delante de toda la empresa humillándome, en este mismo día me cancelaron contrato, mostrando ese video, porque en el video aparecía yo con mi celular en la mano. Sí es correcto, sí tenía el celular en mi mano, ya que PPC manejaba un WhatsApp grupal donde nos indicaba todo, si había algo mal, si mandaba cualquier razón o Carlos Plata, la señora Mónica lo crearon y con ese objetivo pues nosotros estábamos pendientes de ese WhatsApp"*.

Posteriormente se le pregunta por la diligencia de descargos respecto de la atención de unos clientes, de la siguiente manera: *"Dice en la diligencia de descargos que se evidencia en el video que pasan o se acercan más de cuatro clientes y usted no se para para brindar un buen servicio, contesta usted, sí eso es cierto, había terminado de almorzar y me quedé reposando el almuerzo y de ahí mismo atendí. ¿Es eso cierto, que pasaron cuatro clientes?"*; respondió la actora que *"sí"*, pero precisó que *"Es una plazoleta de comida, no quiere decir que todos los clientes lleguen a consumir, pueden pasar los clientes normal, sí yo me acabe de comer y ese día me tocó así comer y ese día me tocó aprovechar que estaba solo, me compré una lasaña y yo misma la pagué porque estaba cansada de comer lo mismo de PPC, un arroz, una carne un pedazo de carne..."*

De lo expuesto, a pesar de que la causal referida a *"Mala atención a los clientes internos y externos"*, no se encuentra bien definida en el sub examine, es decir, no se tiene certeza en el legajo del *"protocolo de brindar un buen servicio a los clientes"* al que alude en los descargos la demandada, considera la judicatura que la actora acepta la causal endiligada,

pues ante la pregunta de si incurrió en una falta propia a su cargo y obligaciones, respondió que "sí"; asimismo, aceptó que es en la administradora en quien recae la responsabilidad de hacer seguimiento a los tiempos de preparación de los pedidos, y por último, fue la propia demandante quien adujo que "*Todos tenemos errores y ese día cometí el error de atender sentada al cliente*", es decir, acepta que la queja presentada por el usuario aconteció ante la demora en un pedido, en la que, era ella la obligada a supervisar y hacer seguimiento de los tiempos de entrega como administradora, siendo su excusa el que se le había olvidado a la persona que prepara los alimentos; a pesar de que en aquello tiene razón, esto es, que la demora en el pedido puede acontecer por circunstancias ajenas a la actora, habrá de tenerse en cuenta que es la misma demandante quien acepta que era la encargada de hacer el seguimiento de los tiempos de entrega y desatendió tal obligación, lo que desencadenó en la queja presentada por el usuario y por ende, constata la Sala que el trabajador "*incurrió en la conducta antilaboral*", que al haberse calificado como grave en el reglamento interno de trabajo, no queda más que decir que se aprecia la justeza del despido.

Ahora, en gracia de discusión, si la Sala llegará a la conclusión de que la causal de "*mala atención a los clientes internos y externos*", no se encuentra acreditada, debido a que no se allega el "*protocolo de atención a los clientes*" a que hace referencia la demandada en los descargos, y sin el cual, no podría tenerse certeza de si la actora lo desatendió e incurrió en la falta, considera la Sala oportuno traer a colación lo discurrido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias la SL605-2023, que rememora la de radicado 36558 del 20 de octubre de 2009, quien señaló que: "*para justificar el despido, aunque concurran varias causales, basta dar por acreditada una con mérito para ser justa causa*".

En ese orden, como quiera que en la carta de despido se hace alusión a los retardos en la llegada al lugar de trabajo, aprecia la Sala que el artículo 56 del Reglamento Interno de Trabajo (Fols. 54 a 59 archivo No 01) estipula como falta grave "(...) 16. *Los retardos, y/o los retiros antes de la hora de salida o las faltas al trabajo cuando causen perjuicio grave a la Compañía o cuando, sin causarlo, constituyen una tercera falta, aunque las faltas anteriores hubieren sido sancionadas en la forma prevista en este reglamento*"

En ese sentido, nótese que la demandada le enrostra a la actora las últimas tres llegadas tarde, esto es, la del 13, 15 y 20 de agosto de 2018, ante lo cual, en el interrogatorio de parte aceptó haber llegado tarde en varias ocasiones, e incluso, se detalla a folios 34 a 36 varios llamados de atención por "continuas llegadas tarde", esto es, la del 28 de abril, 10 de junio, y 10 de agosto de 2018, lo que conduce a concluir que la "*conducta antilaboral*", se configuró, pues a pesar de que hayan sido sancionadas con llamados de atención, las mismas partes contratantes estipularon en el Reglamento Interno de Trabajo que constituiría falta grave si se llega al tercer retardo en la llegada al lugar de trabajo, y aunque en efecto, algunas llegadas tarde pueden excusarse por el tema de movilidad u otras circunstancias, nada de eso se encuentra acreditado en el cartulario, y bajo ese horizonte, si el despido se revisa desde esta causal, se aprecia también su justeza.

En relación con la inmediatez, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que "*el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos ocurridos (CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 36014 y CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 38855, reiteradas en la CSJ SL204-2023)*".

Frente a este reparo, considera la Sala que sí se cumple con este requisito por parte del empleador, pues no se puede pasar por alto que la queja presentada por el usuario referida al "*mal servicio*", fue presentada el 28 de agosto de 2018, y la terminación del

contrato fue el 30 de agosto de 2018, lapso que conforme la jurisprudencia se torna en razonable y no evidencia falta de inmediatez como lo aduce la censura; ahora, respecto a los "retardos" en el cumplimiento del horario, tampoco se aprecia vulneración a tal principio, dado que acontecieron en el mismo mes que tuvo lugar el despido, esto es, agosto de 2018, incluso, si se tienen en cuenta las otras llegadas tarde que se documentan con los llamados de atención en el expediente (28 de abril, 10 de junio y 10 de agosto), y se delimita con la fecha de terminación del contrato (30 de agosto de 2018), está dentro de un término sensato.

Finalmente, ha considerado la jurisprudencia que en materia de terminación del contrato de trabajo con justa causa, es intrascendente si se generó un perjuicio con la conducta, en la medida en que lo que se reprocha es el incumplimiento de una obligación vedada para el trabajador, esto es, en el caso concreto, "la mala atención al cliente" y las "llegadas tarde al puesto de trabajo", como así lo ha pregonado la Corte, en los siguientes términos: *"En el asunto decidido debe resaltarse que las acciones y omisiones descritas por el empleador en la carta de finalización del vínculo fueron oportunamente por las partes -de forma previa- calificadas como graves, lo que bastó para configurar la consabida terminación justa del contrato. Ahora, la inexistencia de un perjuicio económico al empleador resulta siendo intrascendente cuando se ha demostrado el incumplimiento reprochado o la omisión proscrita, de forma que aquello es suficiente para finalizar el contrato como efectivamente tuvo ocurrencia. De allí que no se haya equivocado el ad quem en las conclusiones que fundaron su fallo" (SL21786 de 2017).*

Por lo expuesto se sigue confirmar en su integridad la decisión de primer grado, pues, como se vio en ningún dislate incurrió.

Costas. Sin costas en esta instancia, ya que ambas partes fueron apelantes, y ninguno de los recursos prosperó. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de abril del 2022, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ANA ROSA CORTÉS GARZÓN
Demandada: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA
Radicado No.: 05-2019-00023-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN– APELACIÓN ACTORA- REVOCA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la doctora CINDY JOHANA SABOGAL GAITÁN, identificada en legal forma, como apoderada especial de LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ana Rosa Cortés Garzón instauró demanda ordinaria contra La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo que se encuentra vigente desde 1º de octubre de 1993 y, en consecuencia, se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 1214 de 1990, liquidada con los últimos haberes devengados, junto con el retroactivo pensional causado, indexación, intereses de mora y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el Batallón de Intendencia es la unidad del Ejército Nacional encargada de la elaboración de uniformes y zapatos militares, así como del material utilizado en campaña, labores para las cuales se contrata personal. Expuso que nació el 7 de noviembre de 1962 y se vinculó al servicio del citado batallón, mediante contrato verbal el 1º de octubre de 1993, para desempeñar el cargo de operaria de la planta de sastrería del Batallón de Intendencia No. 1 “Las Juanas”.

Refirió que el 1º de junio de 1994, se le hizo firmar un contrato de trabajo escrito a término fijo, el cual finalizó el 31 de diciembre del mismo año; posteriormente suscribió contrato de trabajo a término fijo de un año el 1º de enero de 1995, que se ha venido prorrogando por periodos iguales a la fecha. Indicó que el último salario devengado corresponde a la suma de \$1.005.065, además, que adquirió el derecho a devengar la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, misma que fue negada por la pasiva. (Expediente digital, PDF 01Demanda, págs. 52 a 58).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descender el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que la actora se vinculó con el Batallón Las Juanas a partir del 1° de junio de 1994, es decir, posterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la que no puede ser beneficiaria del régimen especial consagrado por el Decreto 1214 de 1990. Frente a los hechos señaló ser ciertos los enlistados en los numerales 1°, 2°, 4°, 8°, 9°, 12°, 13° a 17° y 20° a 22°. En lo que hace a los demás indicó no constarle o no ser ciertos y en su defensa formuló las excepciones de mérito que formuló prescripción e inexistencia del derecho. (Expediente digital, PDF 11ContestaciónMinisterio).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de julio de 2022, en la que el fallador absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones invocadas, sin costas a la actora.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, citó el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, para luego precisar que este le es aplicable a los trabajadores oficiales por virtud de lo dispuesto en el artículo 140 del mismo Decreto, misma que señala que para causar el derecho pensional se requiere acreditar 20 años de servicio continuo. Refirió que la parte actora allegó planillas de pago de salario donde se señala que su vinculación se dio a partir del 1° de octubre de 1993, las cuales, si bien no fueron tachadas de falsas, no contienen una firma de quien las elaboró, por lo que no se tiene certeza de su autoría.

Precisó que la accionada solo acepta vinculación laboral desde 1° de junio de 1994, sin embargo, *“la inquietud es que sucedió con anterioridad al 31 de mayo de 1994 y desde el 1° de octubre de 1993, para efectivamente tener por exceptuada a la señora Ana del régimen general de pensiones”* a luz del artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Bajo ese horizonte, explicó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público certificó un tiempo de servicio laborado por la promotora del proceso, esto es, del 1° de octubre al 30 de diciembre de 1993, pero adujo la inexistencia de medio de convicción tendiente a demostrar la prestación del servicio del periodo restante.

Así lo afirmó en tanto que la prueba testimonial si bien acentuó que la trabajadora demandante laboró desde el 1° de octubre de 1993, hecho que le constó porque fue su compañera de trabajo, empero, estimó que no fue espontánea en sus respuestas, lo que hizo que perdiera credibilidad en su testimonio. Refirió que los indicios no resultan concluyentes a la hora de tener por acreditado la prestación del servicio entre 1° de enero a 31 de mayo de 1994, de ahí que debía negar el reconocimiento de la prestación solicitada.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que se debió dar aplicación a los principios de favorabilidad e in dubio pro operario, pues en caso de duda, donde existen varios indicios, deben aplicarse a su favor. Explicó que se vinculó a favor de la encartada desde 1° de octubre de 1993, aspecto que se ratificó en su interrogatorio de parte y por la testigo, luego la relación contractual debía declararse a partir de esta fecha, máxime cuando recibió salario, mismo que se registró a través de planillas informales, las cuales, si bien no tienen una firma del pagador, no fueron tachadas o desconocidas por la pasiva. Insistió que se mantuvo vigente y de forma interrumpida el contrato laboral hasta que se retiró en el año 2015 y a pesar de que suscribió el nexo contractual el 17 de junio del 94, lo cierto es que su relación de trabajo inició el 1° de octubre de 1993.

5. Alegatos de conclusión. No se presentan alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por la recurrente.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La señora Ana Rosa Cortés Garzón le asiste el derecho a la pensión prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990?; (ii) para tal efecto se determinará ¿Entre las partes existió una relación laboral con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994?

3. Pensión de jubilación por tiempo continuo. Con el propósito de resolver el problema jurídico planteado, conforme a la demanda, la respuesta a la misma y los medios probatorios allegados de manera legal y oportuna al expediente, no existe duda que la actora labora para La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia, como trabajadora oficial, desempeñando el cargo de operaria, quedando en consecuencia por determinar, si por el hecho de laborar por más de 20 años para esa entidad, le asiste el derecho a la pensión de jubilación que reclama.

En efecto el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 determina que el empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite 20 años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.

Tal disposición normativa le es aplicable a la gestora de la litis por virtud de lo dispuesto en el artículo 140, según el cual, los trabajadores oficiales de la entidad con contrato a término fijo quedan amparados por el sistema de seguridad y bienestar social, cuando la jornada de trabajo no sea inferior a 4 horas diarias; condición que cumple en tanto que así se emana del contrato de trabajo arrojado por la demandante en el que se aduce que tuvo un horario de 8 horas diarias.

No obstante, dado que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 determinó que el sistema general de pensiones contenido en la citada disposición no aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, esto es, 1° de abril de 1994, es imperativo que la señora Ana Rosa Cortés Garzón, como personal civil no uniformado, demuestre vinculación laboral con anterioridad a la citada data.

Bajo ese hilo conductor, no fue un hecho discutido entre las partes que la actora celebró por escrito con La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia contrato de trabajo a término fijo desde el 17 de junio de 1994, lo que en principio llevaría a colegir que no le asiste el derecho a la pensión de jubilación deprecada. Sin embargo, desde el escrito de demanda se señaló por aquella, vinculación laboral a partir del 1° de octubre de 1993, lo que lleva a la Sala determinar si en efecto acredita prestación del servicio a favor de la encartada desde la citada fecha.

En tal virtud, recuerda el Tribunal que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los

cuales corresponden según el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945 a la actividad personal del servicio del trabajador, la dependencia respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponer un reglamento, dar órdenes y vigilar su cumplimiento y el salario como retribución del servicio prestado.

Reunidos estos tres presupuestos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones particulares que le asigne el patrono, tampoco por las modalidades de la labor, el tiempo que en su ejecución se invierta, el sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, ni del sistema de pago o de cualquier otra circunstancia, tal como lo dispone el artículo 3° de la mencionada normatividad. Adicionalmente, no puede perderse de vista que de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se presume la existencia de contrato de trabajo entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe y aprovecha, correspondiéndole a este último desvirtuar la presunción.

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que prestó sus servicios a favor de La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia con anterioridad al 17 de junio de 1994, se aportó al diligenciamiento planilla de liquidación de salarios correspondiente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1993, elemento de persuasión que se observa fue expedido por el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Batallón de Intendencia, de ahí que no hay ninguna razón para dudar sobre lo allí incorporado, más aún cuando La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público certificó que la promotora del proceso laboró como trabajadora oficial durante los citados meses, sin que se haya formulado sobre aquellas misivas tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo certificado, conforme al art. 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

Además, se cuenta con el testimonio de la señora Carmen Cecilia Garavito Espitia, compañera de trabajo de la actora, quien afirmó que conoció a la misma en el año 1993, al realizar la ficha técnica de ingreso al Ejército Nacional de Colombia, quien venía laborando para la citada entidad, incluso desde enero a mayo de 1994, situación que recordaba en tanto para dicha data a ninguno de los trabajadores le dieron vacaciones, ni días de receso. Precisó que en su caso encontró planilla de pagos de salarios de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1993; sin embargo, aseveró que a partir de la citada data observó a la demandante laborar en la sección de gorras de la intendencia, a quien la entidad, como a ella, le cancelaba en efectivo su salario como contraprestación directa del servicio.

Contrario a lo concluido por el A quo para descartar el medio probatorio, del dicho de la testigo se desprende conocimiento de la prestación ininterrumpida de los servicios de la promotora del proceso a favor de la encartada, además, fue consistente, no incurriendo en contradicción alguna, sin que se avizore falta de fluidez o espontaneidad al relatar la forma como la accionante laboró a favor del Ejército Nacional de Colombia desde octubre de 2013, cuando está por demás decir que, a juicio de la Sala no estaba imposibilitada para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fue su compañera de trabajo, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conociera las condiciones reales de la prestación del servicio.

Así entonces, los medios de convicción aquí arrimados por la actora llevan al pleno convencimiento que la labor realizada en beneficio de la demandada fue continua, permanente e ininterrumpida desde octubre de 1993 y hasta antes del 17 de junio de 1994, pues, así dan cuenta las planillas de salario emitida por la propia encartada, la certificación expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, la declaración

aquí vertida, la cual, valga precisar, es coherente con lo relatado por la demandante que refirió vinculación laboral verbal con la entidad desde octubre de 1993 a junio de 2014, fecha a partir de la cual firmó contrato de trabajo de manera escrita. Refirió que entre diciembre de 1993 a enero de 1994 no le fue concedido descanso o vacaciones, como si se le otorgó a otro personal de la entidad, luego laboró de forma permanente, acotando que el pago del salario se realizaba en efectivo entregado en sobres.

Por tanto, se encuentra demostrado el error en que incurrió la cognoscente de primer grado al colegir lo contrario, pues es claro que se encuentra probada la prestación del servicio por parte de la gestora de la litis al servicio de La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia, durante el periodo reclamado para efectos pensionales, sin que haya sufrido interrupciones. De acuerdo con lo anterior, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo a favor de la demandante, contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual, de entrada, se advierte que no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la actora desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante. En consecuencia, es procedente reconocer como laborados el periodo entre el 1º de octubre de 1993 al 16 de junio de 1994, pues el empleador sólo a partir del día siguiente suscribió contrato de trabajo a término fijo, hecho que se corrobora con la certificación que expidió.

Esclarecido que entre las partes se suscitó una relación laboral desde el 1º de octubre de 1993, es claro que la actora se encuentra cobijada por el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, ya que su vinculación tuvo ocurrencia antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, por manera que se abre paso para la Sala el estudio de los requisitos estructurantes de la prestación económica deprecada, en orden a establecer si le asiste o no derecho a la actora a su reconocimiento. Señala la disposición legal que dicha prestación es concebida para aquellos trabajadores que hayan laborado cuando menos 20 años de servicio continuó en cualquier tiempo, sin importar su edad.

Bajo ese presupuesto, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que la trabajadora laboró a favor de La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia de forma ininterrumpida y constante desde 10 de octubre de 1993 y por lo menos hasta el 1º de enero de 2015, data que se menciona como fecha de corte de la certificación laboral expedida por la citada entidad, sin que se evidencien lapsos que hagan presuponer la solución de continuidad en la prestación de los servicios, de suerte que los 20 años de servicio los cumplió el 10 de octubre de 2013, por lo que constata la Sala que en efecto causó la pensión de jubilación por tiempo continuo, en los términos del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

De acuerdo con el anterior derrotero, no le asiste razón al juez de primer grado cuando negó la pensión reclamada por la promotora del proceso, luego ante tal equívoco impone a la Sala a revocar la sentencia de primer grado, para en su lugar **DECLARAR** que le asiste el derecho a la pensión de jubilación por tiempo continuo, en los términos del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, a partir del 10 de octubre de 2013.

4. Monto de la pensión. Conforme a ello, basta decir que el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 señala que la pensión mensual vitalicia de jubilación será el equivalente al 75% del último salario devengado, tomando como base los factores señalados en el artículo 103. No obstante, como la Sala no tiene certeza si en la actualidad aún persiste el vínculo laboral con la encartada, ni cuenta con los elementos probatorios tendientes a verificar el último salario devengado por aquélla, el monto corresponderá a lo dispuesto en la citada disposición normativa, por lo que así se declarará.

5. Disfrute de la pensión. Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria su desvinculación laboral de la entidad, circunstancia de la que no se tiene prueba en el proceso, por lo que esta Sala **CONDENARÁ** a la encartada a reconocer a la demandante la pensión de jubilación por tiempo continuo, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, desde el 10 de octubre de 2013, pero con efectos fiscales a partir de la data que se acredite el retiro del servicio.

6. Excepción de prescripción. Cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho, criterio que ha sido sostenido insistentemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2662-2019.

En el presente asunto la excepción de prescripción no puede ser declarada probada, toda vez que como se indicó el disfrute de la pensión de jubilación reclamada será a partir de la fecha en que se acredite el retiro del servicio de la actora, por lo que, al no causarse mesadas pensionales, es claro que tampoco puede operar el citado fenómeno prescriptivo.

7. Intereses moratorios e indexación. No se accederá a esta pretensión pues la Sala de decisión Laboral no encuentra elemento probatorio que dé cuenta de que la demandada adeude mesadas pensionales sobre las cuales deba aplicarse intereses moratorios o indexación.

8. Costas. En ambas instancias a cargo de La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que **ANA ROSA CORTÉS GARZÓN**, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por tiempo continuo, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

SEGUNDO: CONDENAR a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA**, a reconocer a **ANA ROSA CORTÉS GARZÓN** la pensión de jubilación por tiempo continuo a partir del 10 de octubre de 2013, en cuantía equivalente al 75% del último salario devengado, tomando como base los factores señalados en el artículo 103 de la citada disposición, prestación que se hará efectiva, una

vez se acredite el retiro del servicio de la demandante, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: DECLARAR NO probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA**. Las de primera instancia tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

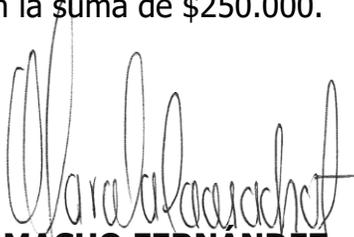


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **ANA ROSA CORTÉS GARZÓN** y a cargo de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA**, en la suma de \$250.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARINA CARDONA ZAPATA
Demandada: FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y OTRA
Radicado No.: 16-2019-00863-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- COMPAÑERAS
PERMANENTES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Marina Cardona Zapata instauró demanda ordinaria contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con el propósito de que sea condenada a reconocer y pagar sustitución pensional causada por el fallecimiento de su compañero permanente José María Parra González, desde el 20 de abril de 2018, junto con los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que convivió en unión marital de hecho con el señor José María Parra González desde el 04 de agosto de 1956; que convivieron en distintos lugares, inicialmente en Pereira, luego en Cartago, Alcalá-Valle, Quimbaya, la Tebaida y finalmente en Armenia; que durante la relación marital procrearon ocho hijos, mayores de edad y uno de ellos ya fallecido; que fue beneficiaria del sistema de seguridad social en salud de su compañero permanente Parra González; que dependía económicamente de su compañero permanente, dado que se dedicaba a las labores del hogar; que el 23 de septiembre de 1961 el señor José María Parra González contrajo matrimonio católico con la señora María Isleny Osorio Ocampo, pero nunca hizo vida marital con ella, al punto que el 03 de febrero de 2006 el Juzgado Cuarto de Familia de Armenia declaró la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia el 27 de abril de 2006; que la unión marital entre la actora y José María Parra González se mantuvo vigente hasta el fallecimiento del señor Parra González, ocurrido el 20 de abril de 2018; que el señor José María Parra González el 11 de agosto de 1989 radicó ante Ferrocarriles Nacionales de Colombia, un documento en la que expresó que la sustitución pensional debería ser concedida a Marina Cardona Zapata en calidad de compañera; que ante el fallecimiento de José María Parra González elevó solicitud de reconocimiento pensional ante la entidad demandada, pero mediante Resolución No 1696 del 19 de septiembre de 2018 le fue negado el derecho, tanto a la demandante como a la señora Amanda Jiménez Vargas, hasta tanto la autoridad competente declare el derecho a favor de las reclamantes; que el señor José María Parra González era pensionado por Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución No 730 del 02 de septiembre de 1987 y la cuantía de su pensión a la fecha de fallecimiento ascendía a \$1.587.192. (Expediente digital, PDF 01 y 06)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 10 Folios. 4 y 5); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que en sede administrativa no quedó claramente demostrada la condición de beneficiaria de la actora, es decir, no se presentaron suficientes elementos probatorios que acreditaran la convivencia real y efectiva, máxime cuando se presentó otra reclamante solicitando el mismo derecho. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, y la genérica.

(Expediente digital, PDF Contestación Proceso 2019-863)

3.2 Amanda Jiménez Vargas. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones con sustento en que quien convivió con el señor José María Parra González fue ella y no la demandante; de igual modo, a través de demanda de reconvencción pretende que la sustitución pensional sea reconocida a su favor, junto con el retroactivo, los intereses moratorios y/o la indexación. (Expediente digital, PDF Demanda y Anexos)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 07 de octubre del 2022, en la que la falladora de instancia declaró que Marina Cardona Zapata en calidad de compañera permanente, tiene derecho al reconocimiento del 100% de la sustitución de la pensión causada por el fallecimiento de José María Parra González; condenó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a reconocer la prestación en un 100% a partir del 20 de abril de 2018, en forma indexada al momento de su pago; autorizó a la demandada a realizar los descuentos al sistema de seguridad social en salud; declaró no probada las demás excepciones; absolvió a la demandada de la pretensión elevada por Amanda Jiménez Vargas; condenó en costas al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a la señora Amanda Jiménez Vargas.

Para arribar a tal decisiva, tuvo como problema jurídico a dilucidar, si le asiste derecho o no a las señoras Marina Cardona Zapata y Amanda Jiménez Vargas al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que venía devengando José María Parra González, en calidad de compañeras permanentes. A ese propósito, señaló como no controversial que a José María Parra González, le fue reconocida pensión de vejez por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien falleció el 20 de abril de 2018, momento para el cual se encontraban vigentes los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Luego de citar el contenido de aquellas disposiciones, se adentra al análisis del acervo probatorio, para luego concluir que se encuentra acreditado el requisito de la convivencia respecto de la señora Marina Cardona Zapata y el señor José María Parra González, no así respecto de la señora Amanda Jiménez Vargas y José María Parra González, ello por cuanto la primera logra acreditar que convivió con el de cujus por más de 30 años, con quien procreó ocho hijos, además de estar afiliada al sistema de salud como beneficiaria. Igualmente, que los testigos dieron cuenta de la convivencia, que nunca hubo interrupciones, y que el señor José María Parra González falleció en la casa donde habitaban con Marina Cardona Zapata en la ciudad de Armenia, incluso la señora Amanda Jiménez Vargas tenía conocimiento de que el señor José María Parra González convivía con Marina Cardona Zapata.

Ahora, en cuanto a la señora Amanda Jiménez Vargas adujo que no logró demostrar la convivencia con José María Parra González, pues los testigos que trajo al diligenciamiento no fueron coherentes entre sí, y tampoco brindaron información acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cómo se desarrolló esa convivencia, razón por la cual, no se puede determinar la existencia de una convivencia simultánea de las reclamantes con el señor José María Parra González.

Bajo ese horizonte, procedió a reconocer la sustitución pensional a favor de la señora Marina Cardona Zapata en cuantía de un 100% de la pensión que venía disfrutando el señor José María Parra González, a partir del 20 de abril de 2018.

Frente a los intereses moratorios, determinó que no prosperan los mismo, dado que la prestación no hace parte de una prestación económica establecida en virtud de la ley 100 de 1993, y en gracia de discusión, tampoco resultarían procedentes, dado que la entidad demandada no tenía la certeza ni la convicción de la calidad que alegaban las aquí reclamantes del derecho pensional, por lo que, la negativa en el reconocimiento pensional aducida en el trámite administrativo se encontraba respaldada normativamente. Ahora, como no hay lugar a los intereses moratorios, ordenó la indexación por efecto de la actuación del poder adquisitivo de la moneda. (Expediente digital, audio archivo No 19 y acta archivo No 20)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión fue interpuesto recurso de alzada por las siguientes partes procesales:

5.1 Demandada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia: Manifiesta que la entidad demandada decidió suspender el reconocimiento de la sustitución pensional causada por el fallecimiento de José María Parra González, ya que no quedó demostrado con claridad y convicción la convivencia que manifestaban las reclamantes, lo que generaba que la situación fuera dirimida ante la justicia ordinaria laboral, por lo que, el tiempo que transcurre entre el trámite administrativo y el judicial no tiene que ser endilgado a la demandada, y en ese orden, resulta improcedente la condena en costas que se le impuso a la entidad demandada.

5.2 Amanda Jiménez Vargas: Interpuso y sustentó el recurso de apelación; sin embargo, mediante oficio del 14 de octubre de 2022 (Archivo No 21) presentó desistimiento del recurso de apelación.

6. Alegatos de conclusión. La demandada solicita que se revoque la condena en costas, dado que al estar en discusión la prestación entre beneficiarias estaba imposibilidad para definir la situación por la vía administrativa, debiendo necesariamente las partes acudir a la vía judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, así como también se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que le haya sido desfavorable al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Igualmente, en lo que refiere a Amanda Jiménez Vargas se estudiará la decisión absolutoria en su contra, en el grado jurisdiccional de consulta (AL1541-2020), previo la siguiente acotación.

En escrito presentado por la apoderada judicial de la señora Amanda Jiménez Vargas, solicita que *"se sirva aceptar el DESISTIMIENTO DEL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA"*.

Para resolver el pedimento formulado, importa resaltar que, el artículo 316 del C. G. P., aplicable al proceso laboral por interpretación analógica según el artículo 145 del C.P.T y S.S, dispone que las partes podrán desistir de los recursos interpuestos, de los incidentes, de las excepciones y, en general, de los demás actos procesales que hubieren promovido.

El auto respecto del cual la apoderada judicial de la interviniente elevó solicitud de desistimiento corresponde al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, siendo oportuno precisar, que a la profesional del derecho le fue conferida la facultad expresa de desistir según poder allegado al legajo (Fls. 17 archivo 35 CD- Folio 645).

Por lo tanto, la Sala estima que el desistimiento del recurso de apelación reúne los requisitos previstos en el artículo 316 del C. G. P., razón por la cual se dispondrá su aceptación en la parte resolutive de este proveído.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Marina Cardona Zapata y Amanda Jiménez Vargas, demostraron la calidad de compañeras permanentes del causante José María Parra González y reúnen las condiciones legales para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes por parte del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿A partir de que data y tiene derecho al pago del retroactivo pensional e indexación?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de José María Parra González, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 09581662, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 20 de abril de 2018. (Expediente digital, PDF 04, pág. 16)

4. Calidad de pensionada del cujus. No se discute que José María Parra González fue pensionado por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por medio de la Resolución núm. 2276 del 06 de septiembre de 1977 (Fol. 28 archivo No 01), modificada mediante Resolución No 730 del 02 de septiembre de 1987 (Fol. 30 archivo No 01), efectiva a partir del 16 de junio de 1979 (Fol. 26 archivo No 01), lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con los referidos actos administrativo.

5. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

6. Requisitos de la pensión de sobrevivientes – compañero permanente de pensionado. Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, según el cual son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con éste por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del deceso, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

6.1. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañero permanente no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Así mismo, en sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

En el sub lite, del acto administrativo (Resolución No 1696 del 19 de septiembre de 2018-Fol. 2 a 7 archivo No 04) expedido por la demandada se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañeras permanentes, sino el eje toral de discusión es el lapso de los últimos 5 años de convivencia en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se entrará a dilucidar más adelante.

6.2 Convivencia. Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en **todos los eventos** que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

El anterior criterio se mantiene vigente en los casos en que la pensión de sobreviviente sea perseguida por el (la) compañero(a) permanente, no así frente al (la) cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010-19, SL5169-19 y SL4771-2020.

Ahora, en lo referente al lapso de la convivencia baste decir que en los eventos en que el reclamante sea compañero permanente de la pensionada, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en el SL362-21, que reiteró lo dicho en la SL1399-18, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)".

6.3. Solicitud de Marina Cardona Zapata.

6.3.1 Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la reclamante nació el 04 de agosto de 1935, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF Contestación Proceso 2019-863, pág. 270), luego para la muerte del señor José María Parra González contaba con 82 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

6.3.2 Convivencia. Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Marina Cardona Zapata, en calidad de compañera permanente a reclamar la pensión de sobreviviente ante el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dicha entidad mediante Resolución No 1696 del 19 de septiembre de 2018 (Fol. 2 a 7 archivo No 04), le negó la misma con fundamento en que *"se determinan serias y profundas contradicciones entre el derecho pensional reclamado por las señoras AMANDA JIMÉNEZ VARGAS Y MARINA CARDONA ZAPATA en lo atinente a la convivencia real y efectiva, en forma permanente y hasta el día del deceso del señor JOSÉ MARÍA PARRA GONZÁLEZ, situación que se presenta a lo largo de la documentación arrojada al trámite y que fuera objeto de análisis en la presente providencia".*

Con arreglo al soporte soporte legal y jurisprudencial, en el *sub examine* se deberá establecer si la actora acredita el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores al producirse la muerte del pensionado que ocurrió el 20 de abril de 2018.

En esa dirección, la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 04 de agosto de 1956 y se mantuvo hasta el óbito del señor José María Parra González. Para su demostración trae al cartulario declaración extra juicio efectuada por Alexandra Gómez García (Fol. 789 a 790 archivo No 04), quien declaró conocer a la pareja desde 1956 y hasta el 20 de abril de 2018, fecha de fallecimiento de José María Parra González.

Así las cosas, el primer aspecto a dilucidar es que los documentos que contienen las declaraciones extraprocesales, se asimilan al testimonio (SL4167-2020 y SL1669-2021) y así deben valorarse; tiene dicho la Corte que no requieren ratificación salvo que la parte contraria lo solicite (SL9160-2017), y que en el evento de solicitar la ratificación le corresponde a la parte interesada, hacer lo posible para lograrla, lo que no aconteció en la causa que aquí se estudia; sin embargo, la señora Alexandra Gómez García, rindió su declaración como testigo y allí manifestó que fueron vecinos de la pareja Parra Cardona

hace aproximadamente 38 años, además de ser amiga de los hijos que tuvo la pareja; dio cuenta la testigo que el señor José María Parra González convivió con la señora Marina Cardona Zapata de manera ininterrumpida, que no conoció de la existencia de hijos por fuera de esa relación, y que respecto a la señora Amanda Jiménez Vargas, solo se dio cuenta de su existencia el día del velorio del señor José María Parra González; manifestó que el señor José María Parra González falleció de neumonía, y que, como los hijos eran amigos, fueron ellos que le avisaron de la muerte del señor José María Parra González, y que aquel falleció en la casa donde residía con Marina Cardona Zapata; dijo que residían relativamente muy cerca y que se veían uno o dos días a la semana, y que "doña Marina nos invitaba a almorzar y todo"; manifestó que estuvo en las honras fúnebres, las cuales se efectuaron en Armenia y que las cenizas se las llevó un hermano para Cali.

La señora Teresita Cardona Fernández, en su testimonio dio cuenta que conoció a la pareja Parra Cardona desde aproximadamente treinta años, quienes tuvieron ocho hijos; que el señor José María Parra González falleció en abril de 2018, y asistió al sepelio, el cual se realizaron en Jardines de Armenia; que visitaba constantemente a la pareja, incluso que en diciembre compartían "una cosita" de la una a la otra; que el señor José María Parra González estuvo hospitalizado un tiempo y luego lo llevaron para la casa donde convivía con la señora Marina Cardona Zapata, donde falleció; que estuvo presente el día del fallecimiento; indicó que a la señora Amanda Jiménez Vargas la conoció en el cementerio durante un episodio que aconteció ese día.

Lo primero que viene a propósito colegir es que, en términos del artículo 211 del CGP enseña que: "*El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso*" teniendo en cuenta las "*circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas*", y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica, presupuestos que no se avizora que la falladora de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorada la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión de la cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandada enervar la solidez, contundencia y espontaneidad en punto a la convivencia configurada con el dicho de los testigos traídos al diligenciamiento.

Debe tenerse en cuenta que el relato que hicieron Alexandra Gómez García y Teresita Cardona Fernández fue coherente y espontáneo, en punto a que conocieron a la pareja por más de treinta años, y asistieron a sus honras fúnebres, precisamente por la cercanía que tenían con la pareja y por ser "vecinas", además que no se constata ninguna contradicción con el dicho de la señora Marina Cardona Zapata, esto es, que en efecto el señor José María Parra González convivió con aquella, y de esa relación procrearon ocho hijos; que en sus últimos meses de vida estuvo hospitalizado; que los visitaban frecuentemente por la cercanía de sus residencias, y que compartían cierto grado de amistad, por lo que, estuvieron presentes en las honras fúnebres, además de que en el caso de Teresita Cardona Fernández estuvo presente el día del fallecimiento, razón por la cual, coincide en un todo su versión con el dicho de la reclamante, dado que en efecto después de la hospitalización lo llevaron a la residencia donde convivían con la señora Marina Cardona Zapata, lugar donde feneció.

Asimismo, aparece a folio 780, archivo No 04, un certificado de afiliación al sistema general de seguridad social en salud, en el que aparece la señora Marina Cardona Zapata como beneficiaria, cuya fecha de afiliación es el 01 de enero de 1998, y si bien aquel documento no es plena prueba demostrativa de la convivencia (SL3848-2020), si es indicativa de que la misma se mantuvo sin interrupción, pues no de otra manera debe entenderse, porque la afiliación como beneficiarios es para quienes hacen parte del grupo

familiar del afiliado principal, en este caso, la señora Marina Cardona Zapata en calidad de compañera permanente.

De otro lado, resulta relevante el dicho de la señora Amanda Jiménez Vargas, quien en el interrogatorio de parte acepta que José María Parra González convivía con Marina Cardona Zapata, ya que así se lo contaba el causante, además dijo que antes de fallecer José María Parra González se lo llevaron para la casa, esto es, donde residía con Marina Cardona Zapata.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que efectivamente alcanzó demostración la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para acceder a la prestación pensional solicitada por parte de Marina Cardona Zapata, sin que el interrogatorio de parte que se le practicó a la actora tenga la suficiencia para infirmar las declaraciones que se recibieron de las testimoniales, pues su versión no tiene contradicción con lo dicho por los testigos, es decir, la convivencia real y efectiva con vocación de permanencia y conformación de vínculos de afecto, solidaridad y socorro mutuo dentro de los últimos 5 años de vida de la causante.

Bajo ese contexto, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que Marina Cardona Zapata convivió en calidad de compañera permanente con el de cujus por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso, por lo que forzoso es concluir, entonces, que tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes.

6.4 Solicitud de Amanda Jiménez Vargas.

6.4.1 Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la reclamante nació el 01 de enero de 1953, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF Contestación Proceso 2019-863, pág. 227), luego para la muerte del señor José María Parra González contaba con 65 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

6.4.2 Convivencia. Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Amanda Jiménez Vargas, en calidad de compañera permanente a reclamar la pensión de sobreviviente ante el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dicha entidad mediante Resolución No 1696 del 19 de septiembre de 2018 (Fol. 2 a 7 archivo No 04), le negó la misma con fundamento en que *"se determinan serias y profundas contradicciones entre el derecho pensional reclamado por las señoras AMANDA JIMÉNEZ VARGAS Y MARINA CARDONA ZAPATA en lo atinente a la convivencia real y efectiva, en forma permanente y hasta el día del deceso del señor JOSÉ MARÍA PARRA GONZÁLEZ, situación que se presenta a lo largo de la documentación arrojada al trámite y que fuera objeto de análisis en la presente providencia"*.

En el *sub examine* se deberá establecer si la señora Amanda Jiménez Vargas acredita el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores al producirse la muerte del pensionado que ocurrió el 20 de abril de 2018.

En esa dirección, la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 27 de mayo de 1970 y se mantuvo hasta el óbito del señor José María Parra González. Para su demostración trae al cartulario una serie de registros fotográficos (Fol. 69 a 79 archivo demanda y anexos); empero, tal como lo tiene decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *"de allí no emerge necesariamente una convivencia de la pareja en los últimos años de vida del causante"*(SL15961-2014).

Ahora, en lo que tiene que ver con la prueba testimonial se trajo al proceso a Martha Rosa Vélez Jaramillo y José Héctor Castrillón Muñoz, quienes de manera genérica expresaron conocer a la pareja Parra Jiménez; sin embargo, no detallaron circunstancias específicas del cómo y por qué lapso se desarrolló tal convivencia, pues en el caso de Martha Rosa Vélez Jaramillo dijo que en algún tiempo le arrendó la casa, pero cuando le preguntaron hasta que fecha vivieron en ese lugar, respondió que no recuerda, asimismo, en muchos de sus apartes hace referencia a aspectos que acontecieron hace mucho tiempo, de hecho dice que "estábamos pollitas", y cuando se le preguntó frente a los últimos años de vida del señor José María Parra González, manifestó que no tuvo conocimiento cuando falleció y que no fue al sepelio porque no le avisaron. Del mismo modo, resulta contraria su versión con la rendida por la reclamante Amanda Jiménez Vargas, ya que mientras la deponente dijo no conocer o saber acerca de Marina Cardona Zapata, la propia peticionaria manifestó que era conocedora por haberle dicho el causante que tenía una relación con Marina Cardona Zapata, lo que deja entrever además que no existía esa cercanía de la testigo con la señora Amanda Jiménez Vargas, y por ende, ninguno de sus dichos referidos a la convivencia pueden tenerse en cuenta en punto a estructurar la convivencia de Amanda Jiménez Vargas y José María Parra González, menos aún en los últimos cinco años antes del deceso de este último.

En lo que concita con José Héctor Castrillón Muñoz, solo dio cuenta de aspectos acontecidos en el año de 1985, pues fueron compañeros de trabajo con el señor José María Parra González, pero para esa calenda lo trasladaron a la ciudad de Cali, y a pesar de que manifestó que los frecuentaba cada vez que viajaba a Armenia, no especificó fechas ni hechos característicos de la convivencia, incluso, llama la atención que siendo compañero de José María Parra González no haya conocido la existencia de la relación que aquel sostenía con Marina Cardona Zapata, ya que dice haberse enterado en el velorio; empero, tal circunstancia era un aspecto conocido por la propia Amanda Jiménez Vargas, por lo que, deja en tela de juicio que haya sido cercano a la pareja Parra Jiménez y menos aún puede estructurarse la convivencia exigida en los últimos cinco años anteriores al fallecimiento de José María Parra González, y a pesar de que en efecto, el causante haya tenido una relación sentimental con Amanda Jiménez Vargas, de las pruebas recaudadas no logra extraerse con certeza que hayan mantenido "*vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común*", por lo menos en los últimos cinco años antes de fallecer el señor José María Parra González.

Bajo ese contexto, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado no se probó que Amanda Jiménez Vargas convivió en calidad de compañera permanente con el de cujus por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso, por lo que forzoso es concluir, entonces, que no tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes.

7. Conclusión. Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes solo a la señora Marina Cardona Zapata, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 20 de abril de 2018, sobre el 100% de la prestación económica que percibía José María Parra González para el momento de su fallecimiento, esto es, \$1.587.192 (Certificación Folio. 317 archivo Contestación proceso 2019-863).

8. Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afectada por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 20 de abril de 2018, la reclamación administrativa se presentó el 26

de abril de 2018 (Fol. 783 archivo No 04), que fue resuelta a través de Resolución No 1696 del 19 de septiembre de 2018 (Fols. 2 a 7 archivo No 04), notificada el 20 de septiembre del mismo año, por lo que debía desde allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 01 de agosto de 2019, no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo.

9. Retroactivo pensional. De conformidad con el artículo 283 del CGP, hay lugar a efectuar la condena en concreto, ello debido a que en el expediente se cuenta con el valor de la mesada pensional que venía devengando el señor José María Parra González para la fecha de fallecimiento, esto es, año 2018. En ese orden, realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$123.220.599**, correspondiente a las mesadas causadas entre 20 de abril de 2018 y el 31 de mayo de 2023, y a partir del 1º de junio de 2023 el **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia** deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a **\$2.063.689**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de jubilación que venía recibiendo el señor José María Parra González, fue causada (16 de junio de 1979) con anterioridad a la vigencia del mismo.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	Valor mesada	# mesadas	Total retroactivo
2018	3,18%	\$ 1.587.192	10,37	\$ 16.453.890
2019	3,80%	\$ 1.637.665	14	\$ 22.927.306
2020	1,61%	\$ 1.699.896	14	\$ 23.798.544
2021	5,62%	\$ 1.727.264	14	\$ 24.181.700
2022	13,12%	\$ 1.824.337	14	\$ 25.540.712
2023		\$ 2.063.689	5	\$ 10.318.447
TOTAL				\$ 123.220.599

10. Descuentos. Se autoriza igualmente al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

11. Indexación. Esta Colegiatura confirmará la condena por indexación debido a la mengua de la condena ante el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, misma que debe ser asumida por quien debe realizar el pago, en este caso, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, sin que sea dable analizar su proceder de buena o mala fe en el presente asunto, debido a que la actualización no es una sanción al deudor, sino un mecanismo para resarcir al acreedor por la pérdida de la depreciación monetaria. Corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y corre desde la causación de cada mesada pensional hasta el momento efectivo del pago de la obligación.

12. Costas. Sin costas en esta instancia, dado que la demandada solo presentó recurso de alzada frente a las costas procesales, siendo que el punto neural de la controversia

referido a la pensión de sobrevivientes se estudió en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman, dado que de conformidad con el artículo 365, numeral 1° del CGP, la parte vencida debe responder por las costas, sin que tenga vocación de prosperidad la alzada en este ítem, dado que es irrelevante que la entidad sea de carácter público, y en todo caso no puede dejarse de lado que la demandada ejerció férrea oposición a las pretensiones y resultó vencida.

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

RESUELVE

PRIMERO.: ACEPTAR el desistimiento que formuló Amanda Jiménez Vargas respecto del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 07 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

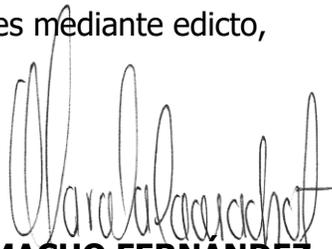
"SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar a la señora **MARINA CARDONA ZAPATA**, el retroactivo pensional causado desde el 20 de abril de 2018 hasta el 31 de mayo de 2023, la suma de **\$123.220.599**. A partir del 1° de junio de 2023, el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA deberá pagar a la demandante, la mesada pensional equivalente a \$2.063.689, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre de cada anualidad.

Parágrafo: ORDENAR la INDEXACIÓN de las mesadas que componen el retroactivo pensional aquí ordenado, y de las mesadas que se sigan causando con posterioridad, indexación que correrá desde la causación de cada mesada pensional y hasta el momento del pago efectivo de la obligación, en los términos expuestos en la parte motiva de este fallo".

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JHON KENNEDY ZAPATA RODRÍGUEZ
Demandada: TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.
Radicado No.: 13-2020-00131-02
Tema: BENEFICIOS EXTRALEGALES– APELACIÓN ACTOR-REVOCA PARCIAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jhon Kennedy Zapata Rodríguez instauró demanda ordinaria contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 15 de octubre de 2010 al 11 de abril de 2017, de forma ininterrumpida y a término indefinido, en tanto que la cláusula contractual que estipulaba el término del contrato es ineficaz, de acuerdo con lo estipulado en la convención colectiva de trabajo 2008 -2009, la cual le es aplicable, así como el texto extralegal 2015-2019, en su parte general. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de primas semestrales extralegal, prima de vacaciones, reliquidación de cesantía teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en los citados textos extralegales que no le fueron pagados, indemnización legal y extralegal por despido sin justa causa, indemnización moratoria, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la sociedad Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores S.A. cambió su nombre por el de Thomas Prosegur S.A. y posteriormente al de Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., prestando sus servicios a esta mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de octubre de 2010 al 11 de abril de 2017, en el cargo de Tripulante, quien lo capacitó, supervisó, impuso horario y le dio órdenes para el cumplimiento de todas sus labores. Refirió que fue contratado para prestar sus servicios a la demandada mediante un tercero llamado Serdempo S.A.S., para desarrollar actividades propias del objeto social de la demandada.

Explicó que entre la enjuiciada y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. "SINTRAVALORES", firmó una convención colectiva de trabajo el 12 de diciembre de 2007, la cual se depositó ante el Ministerio de Trabajo el 13 de diciembre del año 2007, cuya vigencia radica entre el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009, misma que se prorrogó hasta el 21 de octubre de 2015, cuando se depositó una nueva convención. Advirtió que se afilió a la citada organización sindical el 27 de junio de 2016, misma que fue comunicada a su empleador en la citada fecha.

Precisó que el citado texto extralegal aplica, sin distinción, a todos los trabajadores de la compañía, razón por la cual las cláusulas convencionales están integradas al contrato de trabajo suscrito entre las partes, de ahí el carácter indefinido del vínculo laboral, como consecuencia de la aplicación de la cláusula 3° del texto extralegal 2008-2009. Agregó que la convención colectiva de trabajo 2015-2019, se estableció en el artículo 70 que las normas contenidas en el denominado capítulo especial solo aplican al personal nuevo y no a los trabajadores que como él, al 20 de octubre de 2015, estaban vinculados a la compañía demandada, por lo que aquella le adeuda beneficios convencionales, excepto los comprendidos en las cláusulas del capítulo especial. (Expediente electrónico, PDF 01Proceso, págs. 6 a 29).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, a excepción de lo relativo sobre la existencia de la relación laboral y del contrato de trabajo suscrito por las partes a término fijo, mismo que finalizó por expiración del plazo fijo pactado. Refirió que al inicio del nexo contractual el actor decidió adherirse voluntariamente al pacto colectivo vigente al interior de la compañía y sólo hasta el 27 de junio de 2016, ejerció positivamente su derecho de asociación sindical, fecha desde la cual empezó a recibir los beneficios convencionales vigente al interior de la empresa. Advirtió que al ser Sintravalores un sindicato minoritario y al existir otras organizaciones sindicales, tales como UNTEDV, SINTRANSVASEG y SINTRAPROSEGUR, la aplicación de la convención colectiva únicamente se da respecto de sus afiliados, condición que el promotor del proceso no cumple.

Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 4°, 5°, 11° a 13° y 21°, parcialmente el 2°, 3°, 7° y 8° y, frente a los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación, prescripción, compensación, inaplicabilidad de la convención, inexistencia de sindicato mayoritario y buena fe de la demandada. (Expediente electrónico, PDF 01Proceso, págs. 312 a 331).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de marzo de 2023, en la que la falladora declaró probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas, sin costas al actor.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía dilucidar si el verdadero empleador del demandante lo fue la pasiva durante el tiempo que estuvo vinculado a Serdempo S.A.S.; si le aplican las convenciones colectivas de trabajo solicitadas; modalidad contractual y la forma en que finalizó el contrato de trabajo. Con tal propósito aclaró con respecto al reintegro solicitado en aplicación a las facultades extra y ultra petita, que no es suficiente con que se haya mencionado en las pretensiones de la demanda tales facultades, si no que se haya discutido en juicio y debidamente probado, lo cual no ocurre en el presente asunto.

Clarificado lo anterior, mencionó que Serdempo S.A.S. es una empresa dedicada al suministro de servicios temporales de personal, por lo que la contratación laboral que efectuó con el actor no luce ilegal, pues estas prestan un servicio en forma temporal en el desarrollo de actividades de una empresa, ante el envío de trabajadores en misión. Recordó que las EST están reguladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; sin embargo, la parte actora no alegó el incumplimiento de la citada norma, más aún cuando la subordinación de los trabajadores en misión cede a la empresa beneficiaria, sin que ello constituya una relación laboral directa con la usuaria.

Citó los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., para luego precisar que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, luego le corresponde a quien alega su existencia acreditar la prestación del servicio personal, mientras a la otra desvirtuar la presunción, probando los elementos de una relación de naturaleza distinta. Significó de los certificados laborales expedidos por la EST y arrimados por el actor, que éstos no provienen de la demandada, sino de un tercero que no es sujeto pasivo en el proceso, razón por la cual no le es oponible, a más de porque tampoco aceptó una relación previa al 12 de abril de 2012 y el testigo Siddney Velásquez, nada mencionada sobre ello, quien fue parcializado en sus respuestas dado que relaciona su caso personal con el del aquí demandante. Agregó que de las citadas documentales no se puede establecer a que empresa fue enviado como trabajador en misión, luego no cumplió con su carga probatoria de demostrar el contrato realidad solicitado con anterioridad a la citada fecha.

Atinente a dejar sin efectos la modalidad contractual suscrita entre las partes, en virtud de la relación laboral que los unió entre el 12 de abril de 2012 al 11 de abril de 2017, indicó que debía verificar en primer lugar si es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo. Para ese fin consideró que no es viable la aplicación del texto extralegal 2015-2019, para derivar la ineficacia contractual, ya que el promotor de la litis se afilió a la agremiación sindical desde el 27 de junio de 2016, sin que a dicha data o la entrada en vigor de la convención se demostrara que el sindicato fuera mayoritario, carga probatoria que le correspondía al actor.

Estimó que como el trabajador se afilió al sindicato en la citada fecha, se debe dar aplicación a lo consagrado en el parágrafo del artículo 70 de la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2019, en la medida que el actor era beneficiario del pacto colectivo de trabajo, de cara a la misiva que suscribió. Aludió al artículo 49 del citado pacto, para significar la viabilidad de la continuidad de la modalidad contractual, esto es, a término fijo, a más porque fue decisión de aquel acogerse al capítulo especial. Dijo que, por virtud de ello, tampoco le era aplicable la convención colectiva de trabajo que antecede a la 2015-2019, lo que le impone colegir la validez de la cláusula convenida y, por tanto, deducir que no tiene derecho a que se le reconozcan prestaciones extralegales con fundamento en la convención colectiva de trabajo 2008-2009.

Señaló que el texto extralegal aplicable al actor estableció el pago de una prima extralegal de junio y diciembre y prima de vacaciones; sin embargo, sólo tiene derecho al pago de la prima extralegal del mes de diciembre del año 2016, la cual de cara al medio exceptivo propuesto por la encartada está prescrito, en la medida que, de conformidad con los artículos 488 del C.S.T., 151 del C.P.T. y de la S.S. y 94 del C.G.P., el demandante contaba con el término de tres años para su cobro, esto es, hasta el 5 de diciembre de 2019. Dijo que como no allegó reclamación radicada ante la empleadora y la demanda fue presentada el 28 de febrero de 2020 y notificada a la encartada hasta el 18 de mayo de 2021, operó el fenómeno prescriptivo.

Sobre la prima de vacaciones extralegal manifestó que de conformidad con la cláusula 27 convencional establece que la misma se pagará al hacerse acreedor de las vacaciones, circunstancia que no se halla demostrada, dado que desconoce en qué fecha entró a disfrutar las vacaciones, además, las causadas al momento de la finalización fueron canceladas al trabajador. Frente a la reliquidación de las cesantías anticipó su absolución en la medida que estaba supeditada a que se diera el pago de las primas extralegales de junio y diciembre y vacaciones, lo cual no aconteció, máxime cuando sobre ella recayó la prescripción, conforme a lo explicado en precedencia.

En lo que hace a la indemnización por despido sin justa causa, precisó que la vinculación del trabajador lo es a término fijo, el cual está regulado en el artículo 46 del C.S.T., cuya última prórroga se dio entre el 12 de abril de 2016 al 11 de abril del 2017, por tanto, la comunicación de finalización debió entregarse al trabajador con una antelación no inferior a 30 días, lo que se acreditó con la carta de terminación que allegó la demandada y, si bien *"el demandante no plasmó una fecha en la cual recibió esta documental, por sustracción de materia debe colegir el Despacho, así el señor demandante lo haya negado en su interrogatorio de parte, no hay prueba en contrario donde se indique que recibió en una fecha diferente, entonces, se tendrá la fecha en donde esta aparece expedida, 7 de marzo de 2017 y, por tanto, se concluye que la demandada acató las exigencias del artículo 46 del C.S.T."*, de ahí que debía absolver a las encartadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que la A quo le quitó la posibilidad de beneficiarse del in dubio pro operario, principio que debió aplicarse en tanto que es un concepto constitucional. Refirió que la vinculación con Serdempo S.A.S. no fue legal en la medida que fue arrimado al expediente sanción que la autoridad administrativa le impuso a la demandada por tercerizar y violar la convención colectiva de trabajo, indicio que obra a su favor, a lo que se suma que la contratación superó los límites legales previstos para trabajadores en misión, dado que la vinculación perduró por más de un año.

Afirmó que la A quo cometió un desafuero al señalar que no le aplicaba la convención colectiva de trabajo, pues con ello se suprimió su derecho a la asociación y negociación colectiva, ya que los trabajadores pueden negociar lo que no está en la Ley y beneficie, de manera que las partes de la negociación podían pactar a que trabajadores le aplica o no, tal y como ocurrió en el artículo 3º de la norma extralegal 2008-2009. Adujo que, aunque la juzgadora de primer grado estimó que el trabajador presuntamente se adhirió al pacto colectivo, tal situación carece de toda prueba, además, porque de ser así es contrario a lo que se estipula en el citado texto, según el cual todo trabajador debe estar vinculado mediante un contrato de trabajo a término indefinido.

Explicó que el pacto colectivo no fue arrimado al proceso con las firmas de quienes lo suscribieron, además, no lo podía tachar de falso en la medida que no fue quien lo produjo, de manera que tal documento refleja que la convocada a juicio quiso violentar la convención colectiva de trabajo, es decir, no aplicarla a todos sus trabajadores. Por otro lado, dijo que el auxilio de cesantía se paga cada 15 de febrero de cada año, el cual se liquida cuando de manera definitiva se finaliza el contrato laboral, por lo que no se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo, ya que interpuso la demanda dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad.

Referente a la terminación del contrato señaló que los jueces de la república no pueden presumir, de manera que, si no está claro la fecha en que la encartada le pasa la carta de finalización del contrato de trabajo, no hay razón para presumirse, más aún cuando la presunción se aplica en contra del trabajador, quien es la parte débil de la relación contractual. Consideró que el despido del trabajador fue sin justa causa, por lo que debió ser reinstalado a su lugar de trabajo, dada las facultades con las que cuenta el juez laboral y en la medida que le aplica el texto extralegal.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandada solicita se confirme el fallo apelado como quiera que no se logró probar las pretensiones por parte de la activa. Argumenta que los beneficios convencionales no deben extenderse por cuanto conllevaría al desconocimiento del ejercicio negativo al derecho de asociación y de la posibilidad de que el trabajador decida el marco regulatorio que desea le sea aplicable cuando coexisten diferentes marcos y diversas organizaciones sindicales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre el actora y Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., fungiendo la empresa de servicio temporal como simple intermediaria?; (ii) ¿El demandante es beneficiario de la convención colectiva de trabajo y, por tanto, debe declararse que la duración del contrato de trabajo suscrito entre las partes fue a término indefinido, además, que tiene derecho al pago de los beneficios extralegales derivada del texto extralegal?; (iii) ¿El actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, en tanto que el la encartada no dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 46 del CST?; y ¿El juzgado de conocimiento erró al no dar aplicación a las facultades ultra y extra petita de las que está provista, para reintegrar al trabajador al lugar de trabajo, una vez declarada la ilegalidad del despido?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso recordar que la cognoscente de primer grado se abstuvo de declarar la existencia del vínculo laboral entre el actor y Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., con anterioridad al 12 de abril de 2012, considerando que los medios de convicción incorporados al plenario no eran suficientes para probar que hubiera prestado sus servicios a favor de la demandada, como trabajador en misión enviado por Serdempo S.A.S., por cuanto no fue llamada al proceso, y las certificaciones laborales arrimadas al proceso en nada daban cuenta de ello.

La censura se queja de las anteriores conclusiones, aduciendo que la vinculación que tuvo con Serdempo S.A.S. fue ilegal, en la medida que la contratación superó los límites legales previstos en la Ley 50 de 1990, a lo que sumó la sanción que la autoridad le impuso a la convocada a juicio por tercerizar y violar la convención colectiva de trabajo.

Entonces, lo primero que se advierte, es que el actor no reprochó la intelección que llevó a la falladora de primer grado, para negar la relación laboral que adujo el actor se produjo con anterioridad al 12 de abril de 2012, al no haber encontrado demostrada la prestación personal del servicio del demandante como trabajador en misión a favor de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., pues a pesar de que la A quo hizo mención al cumplimiento de los presupuestos legales que regulan el servicio temporal, lo que realmente llevó a negar el contrato realidad fue la valoración que realizó sobre los medios de convicción arrimados por el mismo demandante, que no demuestran que haya sido enviado a la sociedad demandada, como trabajador en misión, sobre lo cual, como se anotó, no hubo reparo alguno.

Así las cosas, para la Sala el disenso debió dirigirse en contra del razonamiento que se hizo sobre la falta de acreditación de la prestación del servicio del actor a favor de la encartada entre 15 de octubre de 2010 al 11 de abril de 2012, por manera que al no plantearse reproche alguno sobre las aludidas inferencias que se reitera constituyen los pilares fundamentales de la decisión confutada, conlleva a que la sentencia se mantenga incólume en lo que hace a este punto de apelación.

Y es que a juicio de la Sala la conclusión que llevó a la cognoscente de primer grado al negar la pretensión declarativa no es equívoca, de cara a los medios de persuasión adosados al proceso, mismos que sólo refieren la vinculación laboral que sostuvo el

promotor del proceso con Serdempo S.A.S., más no que fuese enviado por efectos de dicha contratación a la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A.

En efecto, basta revisar los certificados laborales incorporados al plenario, para colegir que únicamente se demostró que el demandante laboró a favor de Serdempo S.A.S., desempeñando el cargo de Escolta ATM, en los siguientes periodos:

- Del 15 de octubre de 2010 al 9 de febrero de 2011.
- Del 8 de marzo al 2 de julio de 2011.
- Del 8 de julio al 4 de noviembre de 2011.
- Del 26 de noviembre de 2011 al 10 de febrero de 2012.

Del acopio probatorio no se desprende la prestación del servicio como trabajador en misión a favor de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., por lo que tampoco se puede deducir, como lo pretende la censura, que como empresa usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, ni menos colegir que fue la verdadera empleadora del aquí demandante durante el citado lapso.

Esta inferencia se ratifica en la medida que la versión del testigo no resulta útil en función de complementar la información registrada en la citada documental, pues el señor Sidney Velásquez, al deponer, si bien afirmó que fue compañero de trabajo del demandante y por tal razón tuvo conocimiento de que aquel trabajó durante los citados períodos como trabajador en misión a favor de la encartada, lo cierto es que de su dicho también se desprende, específicamente en lo que refiere a este último aspecto, que tal conocimiento lo obtuvo de las manifestaciones del mismo actor, dejando en evidencia que el testigo no tuvo conocimiento directo, de ahí que mal haría la Sala otorgarle fuerza probatoria.

Así las cosas, al ser un testigo de oídas o de referencia, es decir, al no tener una percepción directa del hecho sobre el que declaró, su eficacia probatoria es reducida, máxime cuando no existe otro medio de persuasión con el cual se pueda corroborar su dicho, menos con la contundencia requerida que lleve a la Sala al convencimiento de que el gestor de la litis prestó sus servicios entre 15 de octubre de 2010 al 10 de febrero de 2012, como trabajador en misión a favor de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., y que a su vez quebrantó las disposiciones que regulan el servicio temporal.

En este punto, debe precisar esta Corporación, *"el valor persuasivo de un testimonio pende de la forma cómo el declarante llegó al conocimiento de los hechos que relata, dado que como no es lo mismo percibirlo, que escucharlo, los testigos de oídas, poca credibilidad tienen, pues aparte de que ello dificultaría el principio de contradicción de la prueba, considerando que quien habla simplemente reproduce la voz de otro, en ese caso, como es natural entenderlo, las probabilidades de equivocación o de mentira son mucho mayores"* (SL339-2022 que reiteró la sentencia SC, 22 mar. 2011, rad. 21334); de allí que sea cristalino para esta Corporación que al testimonio de la citada persona no puede dársele la eficacia probatoria que se pretende por la activa, pues resulta ser un testigo de oídas, quien no pudo presenciar un acto o referir un hecho concreto que conlleve a aportar certeza sobre lo que se quiere probar.

De acuerdo con lo anterior, queda claro que la A quo acertó al no hallar probada la prestación del servicio personal del actor a favor de la accionada, pues como se explicó, tal aspecto no puede ser deducido de los medios de convicción atrás aludidos; tampoco de la historia laboral consolidada expedida por AFP Porvenir S.A. y de la Resolución núm. 0556 de 2013, por medio de la cual se impuso una sanción por violación de normas laborales a la encartada, dado a que allí no se verifica que el señor Zapata Rodríguez haya

prestado su labor como trabajador en misión a favor de ésta y que por virtud de esa modalidad contractual, se le hayan impuesto medidas sancionatorias a la compañía al quebrantar las disposiciones que rige en el servicio temporal; ni menos de la contestación que hiciera la parte enjuiciada, en la medida que se negaron todos los hechos relativos a ello.

Así las cosas, al haberse desconocido y negado por la demandada, los hechos que constituyen el fundamento de la demanda, respecto de la existencia de la relación laboral entre el 15 de octubre de 2010 al 10 de febrero de 2012, le correspondía al accionante acreditarlo en este asunto, conforme lo señalan las reglas sobre el régimen probatorio contemplado en el artículo 167 del C.G.P., y aportar las pruebas necesarias para ratificar su dicho, lo cual es acorde con el criterio sentado por vía jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, de que lo afirmado en la demanda no constituye prueba a favor del actor habida consideración de que proviene de la parte interesada.

Por consiguiente, mal podría avalar los motivos de censura que el trabajador elevó en contra de la sentencia primigenia, sobre un hecho no probado, luego ante la evidente inactividad probatoria, imperativo resulta para la Sala confirmar la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

4. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Resuelto lo anterior, encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes que entre el actor y Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. sostuvieron un vínculo laboral entre 12 de abril de 2012 al 11 de abril de 2017, pues así se admitió en la contestación al escrito introductor.

5. Convención colectiva de trabajo. Establecido el anterior supuesto, el trabajador recurrente, cuestiona a la cognoscente de primer grado no haber advertido que la demandada no allegó en debida forma el pacto colectivo de trabajo suscrito por los trabajadores, de manera que, ante tal falencia probatoria, debió descartar la comunicación que dirigió el demandante ante su empleador, donde dijo que se adhería al pacto colectivo y aplicar para resolver el asunto, las convenciones colectivas de trabajo que la empleadora suscribió con la agremiación sindical Sintravalores, entre otras razones, porque estas señalan que es aplicable a todos los trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., sin condición alguna.

En efecto, la Juzgadora de primera en la adopción de su decisión de instancia, en el tema que se examina, limitó su análisis a precisar que ante tal comunicación que remitió a su empleador, tuvo la voluntad de adherirse al pacto colectivo, descartando de plano los beneficios de la convención colectiva y hasta antes del 27 de junio de 2016, fecha en la que se afilió al sindicato Sintravalores y a partir de la cual inició a beneficiarse del texto extralegal 2015 – 2019, en su capítulo especial.

Antes de adentrarnos al objeto de la Litis, resulta pertinente resaltar la naturaleza del conflicto colectivo del trabajo, las convenciones colectivas de trabajo y su fuerza normativa. Así, la Constitución y la ley promueven la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores como un instrumento para la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo y empleo y, la reivindicación de los derechos de los trabajadores, razón por la cual la negociación colectiva es uno de los ejes centrales de la libertad sindical junto con el de asociación y huelga. (art. 55 CP; Convenio 154 OIT y 432 a 436 CST).

En este sentido, al presuponer la esfera de la negociación colectiva una contraposición de intereses al interior de las relaciones del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular de manera expresa y detallada el trámite que deben cumplir los actores del conflicto laboral con el propósito de lograr su solución. En efecto, el Código Sustantivo Laboral establece el agotamiento de la etapa de arreglo directo (art. 432 a 436), lo concerniente a la eventual declaratoria y desarrollo de la huelga (art. 444 a 449), el procedimiento de arbitraje (art. 452 a 461) y la suscripción de la convención o pacto colectivo (título III, capítulos I y II).

En este último punto, sobre la suscripción de la convención colectiva del trabajo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que constituye verdadero derecho objetivo, dado que en él se incorpora la voluntad de las partes con el fin de regular la relación entre el trabajador y empleador y, fijar las condiciones durante su vigencia. Sobre este aspecto, en sentencia SL16811-2017 se indicó:

"La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual modo, encuentra asidero en el derecho fundamental a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular las relaciones de trabajo y empleo, las obligaciones y derechos de los sujetos colectivos, así como otros aspectos que las partes decidan acordar libremente.

Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía y la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, etc., como también para erigir reglas en materia de empleo y gobierno de relaciones empresa y organizaciones de trabajadores."

Ahora, debe decirse por la Sala que en el marco de la libertad sindical los trabajadores pueden afiliarse de manera libre y voluntaria a cualquier sindicato que estimen conveniente, así como pertenecer a varias organizaciones sindicales, de conformidad con el artículo 39 de la CP, así como de los artículos 353, 356 y 358 del CST, en armonía con las sentencias de constitucionalidad CC C- 797 de 2000 y CC C-567 de 2000, que declaró la inexecutable de la normativa que prohibía a un trabajador pertenecer a varios sindicatos.

En desarrollo de dicha potestad, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del precedente constitucional, ha adocinado que dentro de la libertad sindical si bien se faculta que un trabajador pueda ser miembro de manera simultánea de varios sindicatos de la misma clase o actividad, no obstante, también advirtió que ello no trae de suyo que pueda beneficiarse al mismo tiempo de las convenciones colectivas de trabajo que se suscriban entre empleadores y agremiaciones sindicales, o escoger del contenido de cada uno, las normas que más le favorezcan.

En efecto, la citada Corporación expresó en sentencia del 29 abr. 2008, rad. 33988, reiterada en diversos pronunciamientos, tales como SL 9390-2017, SL10468-2016, SL9008-2016, SL9347-2016, SL8896-2015, SL247-2018, SL415-2021, SL919-2021, entre otras, la siguiente regla jurisprudencial:

(...) aun cuando es viable jurídicamente que un trabajador pueda ser parte de varios sindicatos, en caso de que existan diversas convenciones colectivas suscritas por las organizaciones que integra, y de las cuales un mismo trabajador sea beneficiario de todas ellas, ello no significa que pueda aprovecharse simultáneamente de cada una, pues la libertad sindical debe entenderse para tales efectos, como que el asalariado debe escoger entre los distintos convenios aquel que mejor le convenga a sus intereses económicos, ello con el fin de evitar que el trabajador reciba duplicidad o más beneficios convencionales.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el marco de aplicación de la convención colectiva de trabajo que regulan los artículos 470 y 471 del C. S. del T. (subrogados por los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965), los cuales guardan relación con el número de afiliados que tenga una organización sindical, pueden desprenderse varias hipótesis:

1. Cuando los afiliados a un sindicato no excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, sabido es que la convención colectiva que se expide solamente es aplicable a los miembros de la asociación sindical que la suscribió, pudiendo ser beneficiarios de la misma los trabajadores que se adhieran a sus disposiciones o los que ingresen posteriormente al sindicato. Frente a esta eventualidad, en el caso de la suscripción de convenciones colectivas por sindicatos minoritarios, los no afiliados a una organización sindical que hubiera suscrito una convención colectiva, pueden ampararse por ella bien por adhesión a su contenido o ya porque se afilien a dicha organización.

2. Cuando los afiliados a un sindicato exceden de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, es definido que la convención colectiva de trabajo se extiende a todos los trabajadores de la empresa sean o no sindicalizados.

*Pero en los casos anteriores, debe reiterar la Corte que los trabajadores no pueden recibir duplicidad o multiplicidad de beneficios, sino sólo aquellos de la convención que libremente escojan y que mejor les convenga a sus intereses económicos, pues la amplitud que hoy les ofrece la legislación positiva no puede convertirse en una carga excesiva para los empleadores, destacando que de acuerdo al artículo 1º del C. S. del T., la finalidad del estatuto sustantivo laboral es el de lograr **"la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social"**, principio que se vería afectado y vulnerado si se permitiese la aplicación de todos los convenios colectivos de trabajo en su integridad a un trabajador que es afiliado a las varias organizaciones sindicales que suscribieron tales acuerdos.*

Además, en el marco de la negociación sindical también se ha dicho que las partes cuentan con la posibilidad de excluir o incluir a ciertos trabajadores de la aplicación de la convención colectiva de trabajo, es decir, las organizaciones sindicales y las empresas, se encuentran dotadas de la suficiente libertad para suscribir el acuerdo convencional y determinar el campo de aplicación de las prerrogativas allí contempladas, como es el caso de excluir a los trabajadores que desempeñen un cargo y que se consideren cercanos a los intereses del empleador, como sucede con los trabajadores de dirección, confianza y manejo o incluir a los trabajadores no afiliados al sindicato, con o sin ninguna condición. (SL805-2013, SL896-2018 y SL2489-2021)

Esbozados como se encuentran los lineamientos normativos y jurisprudenciales aplicables al caso, para efecto de evaluar lo atinente a la discusión que plantea la pasiva, lo primero

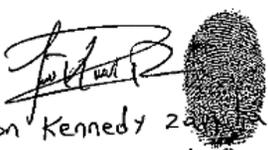
que observa la Sala es que en la convención colectiva de trabajo 2008-2009, suscrita entre las partes el 12 de diciembre de 2007, misma que cuenta con sello del Ministerio de Trabajo, donde se hace constar que fue depositada el 13 del mismo mes y año, cuya vigencia se sitúo entre el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2009, se dejó sentado por las partes suscribientes, precisamente en el artículo 3º, que aquella aplicaría a todo el personal de Thomas Prosegur S.A., hoy Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., dentro del territorio nacional donde preste sus servicios. Referente normativo que estuvo en vigor hasta antes del 25 de octubre de 2015, fecha a partir de la cual fue suscrita la convención colectiva de trabajo 2015 – 2019.

Tal texto extralegal en principio es aplicable al trabajador, pues debe advertirse por la Sala que, de cara a su cláusula 3º aquella se hizo extensiva de manera automática comoquiera que quienes la suscribieron señalaron expresamente que sin condición alguna fuese aplicable a todos los trabajadores al servicio de la accionada. Por ende, aun cuando en efecto no obró afiliación del actor al sindicato y según lo dispone el artículo 470 del CST, las convenciones colectivas de trabajo solo aplican a trabajadores sindicalizados, no puede olvidarse que por excepción, en los términos del artículo 471 del CST, se hace extensiva a los no sindicalizados, siempre y cuando la organización sindical esté conformada por lo menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa o cuando los beneficios consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos los trabajadores por voluntad de las partes suscriptoras, último aspecto, que como se dijo ocurrió.

No obstante, pese a que el apelante acierta que se hace extensivo al trabajador la convención colectiva de trabajo 2008-2009, por decisión de las partes involucradas en la negociación, de ahí que en línea de principio se evidencie un error en la intelección de la A quo, cuando dijo lo contrario, lo cierto es que el actor no puede ser acreedor de los beneficios allí contenidos, toda vez que durante la vinculación laboral aquel accedió a los agasajos del pacto colectivo y renunció a los primeros, tal como lo acredita la comunicación elevada ante el empleador en ese sentido.

Así las cosas, la sentenciadora de primer grado si bien se equivocó al señalar que el texto extralegal no le era aplicable a los trabajadores que no estuvieran afiliados a la agremiación sindical, en clara contraposición a lo resuelto por las partes involucradas en su suscripción; no incurrió en un yerro al aducir que conforme la anterior regla jurisprudencial que se esbozó, resultaba forzoso abstenerse de verificar los derechos de contenido patrimonial que se esgrimieron en la convención colectiva de trabajo, en la medida que el promotor del proceso se acogió a los beneficios del pacto colectivo de trabajo, intelección que no se puede enervar por el hecho de que la enjuiciada no allegó al diligenciamiento la citada norma extralegal con la firma de los trabajadores, en la medida que sí se arribó con la constancia de depósito, lo cual permite que se surtan sus efectos hacía las partes y colegir que a ella se adhirió el gestor de la litis, más aún cuando ello se ratifica de cara a la comunicación que dirigió a su empleadora, en la que expuso sin lugar a dubitaciones que:

YO JHON KENNEDY ZAPATA RODRÍGUEZ con No. CC. 93131051 permito manifestar que me adhiero al pacto colectivo vigente a la empresa prosegur de colombia suscrito el 03 de diciembre de 2010 por toda su vigencia y manifiesto también expresamente que en mi condición de trabajador vinculado con contrato de trabajador a término Fijo, entiendo y estoy de acuerdo a que se me de aplicación al capítulo especial, en cuanto a prestaciones, salarios y otras condiciones laborales.


Jhon Kennedy Zapata R.
cc. 93131051 de Espinal (Tol)

Medio de convicción que no sobra precisar en ningún momento fue tachado o desconocido por la parte actora, en tanto que no se formuló sobre aquél tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo allí señalado conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, de manera que no hay ninguna razón para restarle validez.

Conforme a lo anterior y adentrándonos a los argumentos esbozados por la censura, la Sala advierte que no tiene razón la recurrente, cuando acusa que se violenta el principio in dubio pro operario, sosteniendo que, como en este caso existe conflicto o duda sobre la aplicación de la convención colectiva de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. Al efecto, es pertinente poner de presente que, si bien el citado principio se traduce que, ante diferentes interpretaciones lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, se escogerá la que produzca los efectos más favorables al trabajador, o que conduzca a resultados exitosos en su causa, lo cierto es que no es posible concluir, como lo sugiere la censura, que exista duda en la aplicación e interpretación jurídica de la cláusula convencional, pues no evidencia la Sala que dicha estipulación admita varias interpretaciones, cuando quiera que la aplicabilidad del pacto colectivo de trabajo, lo fue en atención a la misma comunicación que suscribió el trabajador que específicamente expresaba la adherencia a tal texto normativo. Documento que lleva a colegir, que la actora partió de su existencia, lo que es indicativo de que en realidad se abstuvo de acoger a los beneficios de la convención colectiva de trabajo, aspecto que no presenta ninguna duda, por ende, no es posible invocar el aludido principio.

Ahora, pretende el promotor del proceso beneficiarse de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019, en su parte general, que tuvo vigencia a partir del 20 de octubre de 2015. Al remitirse la Sala a dicho documento, que no sobra precisar, se incorporó al proceso con la respectiva nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo, de conformidad con el artículo 469 del CST, en ésta se dispuso en el artículo 3º lo siguiente:

“Artículo 3º. - Campo de aplicación: La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, dentro del territorio nacional donde ésta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores.”

También se estableció que se aplicaría exclusivamente al personal que en la actualidad se encuentre vinculado mediante contrato de trabajo y a aquellas personas que se vinculen en el futuro, esto es, desde el 20 de octubre de 2015 hasta 19 de octubre de 2019.

Conforme a lo anterior, aunque aquella aplica a todos los trabajadores de la compañía demandada, lo que en línea de principio puede ser extensiva al gestor de la litis, lo cierto es que, tal y como se dedujo con anterioridad, tal texto no puede aplicarse al trabajador, de cara a la misiva que elevó ante el empleador, con la cual dejó al descubierto la voluntad de adherirse al pacto colectivo, con los aditamentos y beneficios que ello le implicaba.

Todo lo anterior, conduce a esta Colegiatura a concluir que el accionante pretende beneficiarse coetáneamente del contexto de pluralidad de normas extralegales existentes en la empresa demandada, en contravía de las disposiciones legales y criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se ha mantenido desde antaño. Lo anterior, además, pone de relieve lo desacertado de la apelación, en cuanto pretende ser acreedor de beneficios extralegales, sin fundamento alguno, de ahí que esta Corporación no observa la equivocación que aduce la censura incurrió la A quo, al no acceder a los pedimentos signados en la demanda, entre los cuales, se encuentra la modificación en la duración o modalidad del contrato, pues están soportados en la convención colectiva de trabajo que ahora se descarta por este Tribunal, pero por las razones aquí esgrimidas.

Cabe acotar por la Sala en este punto que fue un hecho indiscutido por las partes que el actor se afilió a la agremiación sindical el 27 de junio de 2016, luego a partir de la citada fecha se benefició del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo 2015 -2019, pues esta se encuentra destinada únicamente para trabajadores que ingresen "*a partir del 15 de octubre de 2015 o que se afilien a la Organización Sindical Sintravalores o se adhieran a la Convención Colectiva de Trabajo a partir de la referida fecha y que vengan del Capítulo Especial del Pacto Colectivo*"; presupuestos que claramente cumple el actor y, por ende, llevó a su empleador a reconocer en vigencia de la relación laboral los beneficios extralegales que se señalan en esta parte especial del texto extralegal.

Ahora, los pedimentos del libelo introductorio se encuentran encaminados en esencia a que la demandada deba cancelar primas semestrales de los meses de diciembre y junio, prima de vacaciones y con base en ello se reliquide el auxilio de cesantía, todo lo cual, con fundamento en las convenciones colectivas de trabajo 2008-2009 y 2015-2019, ésta última en su parte general. Por ende, la solución de esta controversia implica en primer término determinar si aquel es beneficiario de tales textos normativos, para posteriormente establecer si había lugar al pago de estos pedimentos.

Por consiguiente, al concluir que el actor no es beneficiario de los textos extralegales, es claro el desatino en que incurrió la cognoscente de primer grado al emprender el estudio en lo atinente a si el ex trabajador es acreedor de las primas extralegales y reliquidación de las cesantías y si estas fueron afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción, cuando es evidente que estas pretensiones estuvieron soportadas en una fuente normativa que se insiste no le es aplicable al promotor de la litis. Tampoco le era dado analizar si a aquel se le adeudan estos emolumentos con fundamento en el artículo 74 del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019, en tanto que surge evidente, que los pedimentos no involucran ningún reclamo sobre ello, tanto es así que en ninguno de los hechos signados en la demanda se señala que la pasiva debe ser objeto de dicha condena, todo lo cual impide hacer un pronunciamiento sobre una pretensión que no se incoó, y es que de hacerlo constituirá un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la

Constitución Política que le asiste a los antagonistas, lo cual no permite de ninguna forma la Sala.

Además, debe dejarse claro por la Sala que el hecho de que el objetivo principal de la discusión se centre en la aplicación de la convención colectiva de trabajo 2008-2009 y 2015-2019, en su parte general, ello de ninguna forma implica que se pueda válidamente entrar a modificar la demandada y fallar por fuera de lo pedido, en la medida que precisamente la citada fuente extralegal constituyó el eje de sus aspiraciones, de ahí que el fallo debe versar sobre los hechos que jurídicamente se pretendieron y discutieron, todo lo cual en virtud del principio de congruencia previsto en el artículo 281 del C.G.P.

Así las cosas, considera la Sala, que no es procedente el pronunciamiento respecto si hay lugar o no a la condena de las primas extralegales y reliquidación de cesantía soportadas en la convención colectiva de trabajo 2008-2009 y 2015-2019, en su parte general y si estas fueron afectadas por el medio exceptivo propuesto por la encartada, pues es claro que el actor no es beneficiario de las mentadas convenciones. De lo expuesto se sigue, revocar parcialmente el numeral 2° de la sentencia apelada, para en su lugar declarar probada únicamente la excepción de inexistencia de la obligación propuesta.

6. Indemnización por despido sin justa causa. Alega el accionante como fundamento de la alzada la equivocación en que incurrió la falladora de primer grado al presumir que la comunicación de no prórroga del contrato de trabajo a término fijo fue entregada al trabajador, cuando tal situación no encuentra su demostración en la litis.

A efectos de resolver el anterior cuestionamiento, debe decirse de manera preliminar que el contrato de trabajo a término fijo tiene unas características notables que lo hace diferente de las demás modalidades. Su término de duración, naturalmente, es una condición preponderante en su distinción; razón por la cual, además, de constar por escrito, en él debe indicarse la voluntad de las partes de someterlo o ejecutarlo dentro de un tiempo previamente convenido, pudiendo prorrogarse de acuerdo con las hipótesis legales previstas, sin que por ello pierda su esencia ni cambie la modalidad de indefinido, a menos que así lo dispongan las partes antes de generarse la tácita reconducción o en el momento de su finalización, cambiando la modalidad y duración del contrato de trabajo.

Es por ello que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia siempre ha mantenido su postura en determinar que el contrato de trabajo a término fijo, *"goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47 Ibídem, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios."* (SL15610-2016)

Así, véase cómo el legislador realza este tipo de vinculación laboral, al otorgarle como unas de las formas de terminación del contrato, la expiración del plazo fijo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T., lo cual no se equipará al despido sin justa causa.

Esbozados como se encuentran los aspectos normativos sustanciales y jurisprudenciales aplicables al caso, esta Sala, evidencia que, en lo atinente a los reproches relacionados con el término de duración del contrato y el preaviso, las pruebas precedentemente reseñadas demuestran que entre la enjuiciada y el trabajador demandante existió un contrato de trabajo a término fijo del 12 de abril al 11 de octubre de 2012, que después del vencimiento de este plazo se prorrogó por tres periodos iguales a seis meses, al cabo

de los cuales se prorrogó en tres oportunidades por un año, de la siguiente forma: (i) del 12 de octubre de 2012 al 11 de abril de 2013, (ii) del 12 de abril al 11 de octubre de 2013, (iii) del 12 de octubre de 2013 al 11 de abril de 2014, (iv) del 12 de abril de 2014 al 11 de abril de 2015, (v) del 12 de abril de 2015 al 11 de abril de 2016, (vi) 12 de abril de 2016 al 11 de abril de 2017.

De los medios de convicción allegados por la enjuiciada, existen los preavisos entregados por la empresa dentro del término ley al actor, además, cuentan con su firma del recibo, tal y como sucedió cuando el empleador comunicó de su intención de no prorrogar el contrato de trabajo el 7 de marzo de 2017:



Bogotá, 7 de Marzo del 2017

Señor (a).
ZAPATA RODRIGUEZ, JHON KENNEDY
TRIPULANTE
BOGOTA

Nos permitimos informarle la decisión por parte de la Compañía de no prorrogar su contrato de trabajo, el cual finalizará el próximo 11 de Abril del 2017, quedando así dichas partes recíprocamente avisadas de tal circunstancia. De otro lado, precisamos que deberá acercarse al área de Salud Ocupacional en donde le será entregada la carta remisoría para la práctica del examen médico de egreso.

En señal de recibido favor firmar copia de la presente comunicación.

Cordialmente,

JORGE ALFONSO MORA ROJAS
Gerente Central de Recursos Humanos

Teniendo presentes las anteriores premisas, no encuentra este Tribunal que la Juez de primera instancia haya incurrido en algún yerro al concluir que el plazo para la comunicación de no prórroga fue acatado por parte de la pasiva, pues al contabilizar la última prórroga del contrato de trabajo, es decir, 12 de abril de 2016 al 11 de abril de 2017, resulta claro que el plazo para avisar por escrito al trabajador la determinación de no continuar el contrato, tenía como fecha límite el 12 de marzo de 2017 (contabilización días continuos sin descontar domingos y festivos, sentencias de rad. 54358 de 2017, 3613 de 1990 y 18078 de 2018 y SL986-2019, Sala de Casación Laboral de la CSJ) y la comunicación del empleador tuvo lugar el 7 de marzo del mismo año, resultando oportuna en aras de evitar una nueva prórroga de la relación laboral.

En ese sentido, basta con decir que el aviso al trabajador sobre la finalización del contrato de trabajo surtió los efectos pretendidos, los cuales, no pueden ser desestimados por el hecho de que el trabajador no haya impuesto la fecha de recibo de la comunicación, pues es claro que en la carta de no prórroga se registró que lo fue el 7 de marzo de 2017, sin que en tal legajo se desprenda manifestación en sentido contrario, más aún cuando oportunidad procesal no fue argüida, desconocida o tachada por aquel de falsa, razón aún más que refuerza el hecho de que el aviso fue entregado en la señalada data y a tiempo.

Bajo ese hilo conductor, debe precisar la Sala que las causales de terminación del contrato de trabajo son taxativas y están contempladas en el artículo 61 ibídem, conllevando a que por la modalidad del nexo existente entre las partes, la causal referida por la demandada en la comunicación del 7 de marzo de 2017, para dar ruptura del nexo, se enmarque dentro de éstas, por tanto, la desvinculación se torna en legal y justa, lo que implica que el demandante no tenga derecho al reconocimiento de la respectiva indemnización por

despido sin justa causa y en tal virtud se siga mantener el razonamiento que llevó a la A quo a su absolución.

Ahora, teniendo en cuenta que no salieron avante las pretensiones relacionadas con la prórroga del contrato de trabajo y el despido sin justa causa, el reproche dirigido a que la A quo omitió aplicar sus facultades ultra y extra petita, dado a que no analizó y ordenó el reintegro a su lugar de trabajado, seguirá su misma suerte, como quiera que el cuestionamiento se encontraba edificada sobre la prosperidad y reconocimiento de la primera de ellas.

7.Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

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

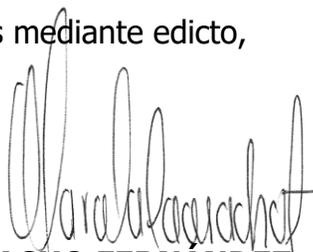
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR de forma parcial el numeral 2º de la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de las obligaciones propuestas por la convocada a juicio, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MYRYAM EDILMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Demandada: LONGPORT COLOMBIA LTDA
Radicado No.: 31-2021-00100-02
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN ACTORA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda y reforma. Myryam Edilma Sánchez Sánchez instauró demanda ordinaria contra Longport Colombia LTDA, con el propósito de que se declare que entre las partes existió sin solución de continuidad un contrato de trabajo a término indefinido desde 3 de diciembre de 2014, mismo que fue finalizado sin justa causa el 29 de junio de 2020, siendo ineficaz en razón a la garantía de estabilidad laboral reforzada por fuero de prepensionado de la que es beneficiaria. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor su reinstalación al cargo de Agente FT o a otro cargo de igual o mejor categoría, junto con el pago de salarios, auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicio, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir.

En subsidio de lo anterior, pidió que se declare que entre las partes existió sin solución de continuidad un contrato de trabajo a término indefinido desde 3 de diciembre de 2014 al 29 de junio de 2020 y, en tal virtud, se condene a la empleadora a pagar salarios desde marzo a septiembre de 2020, auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicio y vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria. En todo caso solicitó los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 15 de noviembre de 1960 y suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, para desempeñar el cargo de Agente FT, devengando un salario mínimo legal mensual vigente. Refirió que su empleador terminó unilateralmente la relación laboral el 29 de junio de 2020 y sin previa autorización expedida por el Ministerio del Trabajo, razón por la cual interpuso acción de tutela el 14 de agosto de 2020, misma que fue concedida transitoriamente por decisión proferida el 31 del mismo mes y año por el Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., autoridad judicial que ordenó su reintegro o reubicación en el cargo que desempeñaba o en uno de similares condiciones al que tenía para el momento en que se dio por finalizado el laborío.

Precisó que la encartada mediante comunicado de 23 de septiembre de 2020, la notificó sobre el trámite de reintegro al cargo de Agente FT, adeudándole salarios y demás

conceptos pretendidos. Explicó que para junio de 2020 contaba con el equivalente a 1001 semanas de cotización registradas en la historia laboral expedida por AFP Porvenir S.A. y 59 años, además, que la demandada durante el periodo de marzo a septiembre 2020 estaba prestando servicios de seguridad y vigilancia en los vuelos autorizados y realizados en el aeropuerto El Dorado, en virtud del Decreto 439 del 20 de marzo de 2020, Resoluciones 1032 de 2020 y 1230 de 2020.

Adujo que su empleador no optó por pagar salarios ni prestaciones sociales pese a la viabilidad técnica y financiera de dar aplicación a las alternativas planteadas por el Gobierno Nacional, los alivios financieros ofrecidos en el Programa de Apoyo al Empleo Formal - PAEF, y por las entidades del sector financiero y el Programa de Acompañamiento a Deudores (PAD) creado por la Superintendencia Financiera. (Expediente electrónico, PDF 27SubsanaciónReformaDemanda, págs. 6 a 21).

2. Contestación de la demanda y reforma. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 3 de diciembre de 2014 al 29 de junio de 2020, siendo reintegrada desde el 24 de septiembre hasta la fecha. Refirió que al momento de la terminación de la relación laboral no tenía conocimiento del número de semanas cotizadas por la demandante al sistema pensional y adicionalmente, ella tenía 59 años, por lo que no puede afirmarse que ostenta la calidad de prepensionada.

Explicó que entre 29 de junio y 24 de septiembre de 2020 no existió vinculación laboral, además, la actora no prestó el servicio entre marzo y septiembre de 2020, ya que el contrato de trabajo se encontraba suspendido por fuerza mayor o caso fortuito. Atinente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1° al 3°, 5°, 6°, 9°, 10°, 11°, 15° a 17°, 20° y 24°, parcialmente el numeral 21° y frente a los demás manifestó no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, pago oportuno y completo de la liquidación final de acreencias laborales, imposibilidad de ordenar el reintegro, buena fe, pago o, mala fe de la demandante, compensación, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 31ContestaciónReformaDemanda).

3. Demanda de reconversión. En escrito separado, la llamada a juicio presentó demanda de reconversión en contra de la demandante, con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre 3 de diciembre de 2014 al 29 de junio de 2020, mismo que se suspendió por fuerza mayor o caso fortuito desde 27 de marzo a 29 de junio de 2020, sin que para esta última fecha gozará de fuero alguno, siendo plenamente eficaz el despido, de ahí que resulte improcedente el reintegro ordenado. De manera subsidiaria pidió que se declare que, a la terminación del vínculo laboral sin justa causa, pagó prestaciones sociales e indemnización por despido sin justa causa, cumpliendo con la orden de reintegro por el juez constitucional y sin que la accionante haya reintegrado los valores entregados por concepto de liquidación final.

Como situaciones fácticas expuso que Myryam Edilma Sánchez Sánchez se vinculó a través de un contrato de trabajo el 3 de diciembre de 2014, el cual estuvo suspendido por fuerza mayor o caso fortuito entre el 27 de marzo al 29 de junio de 2020, siendo terminado sin justa causa en esta última fecha; como consecuencia de ello canceló los conceptos de liquidación definitiva de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa. Refirió que la citada trabajadora fue reintegrada por virtud de la orden proferida por el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá, mediante sentencia del 31 de agosto de 2020, sin que las sumas canceladas hayan sido restituidas por aquella. (Expediente electrónico, PDF 16ContestaciónDemandaDemandaReconversión, págs. 111 a 115).

4. Contestación demanda de reconversión. Al pronunciarse respecto a la demanda de reconversión, se opuso a las pretensiones formuladas y, en cuanto a los hechos refirió que, si bien el contrato de trabajo fue objeto de suspensión, lo cierto es que la sociedad prestó el servicio de vigilancia y seguridad en las operaciones de vuelo que fueron autorizadas en el aeropuerto El Dorado, lo que desvirtúa cualquier fuerza mayor o caso fortuito alegada. Sostuvo que, aunque la sociedad pagó el 10 de julio de 2020 la suma de \$411.677, valor que solo cubre el concepto de vacaciones, auxilio de cesantía e intereses de cesantías del año 2020 y \$3.000.000 consignados al fondo de empleados, solicitó ante su empleador acuerdo de pago, para que no afecte su derecho al mínimo vital y móvil, sin embargo, a la fecha no ha planteado fórmula de arreglo por escrito. Propuso como excepciones de fondo las de ineficacia de la terminación de la relación laboral, inexistencia de fuerza mayor y caso fortuito en la suspensión del contrato, buena fe, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 26ContestaciónDemandaReconversiónAnexos).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de enero de 2023, en la que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes por el periodo comprendido entre el 3 de diciembre del año 2014 al 29 de junio del año 2020. En consecuencia, absolvió a la parte demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por la actora, como quiera que el despido surtió plenos efectos jurídicos al no gozar del fuero de prepensionada. Así mismo, negó las pretensiones incoadas en la demanda de reconversión y no condenó en costas a ninguna de las partes.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, indicó como no controversial entre las partes la existencia del contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre Myryam Edilma Sánchez Sánchez y Longport Colombia LTDA, sus extremos, cargo desempeñado y salario, como tampoco que el vínculo contractual feneció por decisión unilateral y sin justa causa por el empleador. Así las cosas, señaló que debía proponerse verificar si para la fecha del desahucio laboral efectivamente la demandante gozaba de fuero de prepensión.

Con tal propósito, citó lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2022, así mismo hizo referencia a apartes de la sentencia T-055 del 2020, para luego precisar que la estabilidad laboral por fuero de prepensionados aplica respecto de las personas que estén a menos de 3 años para cumplir con los requisitos de edad y semanas de cotización establecidos para acceder al reconocimiento pensional. Explicó que en la Ley 100 de 1993, existen dos regímenes pensionales claramente diferenciados, siendo uno de estos el régimen de ahorro individual con solidaridad, al que se encuentra afiliado la accionante de cara a la historia laboral expedida por AFP Porvenir S.A.

Refirió que, al estar afiliada al citado régimen pensional, no requiere para acceder al reconocimiento pensional densidad de semanas y cotizaciones, sino, el capital suficiente para garantizar el 110% de la pensión equivalente a un salario mínimo mensual vigente. Puntualizó que en los eventos en que la persona no alcance a cumplir ese capital mínimo requerido, existe la garantía de pensión mínima que exige edad de 57 años si es mujer, imposibilidad de continuar cotizando y por lo menos 1.150 semanas realizadas al sistema general de pensiones.

Bajo ese norte, se adentra al análisis de los medios de convicción allegados al plenario para significar que el vínculo celebrado entre las partes finalizó el 29 de junio de 2020, fecha para la cual la actora contaba con una edad de 57 años y cotizadas 991.15 semanas, de ahí que estimó la improcedencia de la estabilidad laboral reforzada pretendida, pues le hacían falta más de 3 años para adquirir la garantía de pensión mínima, por lo que debía absolver a la pasiva de las pretensiones principales esbozadas.

Respecto de los salarios dejados de percibir por efectos de la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, sostuvo que obra en tal sentido comunicación elaborada por el empleador, de manera que de conformidad con el numeral 1° del artículo 51 del C.S.T. y el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, debe entenderse por fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto al que no es posible resistir. Sostuvo que frente a la pandemia de covid-19 que es la circunstancia alegada por la empleadora, se trata de un hecho de público conocimiento, frente a la cual la parte demandada está exenta de probar.

Luego de referirse a las medidas tomadas por el Gobierno Nacional en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, evaluó que la suspensión del contrato de trabajo estaba amparada en una fuerza mayor, dada la medida de aislamiento obligatorio que surtió efectos en el sector del turismo, de manera que, dada esa circunstancia, había cesado la obligación para la demandante de prestar el servicio, mientras que para la empleadora pagar salario, de ahí que no podía imponer condena alguna a esta última.

(Expediente electrónico, audios enlistados en los numerales 57 y 58).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que la falladora de primer grado tuvo en cuenta para negar el fuero de prepensionado historia laboral emitida con posterioridad a la sentencia C-258 de 2020, que declaró inexecutable la norma que permitía cotizar con menos del porcentaje y el monto establecido por la norma ordinaria las cotizaciones de marzo a mayo de 2020, época de la pandemia. Refirió que dentro del expediente obra historia laboral que fue emitida por la AFP Porvenir S.A., para julio del 2020, donde se registra que para la fecha del despido contaba con 1001 semanas cotizadas, por lo que, dado que cuenta con la edad de 59 años, es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada por prepensión.

Atinente a las pretensiones subsidiarias adujo que la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito no está probada, en la medida que la representante legal de la demandada confesó que emplearon personal que cumplía con las mismas funciones de la accionante durante el periodo de la suspensión, para algunos vuelos que fueron programados por excepción durante la pandemia. Indicó que si bien es cierto aquella narró que escogió a trabajadores bilingües para la prestación del servicio durante dicha época, calidad con la que no cuenta la accionante, lo cierto es que no allegó medio de prueba tendiente a probar esto más allá de su dicho, sin que en el plenario exista fuerza mayor o caso fortuito. (Expediente electrónico, audios enlistados en los numerales 57 y 58).

5. Alegatos de conclusión. La parte actora argumenta sus alegatos en los mismos términos en los que sustenta el recurso por ella formulado, indica que el error del fallador para no reconocer el fuero de prepensionada de la demandante, fue contabilizar las semanas cotizadas con un resumen generado con posterioridad a la sentencia C-258 de 2020 que declaró inexecutable el Decreto 558 de 2020, cuando dicho computo se debió hacer teniendo en cuenta la normatividad vigente al momento de su despido. Que como consecuencia al reconocimiento del fuero de prepensionada, se reconozcan las prestaciones económicas relacionadas en la demanda. Finalmente solicita que se revoque el fallo también en lo atinente a el advenimiento de una fuerza mayor que derivó en la suspensión del contrato de trabajo entre las partes pero que no se configuró en el caso concreto.

La parte demandada solicita se mantenga la decisión de primera instancia en la medida que no se logró probar la calidad de prepensionada de la demandante por no cumplir con los requisitos de ley como tampoco informó en dado caso, a la empresa de tal condición. En cuanto a la suspensión del contrato, dicha medida no se dio de forma arbitraria ni

caprichosa, en tanto que con la emergencia sanitaria declarada a nivel mundial por Covid-19, estuvo amparada la decisión por una fuerza mayor que se dio en cumplimiento a las medidas de aislamiento impuestas por el Gobierno Nacional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por la recurrente.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La accionante goza de protección constitucional a la estabilidad laboral reforzada por tener la condición prepensionada, lo que le da derecho a permanecer en el empleo?; (ii) en caso de ser así, ¿tiene derecho al pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor de forma principal? De no hallarse positiva la respuesta a los anteriores interrogantes, se entrará a determinar (iii) ¿es viable dejar sin efecto la suspensión del contrato de trabajo suscrito entre las partes desde 27 de marzo hasta 29 de junio de 2020 y de ser afirmativa la premisa, se deberá fulminar condena por concepto de acreencias laborales reclamadas en el libelo genitor?

3. Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la A quo en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, salario, tampoco la labor de Agente FT que desempeñó, ni su modalidad o duración; hechos que no fueron recurridos por las partes, se aceptaron en la contestación de la demanda y, además, se pueden corroborar con el contrato de trabajo, certificación laboral, carta de terminación del vínculo laboral sin justa causa y liquidación final de prestaciones sociales. (Expediente electrónico, PDF 27SubsanaciónReformaDemanda, págs. 32, 73 a 86 y 107 a 120).

4. Reintegro ordenado mediante sentencia de acción constitucional. Revisadas las documentales que obran en el expediente electrónico, se tiene que el Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Garantías, ordenó mediante sentencia adiada 31 de agosto de 2020, que una vez se reactivarán las operaciones y vuelos internacionales, la encartada debía proceder con el reintegro de la demandante a la labor que desempeñaba al momento del despido o en un equivalente o superior.

Para arribar a tal determinación, el A quo constitucional expuso que la aquí demandante si bien no cuenta con la condición de prepensionada, sí fue discriminada en relación con sus demás compañeros de trabajo, de cara a la finalización del contrato de trabajo que efectuó su empleador, si se tiene en cuenta que trabajadores en las mismas condiciones de ésta, recibieron un trato diferente, esto es, la suspensión de la vinculación laboral y su reanudación mientras desaparecen las causas que dieron origen a la situación, mientras que a la actora le fue culminado el laborío. A lo anterior sumó la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, en la medida que *"se trata de una persona de ya casi 60 años de edad, a quien se le está por afectar su mínimo vital, porque el salario que devengaba en la empresa demandada era la única fuente de ingreso para suplir sus necesidades básicas, obviamente no puede dejarse de lado que debe procederse a tutelar como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."*

Como se indicó, la señalada protección la hizo extensiva hasta que el Juez natural resuelva de manera definitiva la controversia originada entre las partes. (Expediente electrónico, PDF 27SubsanaciónReformaDemanda, págs. 48 a 59).

5. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si la promotora del proceso goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada derivada de su condición de prepensionada, ha de traer a colación la Sala el criterio sentado por nuestra Corte Constitucional quien ha establecido que las personas próximas a pensionarse son sujetos de especial protección constitucional, así, por ejemplo en sentencia T-500 de 2019 al citar la providencia con radicación T-229 de 2017 señaló que “la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez”, *siempre y cuando, la terminación del contrato de trabajo ponga en riesgo derechos fundamentales tales como el mínimo vital*⁸¹¹.”

De conformidad con lo anterior, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

En ese orden de ideas, para que la figura de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado se proteja, la Corte Constitucional ha señalado que los tres años, o menos, para consolidar su pensión, se cuentan únicamente respecto a las semanas faltantes para consolidar el derecho a la pensión, toda vez que, si el requisito faltante es la edad, no se activa la protección constitucional, dado que este será cumplido, con o sin vinculación laboral vigente y, por tanto, no existiría impedimento para acceder a la pensión en su momento correspondiente, lo cual hace que no exista vulneración a derecho fundamental alguno.

Al respecto, en sentencia SU 003 de 2018, la Corte Constitucional se pronunció frente a la figura de la “prepensión” y aclaró que la misma difiere a la del denominado “retén social”, figura de origen legal que opera en contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. Mientras que la “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esa Corte, se entiende en los siguientes términos:

*“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, **aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez.**”*

Y, frente a la edad como único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez, adujo:

“el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre-pensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.”

De acuerdo con lo expuesto, la estabilidad laboral de los prepensionados se predica de los trabajadores que les faltare tres (3) o menos años para cumplir con el número de semanas de cotizadas, acotando, que en lo que hace a los afiliados al régimen de ahorro individual, el alcance de la protección difiere “*puesto que el reconocimiento de la prestación no está sujeta a cumplir una edad determinada ni a completar un número de semanas, sino al*

ahorro de un capital determinado para financiar la satisfacción, según los términos suscritos entre el trabajador y la Administradora de Fondo de Pensiones." (CC T-055-2020).

En ese orden de ideas, para determinar si un trabajador afiliado al RAIS es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada de prepensionado, se debe verificar si en los tres (3) años siguientes a la fecha de desvinculación, lograría obtener el capital necesario para hacerse acreedor al derecho pensional.

Bajo ese horizonte, en virtud de la línea jurisprudencial que ha consolidado el Tribunal Constitucional de cara a los medios de convicción puestos de presente por los antagonistas, encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., según historia laboral consolidada expedida por el citado fondo (Expediente electrónico, PDF 27SubsanaciónReformaDemanda, págs. 38 a 45), misma que registra al 30 de junio de 2020 un capital acumulado de \$96.143.775 y un total de 1001 semanas cotizadas.

No cabe duda, entonces, que la demandante escogió para efectos de obtener su pensión de vejez el régimen de ahorro individual con solidaridad, régimen que tiene como característica fundamental que el derecho a obtener la pensión no dependa del tiempo o número de cotizaciones ni de la edad de la afiliada, sino que únicamente del capital que se tenga en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el bono pensional si hay lugar a su expedición y sólo cuando el capital acumulado le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal vigente procede el reconocimiento pensional.

Dada a esa calidad de afiliada que regenta la accionante al citado régimen pensional, la pensión por vejez sólo está supeditado al cumplimiento de un requisito, esto es, a que el capital obrante en la cuenta de ahorro individual garantice a la afiliada una pensión mensual superior al 110% del SMLV, sin consideración a la edad que acredite. Por consiguiente, existe una imposibilidad para Sala de determinar si dentro de los tres (3) años siguientes al desahucio laboral que se produjo el 29 de junio de 2020, cumple con el capital acumulado suficiente que permita financiar una pensión superior al 110% del salario mínimo, según lo establece el artículo 64 de la ley 100 de 1.993; de ahí que con total razón se haya indicado por la Corte Constitucional en sentencia T-055 de 2020 que *"aun cuando esta regla ha sido enunciada por esta Corporación, como ocurrió en la reciente Sentencia SU-003 de 2018, lo cierto es que la Corte no ha ordenado nunca el reintegro de un trabajador afiliado al RAIS. Esto porque nunca se ha logrado demostrar que la persona se encuentre a tres años o menos de pensionarse dado que las reglas de ese Régimen son disímiles."*

A lo que se suma que en el cartulario no existe medio de convicción tendiente a demostrar que en los tres (3) años posteriores al finiquito del laborío la actora cumpla con las condiciones pensionales previstas en el régimen pensional al que se encuentra afiliada, por lo que, dada la falta de prueba en tal sentido, lleva a la Sala indefectible y necesariamente a la inaplicabilidad de la protección a la estabilidad en el empleo de la trabajadora demandante.

Ahora, la censura asegura ser beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada en su condición de afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, fundamentalmente porque acredita dentro de los tres años siguientes a la finalización de la relación laboral, el número de semanas requeridas para acceder a la garantía de pensión mínima prevista en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, como se expuso en precedencia, la protección solo aplica a los casos que la jurisprudencia del alto Tribunal se ha referido en función de proteger la expectativa de los trabajadores de alcanzar la pensión de vejez,

pues así se dijo en sentencia T-385 de 2020, en la que la misma Corporación insistió que *"cualquier aplicación de la figura por fuera del escenario fáctico referido desborda y desnaturaliza la garantía constitucional de la misma"*, ya que *"el reconocimiento de la prestación no está sujeta a cumplir una edad determinada ni a completar un número de semanas, sino al ahorro de un capital determinado para financiar la satisfacción, según los términos suscritos entre el trabajador y la Administradora de Fondo de Pensiones."*

Bajo esa perspectiva, considera esta Corporación que la protección jurídica que hace la Corte Constitucional, para esta clase de trabajadores se plasma por la necesidad de establecer si en efecto se acredita que en los tres (3) años posteriores al finiquito del laborío cumple con las condiciones pensionales previstas en el régimen pensional a la que se encuentre afiliada, esto es, el capital suficiente para financiar la prestación, sin que exista razón o justificación alguna que lleve a este Tribunal a descartar las subreglas jurisprudenciales trazadas por la suprema autoridad constitucional, las cuales constituyen el marco de procedencia del fuero de estabilidad laboral de prepensionado a esta clase de afiliados al sistema pensional.

Se acota que aunque el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 estableció que los afiliados que a los 62 años de edad si son hombres y 57 si son mujeres no hayan alcanzado a generar la pensión mínima y hubiesen cotizado por lo menos 1150 semanas tendrán, derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión; sin embargo, exceptuó de éste beneficio a aquellos afiliados que perciban remuneraciones y rentas superiores a lo que corresponde como pensión mínima, esto es, a un salario mínimo legal mensual vigente, según se estableció en el artículo 84.

Es por lo que el artículo 83 del mismo cuerpo normativo radicó en las administradoras que tengan a cargo las pensiones, la obligación de efectuar a nombre del pensionado, los trámites necesarios para hacer efectiva la garantía de pensión mínima, pero además el Decreto 832 de 2006 que reglamentó en su artículo 3° la excepción a éste beneficio, impuso el deber de verificar con la información a su alcance, que el afiliado no se encuentre en el supuesto del citado artículo, esto es, que perciban ingresos superiores a lo que corresponde como pensión mínima. Estableció la citada disposición reglamentaria que *"en todo caso el afiliado manifestará bajo la gravedad del juramento que los ingresos que percibe mensualmente no superan el límite requerido para acceder a la garantía de pensión mínima."*

Bajo ese contexto, considera esta Corporación que no se puede analizar la protección constitucional bajo ese esquema normativo, en la medida que sale a flote un tercer presupuesto normativo que debe satisfacer la actora para adquirir la prestación económica, que solo debe revisarse al momento de reclamar la garantía de pensión mínima, cuyo cumplimiento como quedó visto es incierto y aleatorio, en la medida que la trabajadora puede llegar a recibir ingresos superiores o no a un salario mínimo legal mensual vigente.

Bajo ese entendimiento, a pesar de que la apelante acierta al señalar que cumple con el presupuesto de edad por arribar a la edad de 57 años el 15 de noviembre de 2017, dado que nació el mismo día y mes, pero del año 1960, lo cual se corrobora con la cédula de ciudadanía obrante en el cartapacio, además, razón le asiste cuando indica que le faltan tres (3) o menos años para cumplir con las 1.150 semanas requeridas para obtener la garantía mínima de pensión de vejez, toda vez que cuenta con un total de 1001 semanas al 29 de junio de 2020, de cara a las semanas registradas en la historia laboral emitida por la AFP Porvenir S.A., cuya documental no apreció en debida forma la cognoscente de primer grado. No obstante, es indeterminable si para la fecha del cumplimiento de los anteriores presupuestos legales se encuentra o no dentro del supuesto consagrado en el

artículo 84 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria o no de esta garantía pensional, aspecto que no puede establecerse sobre la base de conjeturas o suposiciones.

Lo anterior, ratifica que la protección jurisprudencial no puede predicarse frente a la trabajadora que por virtud de la disposición legal pretende beneficiarse de la garantía de pensión mínima, toda vez que su expectativa es aleatoria e impredecible, máxime cuando el fuero estabilidad laboral de prepensión gravita a favor de los trabajadores que sólo gocen de "*expectativas legítimas y previsibles de adquirir la prerrogativa pensional*" (C.C. T-385 de 2020), y que como consecuencia de la pérdida intempestiva del empleado se vea interrumpida, por tanto, haga meritorio "*la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez*" (C.C. SU-003 de 2018)

Colofón de lo anterior, es claro que en el presente asunto no opera la protección especial consagrada por la Corte Constitucional, por ende, la terminación del contrato no puede declararse ineficaz, lo que impone a la Sala confirmar la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche, pero por las razones anotadas que son diferentes a las utilizadas por la A quo.

6. Suspensión del contrato de trabajo. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer la viabilidad de dejar sin efecto la suspensión del contrato de trabajo, debe precisar la Sala que no es objeto de discusión por las partes que a la trabajadora demandante el 26 de marzo de 2020, le fue comunicado por parte de la encartada la suspensión del nexo laboral por fuerza mayor y/o caso fortuito, justificándolo bajo el siguiente contexto:

"Como Usted sabe, es un hecho notorio que debido a la expansión del virus COVID-19 la industria aérea se ha visto afectada a nivel mundial por la restricción y cese de operaciones en el tráfico aéreo como medida para contener la propagación de dicho virus.

Es de su conocimiento que nuestra Compañía presta sus servicios exclusivamente a aerolíneas que operan vuelos desde Colombia y al extranjero y, por consiguiente, la restricción y cierre de operación impacta a la Compañía en que no se requieren los servicios que prestamos al no existir movimiento en el tráfico aéreo.

Nuestros clientes nos han informado que a partir del 27 de marzo de 2020 se suspenden los vuelos desde y hacia (SIC) Colombia. Con base en esto, se ha tomado la decisión, fundamentados en el numeral 1 del artículo 51 del Código sustantivo del Trabajo, de suspender su contrato de trabajo vigente con la Compañía a partir del día veintisiete (27).

Esta suspensión no implica una terminación del contrato de trabajo sino que se trata de una medida que se toma por la fuerza mayor y/o caso fortuito que impide la prestación de nuestros servicios. Reiteramos que lo anterior se deriva del surgimiento y propagación a nivel mundial del virus COVID-19 que ha llevado a una seria y amplia restricción en el transporte aéreo y en la disminución muy significativa de los servicios que prestamos."

Luego entonces, los argumentos esgrimidos por la llamada a juicio para suspender el contrato de trabajo a la señora Myryam Edilma Sánchez Sánchez, radican en esencia en la fuerza mayor o caso fortuito, frente a lo cual, debe recordar este Tribunal que la Corte Suprema de Justicia¹, ha señalado que,

"...En ese sentido lo primero que debe advertirse es que la fuerza mayor debe tener un carácter de imprevisible, es decir que en condiciones normales sea improbable la

¹ Sentencia CSJ SL 7459-2017, reiterada en sentencia SL 3169 de 2018 y SL 3401 de 2020 y recientemente en sentencia SL 1073 de 2021.

ocurrencia del hecho en las labores ordinarias que se contraten, al punto que la frecuencia de su realización, de haberse contemplado, sea insular y en ese sentido pueda predicarse sobre su carácter excepcional y por tanto sorpresiva.

Además de tal criterio, es evidente que el hecho debe ser irresistible, pese a que el empleador haya intentado sobreponerse tomando todas las medidas de seguridad en el trabajo, en últimas significa la imposibilidad de eludir sus efectos por lo intempestiva e inesperada, de ahí que no tenga ese carácter cuando aquel ha podido planificarlo, contenerlo, eludir o resolver sobre sus consecuencias, pues la exoneración de la responsabilidad por la fuerza mayor impone que, como carácter excepcional, esta sea de una magnitud y gravedad que no suceda habitualmente ni sea esperable, pero además, se insiste, tenga un carácter de inevitable..."

De cara a dicho pasaje jurisprudencial, para que sea considerada una fuerza mayor o caso fortuito, la situación debe ser totalmente imprevisible para el empleador y consecuencia de ello, no evitable su ocurrencia. En ese mismo sentido, se ha dejado expuesto en el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, según el cual "*se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*"

Ahora bien, el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo dispone las circunstancias que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo, siendo la primera de ellas, la alegada por la demandada, que a la letra dispone:

"1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución"

Como bien lo señaló la juez de conocimiento, durante la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del Covid 19, a nivel mundial, los diferentes gobiernos adoptaron las medidas que consideraron idóneas para evitar la propagación de dicho virus, no siendo la excepción Colombia. Es así como el Gobierno Nacional junto con el Ministerio de Salud y Protección Social, adoptaron medidas para prevenir y controlar la propagación del brote de Covid 19, para tal efecto, expedieron la Resolución No. 385 de 2020, declarando el estado de emergencia económica, social y ecológica en el país.

De acuerdo con la declaración de emergencia sanitaria, la primera medida fue expedir el Decreto 457 de 2020, adoptando el aislamiento preventivo desde el 25 de marzo hasta el 13 de abril de 2020, prorrogándose dicha medida en los Decretos 531, 593, 636, 749, 990, 1076, 1168, 1297, 1408 y 1550 hasta el 16 de enero de 2021. Tal medida restringía la movilidad de los ciudadanos en el territorio nacional, con excepción de aquellos que prestan servicios de salud, pretendieran adquirir bienes de primera necesidad, desplazamiento a servicios bancarios, cuidado de niños y adultos mayores, fuerza mayor, entre otros, permitiendo la realización de actividades en forma gradual. Ya con la expedición del Decreto 039 del 14 de enero de 2021, se reguló la fase de aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable desde el 16 de enero hasta el 1° de marzo de 2021, prorrogándose tal medida con el Decreto 206 hasta el 1° de junio de 2021.

Dado que dichas medidas generaron crisis en las condiciones económicas y laborales del país, el Gobierno Nacional expide una serie de medidas con el fin de proteger los empleos, como, por ejemplo, el Decreto 488 de 2020, con el cual se permitió el retiro de cesantías en los fondos a los que estuviera afiliado el trabajador, facultó a los empleadores para conceder vacaciones, vacaciones anticipadas, colectivas o acumuladas. Mientras que con el Decreto 518 de 2020 se creó el programa de transferencias monetarias a favor de personas que no tuvieran beneficios de otros programas estatales, mientras persistía la emergencia económica.

Posteriormente, con el Decreto 770 del 3 de junio de 2020, se adoptaron medidas adicionales, como la protección del cesante, la flexibilización de las jornadas de trabajo,

ofreció alternativas para el pago de la prima de servicio, también que se prestaran los servicios por turnos, modificar el horario de trabajo durante menos cantidad de días; creó un programa de apoyo para el pago de la prima y otro para proveer un auxilio a los trabajadores que les hubiere sido suspendido el contrato de trabajo, hasta por tres meses y devengarán menos de cuatro salarios mínimos legales vigentes y demás condiciones contempladas en el Decreto Legislativo 639 de 2020.

En forma coetánea el Ministerio del Trabajo con la Circular No. 021, instó a los empleadores para que adoptaran las medidas necesarias para proteger los empleos, incentivándolos al trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones, tanto anuales, como anticipadas y colectivas y/o permisos remunerados. Pero la aludida cartera ministerial con Circular No. 021 de 2020, recordó que, *"la configuración o no de una fuerza mayor corresponde de manera funcional al Juez de la República, quien determinará o no su existencia, con base en la valoración de los hechos puestos a su consideración"*, dejando entrever que, el empleador debía *"valorar las funciones a cargo del trabajador y la posibilidad del desempeño de las mismas a través de las alternativas planteadas en la Circular 21 de 2020..."*.

De manera que con la Circular 033 del 19 de abril de 2020, el Ministerio, autorizó a los empleadores, para que adoptaran otras medidas con el fin de proteger los empleos, entre ellas, la concesión de licencia remunerada, modificación de la jornada laboral y concertación de salario, la modificación de beneficios extralegales y concertación de beneficios convencionales

De acuerdo con lo expuesto y de cara al haz probatorio acopiado por las partes litigiosas, se tiene que el 9 de marzo de 2020, la empleadora concedió a la demandante vacaciones, por el período causado de 2018 a 2019, para ser disfrutadas del 9 de marzo a 26 de marzo de 2020. (Expediente electrónico, PDF 31ContestaciónReformaDemanda, pág. 20). Al ser un hecho notorio y de público conocimiento que para dicha época seguían vigentes las medidas de aislamiento y restricción a la movilidad de los ciudadanos en el territorio nacional, la empresa el 26 de marzo de 2020, comunicó a la actora la decisión de suspender el contrato de trabajo a partir del día siguiente, justificando fuerza mayor y/o caso fortuito.

Suspendido el contrato de trabajo, el 29 de junio del mismo año, la accionada le comunica a la trabajadora la decisión de finalizar el contrato de trabajo sin justa causa, no obstante, el Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Garantías, en sentencia adiada 31 de agosto de 2020, ordenó que una vez reactivada las operaciones de vuelo, debía proceder con reintegro de la trabajadora a la labor que desempeñaba, reinstalación que surtió efectos con oficio adiado 23 de septiembre de 2020, mediante el cual se le hizo saber a la promotora del proceso que *"el día 24 de septiembre de 2020 a las 9:00 a.m. se debe presentar en la dirección AEROPUERTO EL DORADO PUERTA 1 con el fin de iniciar el proceso de reintegro, para dar cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá, de fecha 31 de agosto de 2020."*

Del interrogatorio de parte rendido por Ingrid Aelita Barrero Valencia, en calidad de representante legal de Longport Colombia LTDA en lo tocante a la suspensión del contrato de trabajo, ésta fue enfática en señalar que la suspensión del contrato laboral se dio con ocasión a la pandemia por la que atravesó el país, la cual hizo que paralizara servicios aeroportuarios del país. Aclaró que si bien durante los meses de marzo a septiembre de 2020, prestó servicio de seguridad aeroportuaria a vuelos humanitarios, asignándose a un grupo de trabajadores para cumplir con tal labor, lo cierto es que para su elección tuvo en cuenta que fueran bilingües, dado que el servicio se prestaba a compañías extranjeras, calidad que no ostentaba la actora. Tal situación, contrario a lo expuesto por la censura, fue ratificada por la señora Sánchez, quien a su turno señaló que las operaciones de la sociedad accionada se encontraban paralizadas desde marzo de 2020, con ocasión de la pandemia del Covid-19; se enteró de que hubo vuelos humanitarios, sin embargo, no era

una persona bilingüe. Además, precisó que recibió durante la suspensión del laborío, ayudas como prima Covid por parte de su empleador y la posibilidad de retirar el auxilio de cesantía, que le ofreció y a la que no accedió.

Ahora, para resolver la dicotomía planteada y de acuerdo al haz probatorio recaudado en el decurso procesal, en primera medida, se debe tener en cuenta el objeto social de la empresa accionada, para tal efecto, se remita esta Sala al certificado de existencia y representación legal incorporado al expediente electrónico, en el que, se informa que, *"la sociedad tiene como objeto principal el desarrollo de todo tipo de actividades que directa o indirectamente tengan relación con la prestación del servicios de vigilancia y seguridad privada a través de cualquiera de las formas establecidas en el artículo (4) del Decreto 356 de 1994..."*

Por otro lado, se tiene que por medio del Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, se impartieron medidas durante la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia y, se permitió la circulación de personas, de acuerdo, al servicio que prestarán, concretando en el numeral 24, *"El funcionamiento de la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada, los servicios carcelarios y penitenciarios y de empresas que prestan el servicio de limpieza y aseo en edificaciones públicas, zonas comunes de edificaciones y las edificaciones en las que se desarrollen las actividades de qué trata el presente artículo"*; luego entonces, el objeto social de la empresa, en efecto, se encontraba exenta de las medidas de aislamiento declarada por el Gobierno Nacional.

Pese a lo anterior, ello no es óbice para que, el cierre y la adopción de medidas a nivel nacional, no afectará el normal funcionamiento de la empresa, ya que, a pesar de encontrarse sin restricción alguna el servicio de vigilancia, su funcionamiento o ingresos pudo verse afectado, al no poder prestar los servicios en igual medida en el aeropuerto El Dorado y por ende en las respectivas aerolíneas, tal y como lo reconoció la misma demandante, en interrogatorio de parte practicado.

Es así, que la H. Corte Constitucional², al hacer un análisis de las condiciones laborales presentadas durante la emergencia sanitaria, y específicamente frente a la suspensión de los contratos de trabajo por los empleadores, señaló;

- "i. Demostrar que el hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito sea la causa efectiva de la suspensión. En ese orden de ideas, prohíbe que dicha decisión esté formalmente motivada en el artículo 51.1 del Código Sustantivo del Trabajo y, sin embargo, tenga como causa real la condición del trabajador, como lo puede ser el estado de gestación o una enfermedad que dificulte el desempeño de sus labores;*
- ii. ejercer la facultad de suspensión de tal forma que no sea abusiva. Esto es, no utilizarla como un medio para eludir el control de la autoridad laboral a fin de hacer efectiva la desvinculación del empleado;*
- iii. asegurar el cumplimiento de los aportes a la seguridad social del trabajador y iv. reintegrarlo una vez han cesado las causas que ocasionaron la suspensión del contrato"*

De los ítems puestos en contexto por la H. Corte Constitucional, tenemos que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, ante el Ministerio de Trabajo se informó por parte de la pasiva sobre la suspensión de los contratos que efectuó, señalando como justificación que la *"Compañía presta servicios de seguridad aérea en tierra respecto de inspección de aeronaves, equipajes y pasajeros con el fin de asegurar que los vuelos operados por nuestros clientes estén libres de sustancias ilegales, dispositivos y/o sustancias que pongan en riesgo la seguridad de los vuelos"*, por lo que dada la coyuntura mundial generada por el virus, fue *"informada por los clientes a los que se prestan servicios que los vuelos que operan las rutas que se mencionan en la siguiente tabla se suspenderá, a partir del día 17 de marzo de 2020"*, de manera que los servicios *"que presta nuestra Compañía se han suspendido por fuerza mayor y/o caso fortuito pues no hay operación de vuelos por parte de*

² Sentencia T-430-2021

nuestros clientes derivado de las medidas adoptadas por gobiernos extranjeros y el colombiano para contener la expansión del virus COVID-19'.

Adicionalmente, la misma trabajadora en su interrogatorio de parte, informó que, para desarrollar sus labores se requería la forma presencial, dejando en evidencia imposibilidad de realizar sus funciones desde casa. Luego entonces, se encuentra acreditado que, se requería de la presencia de la demandante en el lugar físico y existió un descenso en la operación de la compañía, lo que conllevó a recibir menos ingresos, por lo que, se encuentra demostrada la fuerza mayor o caso fortuito alegada por la empleadora.

A lo anterior se suma que no era previsible e imaginable, que las afectaciones de salud que se presentaron en el extranjero pudieran tener tanta incidencia no solo a nivel económico, sino de la salud de los ciudadanos, por lo que, en todas las esferas del país se vio afectada, desde la movilidad, hasta la prestación de servicios que no fueran esenciales en el territorio nacional, impidiendo el decurso de la fuerza de trabajo en forma regular o normal; es así como, al declararse la emergencia sanitaria por el Gobierno Nacional, múltiples empresas no alcanzaron a adoptar las medidas necesarias para enfrentar tal situación.

Pese al reproche efectuado por la censura, en el sub examine, se verifica un actuar probo de la empresa convocada a juicio, dado que, desplegó e hizo uso de todos los elementos y figuras a su alcance para no finiquitar el vínculo contractual que tenía con la señora Sánchez, por ello, le concedió vacaciones, suspendió el contrato de trabajo, además, le reconoció un auxilio y brindó la posibilidad de retirar el auxilio de cesantía, demostrándose de esta manera su diligencia y cuidado frente a su trabajadora, lo que denota que la conducta de la demandada no fue abusiva respecto a la suspensión del contrato de la promotora de la litis. Aunado a ello, la empresa continuó pagando los aportes al sistema de seguridad social, punto no fue objeto de reproche por la actora en el libelo genitor, entendiéndose que la pasiva sí cumplió con tal requisito.

Con todo lo anterior, el análisis desplegado por la A quo, en este aspecto, resulta totalmente atinado, al encontrarse acreditadas las circunstancias que dieron origen a la suspensión del contrato de trabajo, en los términos del numeral 1º del artículo 51 del C.S.T., debiendo la Sala precisar, que no obstante de haberse proferido una sentencia de tutela a favor de la demandante, mediante la cual se ordenó el reintegro a su lugar de trabajo por virtud de la terminación del contrato de trabajo que efectuó la encartada de forma unilateral y sin justa causa, considerando que fue discriminada respecto a otros trabajadores que teniendo las mismas condiciones no le fueron finalizado el laborío, tal decisión no resulta vinculante para este Tribunal, tampoco lo ata, ni obliga al juez ordinario, por tratarse de una decisión tomada como mecanismo transitorio (SL13657-2015, SL8211-2016 y SL1721-2018).

Por lo tanto, al ser la protección constitucional transitoria y al concluirse por esta Jurisdicción laboral que la actora (i) no cuenta con fuero de estabilidad laboral reforzada por prepensión; (ii) que la suspensión del contrato de trabajo efectuado tuvo como consecuencia de la fuerza mayor o caso fortuito que generó la propagación del virus Covid-19 y que llevó al Gobierno Nacional adoptar medidas para evitar su propagación, entre eso, la interrupción de la prestación del servicio de aquellas empresas dedicadas a la vigilancia del transporte aéreo, como quedó visto en líneas atrás expuestas, (iii) lo que excluye de suyo que la ruptura del nexo contractual éste basada en un acto discriminatorio hacía la trabajadora y, por tanto, que la suspensión no sea abusiva y un móvil "*para eludir el control de la autoridad laboral a fin de hacer efectiva la desvinculación del empleado*"; habilita al empleador que haga efectivo el desahucio laboral, pues el reintegro ordenado por el juez de tutela queda desprovisto de cualquier sustento jurídico alguno.

Corolario de lo anterior, se sigue confirmar íntegramente la sentencia confutada, pues es claro que ningún desafuero cometió la cognoscente de primer grado, para no acceder a las pretensiones principales como subsidiarias esbozadas en la demanda.

7. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haber sido causadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JACQUELINE CARRERA GUZMÁN
Demandada: COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS
Radicado No.: 11-2018-00487-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- GRADO JURISDICCIONAL
DE CONSULTA – REVOCA PARCIALMENTE

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería jurídica para actuar a la doctora Jeimmy Carolina Buitrago Peralta identificada en legal forma, como apoderada general de Colfondos S.A., en los términos y para los efectos de la escritura pública aportada.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jacqueline Carrera Guzmán instauró demanda ordinaria contra Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, y Beatriz Milena Muñoz Rojas, con el propósito de que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge Henry Fernández Torres. En consecuencia, se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que contrajo matrimonio el 5 de febrero de 1983 con el señor Henry Fernández Torres, fruto de esa relación nacieron dos hijos actualmente mayores de edad. Indicó que su esposo estuvo durante 8 años en Estados Unidos, lugar donde viajó agobiado por el desempleo y en procura de sostener económicamente a su familia. Explicó que aquel volvió a Colombia en abril de 2010, enfermándose a principios de 2014, siendo tratado con quimioterapias por el Hospital Santa Clara de Bogotá D.C. desde el 27 de julio de 2015.

Refirió que la unión conyugal se mantuvo vigente hasta el día de su fallecimiento que se produjo en el municipio de Chía el 10 de octubre de 2016, fecha para la cual como cónyuge era beneficiaria del servicio de salud, adicionalmente, pagó el 100% de gastos exequiales. Precisó que su esposo estaba afiliado a Colfondos S.A. y en el formato de solicitud de vinculación núm. 7151127 de julio de 1999, se registró como única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, entidad que negó la prestación económica. (Expediente digital, PDF

2. Contestación de la demanda

2.1. Beatriz Milena Muñoz Rojas. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que convivió con el causante los últimos 6 años en la ciudad de Ibagué – Tolima. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1º, 4º, 6º a 11º, 13º a 19º y 21º y respecto de los demás adujo no ser ciertos. Formuló la excepción previa de falta de competencia. (Expediente digital,

PDF 01ProcesoEscaneado, págs. 120 a 123, 138 a 141 y 256)

2.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones esbozadas en esta, aduciendo que la existencia de la sociedad conyugal es un hecho irrelevante para efectos de predicar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pues la ley exige una vida marital y efectiva convivencia con el afiliado y compañera permanente o cónyuge supérstite durante un período no inferior a cinco años anteriores a su fallecimiento. Atinente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 13º, 14º y 16º, relacionados con que el fallecido estaba afiliado al fondo de pensiones, cuyo formulario de afiliación manifestó como beneficiaria de pensión a la demandante. Negó los demás y en su defensa formuló las excepciones que denominó buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente

digital, PDF 01ProcesoEscaneado, págs. 171 a 176)

3. Trámite procesal. En audiencia celebrada el 4 de marzo de 2019, se dispuso el A quo a sanear el litigio, considerando que la señora Beatriz Milena Muñoz Rojas no debe comparecer en condición de demandada, sino como tercera ad excludendum, concediéndole la oportunidad para que presente demanda en tal calidad.

4. Demanda tercera ad excludendum. Formuló demandada con el propósito de que se declare que es beneficiaria de la pensión por causa de la muerte de su compañero permanente Henry Fernández Torres. En tal virtud, solicitó el pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir, cesantías, primas y demás emolumentos laborales causados, indexación y costas del proceso. Para ello informó que fue compañera permanente del afiliado por más de 8 años anteriores a su muerte que se produjo el 10 de octubre de 2016, quien se encontraba para ese momento vinculado a Colfondos S.A.

(Expediente digital, PDF 01ProcesoEscaneado, págs. 356 a 364)

5. Contestación demanda tercera ad excludendum

5.1. Jacqueline Carrera Guzmán. Admitida la demanda formulada por Beatriz Milena Muñoz Rojas, procedió a dar respuesta con oposición a las pretensiones, esgrimiendo que no era compañera permanente del causante, ni cumple con los requisitos legales para que así sea declarado el derecho pensional en su favor. Aceptó los hechos 2º, 7º y 9º a 12º y frente a los demás señala no ser ciertos. No formuló excepciones. (Expediente digital, PDF

01ProcesoEscaneado, págs. 384 a 391)

5.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, indicando que se está ante un caso de conflicto de beneficiarios, el cual debe ser dirimido por el juez ordinario laboral, conforme a lo probado por quienes invocan tal condición respecto del afiliado. Atinente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 2º, 10º y 11º y, respecto de los demás señaló no ser ciertos o constarle. En su defensa formuló las excepciones de prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de causa y conflicto de beneficiarios, buena fe e imposibilidad de imponer condena por pretensiones accesorias y genérica. (Expediente digital, PDF 01ProcesoEscaneado,

págs. 421 a 434)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de febrero del 2023, en la que el fallador absolvió a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, de todas las súplicas impetradas en su contra por la actora e interviniente Ad excludendum, gravando en costas a las mismas. Declaró que la presente decisión no hace tránsito a cosa juzgada respecto del derecho que pueda corresponderles, frente al cumplimiento de los requisitos del test de la sentencia SU-005 del 2018 a efectos de reclamar la pensión de sobrevivientes o invalidez post-mortem del causante.

Para arribar a tal decisiva, tuvo como problema jurídico a dilucidar, si le asiste derecho o no a las demandantes al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. A ese propósito, señaló que como no controversial la fecha de fallecimiento del señor Henry Fernández Torres, momento para el cual se encontraban vigente los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Luego de citar el contenido de aquellas disposiciones, precisó que, aunque la demandada en contestación al escrito inicial había aducido que el causante había dejado acreditado los requisitos legales para que sus beneficiarios accedieran a la prestación económica, lo cierto es que tan solo con esa manifestación no podía quedar por probado dicho aspecto, de ahí que debía proponerse verificar si se cumple o no con la densidad de semanas cotizadas requeridas para acceder al beneficio pensional.

Con tal fin, se adentra al análisis del acervo probatorio, para luego precisar que, de conformidad con el reporte de semanas expedido por Colfondos S.A., el fallecido cotizó toda su vida laboral un total de 1.047,71 semanas, esto es, entre diciembre de 1977 y 30 de junio de 2013, de las cuales únicamente alcanzó a cotizar 37,14 dentro de los últimos tres años anteriores a su deceso, por tanto, concluyó el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, para dejar causado el derecho pensional.

Refirió que tanto la Corte Constitucional, como la Sala de Casación Laboral de la CSJ, a partir de la interpretación integral del artículo 53 de la C. Pol., han desarrollado el principio de la condición más beneficiosa, para las pensiones de invalidez y sobrevivientes, en virtud de la cual se puede acudir a la norma anterior vigente a la fecha, en este caso, del deceso del afiliado, debiéndose acreditar que el causante de la pensión haya estado afiliado al sistema pensional en vigencia de la ley anterior que pretende se le aplique y completado igualmente el número de semanas que se exigen para acceder a la pensión.

Estimó que en el presente caso resulta aplicable la Ley 100 de 1993, en su versión original, norma frente a la cual advirtió que el causante no dejó acreditado los requisitos para acceder a la prestación económica, pues para octubre del año 2016, el fallecido no se encontraba realizando cotizaciones, tampoco con 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a su muerte, pues dejó cotizar desde junio de 2014. Aludió a que, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en tratándose de pensión de sobrevivientes, para que puedan aplicarse las disposiciones de la citada norma, en virtud de la condición más beneficiosa, resulta imperioso que la muerte del causante se haya producido dentro de los tres años posteriores a la entrada en vigor de la Ley 797 de 2003, esto es, entre 29 de enero de 2003 y 29 de enero del 2006, requisito que no se cumple, pues el causante falleció en el año 2016.

Aclaró que en sentencia CC SU-005 de 2018 se concluyó que la CSJ es el órgano llamado a unificar la jurisprudencia, en cuanto al alcance e interpretación de las disposiciones legales e infralegales que regulan las instituciones jurídicas del derecho ordinario, salvo que su jurisprudencia sea manifiestamente inconstitucional o de lugar al desconocimiento absoluto al precedente constitucional. En ese sentido, dijo en cuanto a la aplicación del

principio de la condición más beneficiosa que en materia de pensión de sobrevivientes, la jurisprudencia del CSJ no da lugar a los citados eventos; sin embargo, se apartó cuando se trata de personas calificadas como vulnerables, según el test incluido en la misma providencia, mismo que permite a quienes reúnen esas condiciones, aplicar saltos normativos, como lo es la aplicabilidad del Acuerdo 049 de 1990, aspecto que en el presente caso no fue objeto de discusión por ninguna de las partes, luego dada esa situación no le es posible pronunciamiento alguno y, por ende, tampoco hace tránsito a cosa juzgada.

Expuso que en el expediente obra solicitud elevada por el causante en vida tendiente a que le sea reconocida pensión de invalidez, por contar con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, circunstancia que le daba entender que puede tener derecho a la citada prestación. Señaló que la posibilidad de su reconocimiento postmortem y su posible sustitución a las actoras, tampoco fue objeto de controversia por las partes, luego no podría verificar su procedencia, ni con base en la aplicación de las facultades ultra y extra petita con las que cuenta, por lo que debía declarar que frente a ello no existe cosa juzgada. (Expediente digital, audio 15AudienciaParteII20230209)

6. Alegatos de conclusión. La apoderada de Colfondos S.A., argumenta sus alegatos en que se debe confirmar la sentencia proferida en primera instancia en razón a que la parte demandante no logró demostrar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la normatividad vigente, para hacerse acreedora de la pensión de sobreviviente pretendida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante e interviniente Ad excludendum, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿A Jacqueline Carrera Guzmán, en calidad de cónyuge supérstite y a Beatriz Milena Muñoz Rojas, como compañera permanente, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Henry Fernández Torres, acaecida el 10 de octubre de 2016?; (ii) En caso afirmativo, establecer ¿Cuál es el porcentaje de la cuota parte que corresponde a cada una de las beneficiarias en calidad de cónyuge y compañera permanente, respectivamente?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Henry Fernández Torres, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 07374281, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 10 de octubre de 2016. (Expediente digital, PDF 01ProcesoEscaneado, pág. 75)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 10 de octubre de 2016. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Densidad de semanas. Para establecer si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente deprecada, debemos remitirnos al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003, que señala que tendrán derecho a la prestación económica los miembros del grupo familiar del

afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado **50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento**; densidad cotizacional que de entrada se advierte no se cumple en el presente caso, pues entre el 10 de octubre de 2013 y el 10 de octubre del 2016 (fecha del fallecimiento) el causante tan solo cuenta con un total de 261 días, equivalentes a 37,29 semanas cotizadas, según se advierte de la historia laboral allegada por Colfondos S.A. (Expediente digital, PDF 01ProcesoEscaneado, págs. 437 a 442), en la que se reporta como último ciclo cotizado por el causante el de junio de 2014, no dejando en consecuencia causado el derecho a la prestación al amparo de esta normatividad a favor de sus beneficiarios.

En cuanto a la remisión a la norma inmediatamente anterior, esto es, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su tenor original, que disponen que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido siempre que éste hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas en cualquier tiempo si estaba cotizando activamente al momento de la muerte; o hubiere aportado veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, de no estar cotizando activamente, resultaba inane hacer alguna disquisición por el juez de instancia, ello en atención a que la última cotización fue en junio de 2014, luego para la fecha del deceso no se encontraba cotizando, a lo que se suma que durante el último año anterior a la muerte, esto es, 10 de octubre del 2015 al 10 de octubre de 2016, ninguna cotización reporta.

Ahora, en lo que hace a la condición más beneficiosa, precisa la Sala que el A quo acoge la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y con base en ello aduce que no es dable efectuar una búsqueda histórica de normas para establecer cuál se adecua a la situación jurídica de las demandantes, siendo lo pertinente aplicar únicamente la inmediatamente anterior, además, indica que el fallecido no se encuentra dentro de los supuestos esbozados en la sentencia SL4064-2019, para dar aplicación al citado principio, en la medida que su muerte no se produjo dentro de los tres años posteriores a la entrada de la Ley 797 de 2003, esto es, entre 29 de enero de 2003 y 29 de enero del 2006.

En ese sentido, se establecerá si el juzgador primigenio se equivocó al inferir que en el presente asunto no le es posible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, para decidir la prestación al amparo del Acuerdo 049 de 1990.

6. Principio de la condición más beneficiosa. Debe recordar la Sala que conforme al criterio de nuestra CSJ en la sentencia SL 4457-2014, reiterada en la sentencia SL 3229-2018, el Juez es quien debe buscar las normas aplicables a cada caso, en consecuencia, como las demandantes no cumplen con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, se pasará a estudiar si al presente caso le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Respecto a este principio, es necesario recordar que tanto la Corte Constitucional en la sentencia **SU 005-2018** como la CSJ en la sentencia SL701 del 2020, coinciden en señalar que se distingue porque: **(i)** opera ante el tránsito legislativo en aquellos eventos en que el legislador **no consagró un régimen de transición**, **(ii)** para su aplicación se debe **cotejar** una norma derogada con una vigente y **(iii)** el destinatario debe poseer una situación jurídica y fáctica concreta, la cual es protegida, dado que con la **nueva ley se les desmejora**. Por lo que es claro que dicho principio no nació para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva Ley puede modificarse el régimen pensional; sino para un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia.

Frente al **primer presupuesto**, lo primero que se debe advertir es que el régimen de transición contenido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, no puede ser aplicado a las pensiones de sobreviviente, toda vez que tal como lo expresara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data, Rad 24.280 del 5 de Julio del 2005, el mismo no puede estar sometido a contingencias improbables de predecir, como es en este caso la muerte del causante. Cumpliéndose así con la primera característica.

No sobra resaltar que la pensión hace parte de aquellos derechos que no se consolidan en un solo acto sino que necesitan una serie de hechos sucesivos v.gr, el cumplimiento de la edad y la densidad de semanas cotizadas, para lograr su reconocimiento, es así como aquella persona que cumple la densidad de cotizaciones necesarias, pero no cumple la edad, ha cumplido uno de los dos hechos necesarios para acceder a ella, presentándose para dicha persona un **derecho eventual**, que no es un derecho adquirido o consolidado mientras no cumpla la edad, pero si es una situación que excede la mera expectativa y que es protegida por el legislador, de allí la génesis del régimen de transición. En la pensión de sobreviviente el derecho eventual se genera cuando se logra la densidad de cotizaciones necesarias para acceder a ella.

En relación con el **segundo presupuesto** y a efecto de determinar cuál es la norma derogada que se va cotejar, es necesario precisar que la Sala mayoritaria toma distancia del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, quien para la aplicación de la condición más beneficiosa sólo permite aplicar la norma inmediatamente anterior y además incorpora para el cumplimiento de los requisitos un **límite temporal** de 3 años, comprendidos entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, fundamentado en una zona de paso entre la Ley 100 y la ley 797/03, como se advierte en las sentencias 4650/17 y SL658/18. En consecuencia, la Sala mayoritaria acoge la postura de nuestra Corte Constitucional, unificada actualmente en la sentencia **SU 005 del 2018**, aplicando para tal efecto cualquier normatividad en la que se cumpla el número de semanas exigido para dejar causada la prestación, siendo posible aplicar la Ley 100 de 1993 en su redacción original, el Decreto 758 de 1990 o cualquier normatividad anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, y **sin que contemple límites temporales para su conservación**, aunque si un **test de procedencia** para quienes pretendan la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990 o cualquier otra norma anterior, que permita determinar si el peticionante se encuentra en **condición de vulnerabilidad**, sin que ello implique efectuar una indagación histórica e ilimitada de las normas en el tiempo sino contraída únicamente a la historia de afiliación del de cuius, como lo advierte nuestra alta corporación de justicia Constitucional.

6. Caso concreto Acuerdo 049 de 1990. Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de que las partes no solicitaron su aplicación, para la Sala resulta imperativo examinar si las demandantes cumplen con las 5 condiciones necesarias y concurrentes que conforman el test de procedencia, contenidas en la sentencia SU 005 del 2018, pues sólo así se determinará si se encuentra en condición de vulnerabilidad que permita la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para causar el derecho pensional que solicitaron ambas, advirtiendo que aunque la citada providencia fue proferida con posterioridad a la radicación de la demanda (29 de marzo de 2017), tal pronunciamiento resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, se debe aplicar de manera inmediata e independientemente de la calenda de presentación del libelo demandatorio, de conformidad con lo estatuido en artículo 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en sentencia C-973 de 2004 y, en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras

emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

En esos términos, se entrará a examinar el test de procedencia a cada una de las demandantes, precisando que previo a ello que, según el reporte de cotizaciones allegado por Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, el fallecido contaba con 3.740 días, equivalentes a 534.29 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

- **Jacqueline Carrera Guzmán**

Test de Procedencia - Jacqueline Carrera Guzmán		
Primera condición	<p>Pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo, tales como: analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.</p>	<p>La demandante contaba con 54 años para la fecha en que instauró la presente acción judicial (29 de marzo de 2017), pues nació el 5 de julio de 1962 (Expediente digital, PDF 01ProcesoEscaneado, pág. 57) como da cuenta el registro civil de nacimiento, luego no hace parte del grupo etario de la tercera edad al no acreditar una edad superior a los 60 años, conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-047/15 y T-082/18, con apoyo en los arts. 46 de la Constitución Nacional y 7 de la Ley 1276 de 2009.</p> <p>Aunado a que la gestora de la litis no allegó medio de convicción tendiente a acreditar su condición de discapacidad, madre cabeza de hogar, pobreza extrema o de desplazamiento forzado, por lo que no existe certeza de que esté en incapacidad de sufragar los gastos que demanda su alimentación, manutención, educación o cualquier otro, exista una deficiencia sustancial para satisfacer su mínimo vital de ella o de menores a cargo, o que no pueda procurarse los recursos mínimos que garanticen su subsistencia.</p> <p>Por tanto, incumple con este primer requisito al no pertenecer a un grupo poblacional de especial protección constitucional.</p>
Segunda condición	<p>Afectación directa al mínimo vital y, en consecuencia, a una vida en condiciones dignas por la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.</p>	<p>Este requisito ha de analizarse con posterioridad al fallecimiento del afiliado, puesto que versa sobre las condiciones materiales de vida que la persona afronta ante la muerte del causante. En otras palabras, lo que exige el referido test de procedencia en este punto, no es un análisis de dependencia económica de la actora al momento del fallecimiento del afiliado, sino que se aviene a determinar si la falta de reconocimiento de la prestación económica de sobrevivencia pone en situación de vulnerabilidad a la señora Jacqueline Carrera Guzmán.</p> <p>Presupuesto que tampoco logra acreditarse en el proceso, pues si bien es cierto, se arrimaron al proceso los testimonios de Cindy Johana Fernández Carrera (hija de la actora) y Antonio Castiblanco Sosa (cuñado de la demandante), lo cierto es que sobre tal circunstancia no hicieron manifestación alguna, acotando que, aunque la testigo señaló que</p>

		<p>dependía económicamente del de cujus, se desconoce la razón de su dicho, pues nunca fue indagada sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por tanto, no se evidencia que la declarante tuviera un conocimiento directo de los hechos debatidos en este asunto, ya que solo adujo aspectos generales.</p> <p>Ahora, como se indicó desde el escrito de demanda, la accionante cuenta con dos hijos mayores de edad, quienes tienen el deber alimentario para con su progenitora, sin que al plenario se hubiera aportado prueba tendiente a acreditar alguna imposibilidad de su cumplimiento.</p> <p>Al respecto, nuestra H. Corte Constitucional señaló en sentencia SU-005 de 2018 que con sólo demostrarse la existencia de obligación alimentaria por parte de hijos mayores, no se configura la vulneración tal situación, como advirtió al señalar que “[la accionante] cuenta con la ayuda de sus 8 hijos mayores de edad, quienes tienen para con ella el deber legal de cubrir sus necesidades básicas y un deber de solidaridad derivado de la relación de consanguinidad que los une (...) [por lo cual] no puede ser considerada como una persona en situación de vulnerabilidad.”.</p> <p>De esta manera, no existen elementos de juicio que permitan concluir que la demandante vio afectado su mínimo vital ante el fallecimiento del afiliado.</p>
<p>Tercera condición</p>	<p>Dependencia económica del causante antes del fallecimiento, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso.</p>	<p>Tampoco se acredita este requisito, pues se reitera que, aunque la testigo Cindy Johana Fernández, manifestó que la demandante dependía económicamente de su cónyuge, no expuso la razón la razón de su dicho, pues solo se limitó a realizar una afirmación sin exponer el contexto en que percibió el hecho.</p> <p>Por el contrario, aquella manifestó que su señora progenitora, una vez el causante se fue a convivir a la ciudad de Ibagué, laboró para recaudar su sustento económico, a pesar de que su señor padre prohijó alimento. En adición a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el fallecimiento del afiliado se produjo el 10 de octubre de 2016 y su última cotización en junio de 2014, sin que la prueba testimonial tenga la virtud de señalar la labor o trabajo que aquél desempeñaba durante ese lapso, por lo que no se logra extraer de los declarantes que en ese interregno que la actora haya dependido económicamente del de cujus.</p> <p>Debe además resaltarse que, aunque en la demanda se afirma que el de cujus se enfermó a principios de 2014, siendo tratado con quimioterapias desde el 27 de julio de 2015, y obra solicitud elevada por el causante en vida, tendiente a que le sea reconocida pensión de invalidez, aduciendo contar con un porcentaje de PCL superior al 50%, situaciones de las que se podría inferir su falta de ejercicio laboral, lo cierto es que, ninguna prueba se adosó al cartulario tendiente a demostrar que atravesaba por las mencionadas circunstancias, sin que para este efecto sea suficiente la mera afirmación de la activa.</p>

Cuarta condición	Circunstancias de imposibilidad de cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones del causante.	En relación con este tópico, una vez revisado el expediente no encuentra la Sala ninguna prueba que permita establecer que el señor Henry Fernández Torres, se encontrara en circunstancias que no le permitieran cotizar al Sistema General de Pensiones, máxime cuando ninguna alusión a este aspecto se dijo en los hechos de la demanda ni en el decurso procesal, siendo un tiempo considerable el que dejó de realizar aportes, esto es, aproximadamente 2 años desde su última cotización (junio de 2014) hasta la fecha de fallecimiento (octubre de 2016).
Quinta condición	El accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.	Este presupuesto se logra acreditar, dado que Henry Fernández Torres falleció el 10 de octubre de 2016 y el 27 de diciembre del mismo año, recibió respuesta sobre la reclamación que realizó a Colfondos S.A., para lograr el reconocimiento pensional.

- **Beatriz Milena Muñoz Rojas**

Test de Procedencia - Beatriz Milena Muñoz Rojas		
Primera condición	Pertener a un grupo de especial protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo, tales como: analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.	<p>La demandante Beatriz Milena Muñoz Rojas contaba con 51 años para la fecha en que instauró la presente acción judicial (29 de marzo de 2017), pues nació el 3 de diciembre de 1965 (Expediente digital, PDF 01ProcesoEscaneado, pág. 184) como da cuenta su copia de cédula de ciudadanía, luego no hace parte del grupo etario de la tercera edad al no acreditar una edad superior a los 60 años, conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-047/15 y T-082/18, con apoyo en los arts. 46 de la Constitución Nacional y 7 de la Ley 1276 de 2009.</p> <p>Aunado a que la demandante no allegó medio de convicción tendiente a acreditar su condición de discapacidad, madre cabeza de hogar, pobreza extrema o de desplazamiento forzado, es decir, no existe certeza de que esté en incapacidad de sufragar los gastos que demanda su alimentación, manutención, educación o cualquier otro, exista una deficiencia sustancial para satisfacer su mínimo vital de ella o de menores a cargo, o que no pueda procurarse los recursos mínimos que garanticen su subsistencia.</p> <p>Por tanto, incumple con este primer requisito al no pertenecer a un grupo poblacional de especial protección constitucional.</p>
Segunda condición	Afectación directa al mínimo vital y, en consecuencia, a una vida en condiciones dignas por la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.	Este requisito ha de analizarse con posterioridad al fallecimiento del afiliado, puesto que versa sobre las condiciones materiales de vida que la persona afronta ante la muerte del causante. En otras palabras, lo que exige el referido test de procedencia en este punto, no es un análisis de dependencia económica de la actora al momento del fallecimiento del afiliado, sino que se aviene a determinar si la falta

		<p>de reconocimiento de la prestación económica de sobrevivencia pone en situación de vulnerabilidad a la señora Jacqueline Carrera Guzmán.</p> <p>Presupuesto que tampoco logra acreditarse en el proceso, pues si bien es cierto, se arrimaron al proceso los testimonios de Mariluz Mican Galeano (amiga de la demandante) y Ramón Navarro Moreno (cuñado de la demandante), así mismo, las declaraciones extrajuicio de Yanira Moscoso Cárdenas y Ramón Hernando Navarro Romero, lo cierto es que sobre tal circunstancia no hicieron manifestación alguna. En este punto, la Sala precisa que, aunque en las declaraciones extraproceso se señaló por los deponentes que la compañera permanente dependía económicamente del fallecido, no obstante, esta sola circunstancia no conlleva a que se tenga por cierto lo allí plasmado, máxime cuando se trata de una declaración genérica, por no decir un formato, de donde no se puede extraer ningún elemento persuasivo de la dependencia requerida.</p> <p>De esta manera, no existen elementos de juicio que permitan concluir que la demandante vio afectado su mínimo vital ante el fallecimiento del afiliado.</p>
Tercera condición	Dependencia económica del causante antes del fallecimiento, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso.	<p>Tampoco se acredita este requisito, pues se reitera que, aunque en las declaraciones ante Notario se manifestó que la demandante dependía económicamente de su compañero permanente, no expusieron la razón de su dicho, pues solo se limitaron a realizar una afirmación sin exponer el contexto en que percibieron el hecho.</p> <p>A lo anterior se suma que el fallecimiento del afiliado se produjo el 10 de octubre de 2016 y su última cotización en junio de 2014, sin que la prueba testimonial tenga la virtud de señalar la labor o trabajo que aquél desempeñaba durante ese lapso, por lo que no se logra extraer de los declarantes que en ese interregno que la actora haya dependido económicamente del de cujus.</p>
Cuarta condición	Circunstancias de imposibilidad de cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones del causante.	<p>En relación con este tópico, una vez revisado el expediente no encuentra la Sala ninguna prueba que permita establecer que el señor Henry Fernández Torres, se encontrara en circunstancias que no le permitieran cotizar al Sistema General de Pensiones, máxime cuando ninguna alusión a este aspecto se dijo en los hechos de la demanda, siendo un tiempo considerable el que dejó de realizar aportes, esto es, aproximadamente 2 años desde su última cotización (junio de 2014) hasta la fecha de fallecimiento (octubre de 2016).</p>
Quinta condición	El accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.	<p>Este presupuesto se logra acreditar, dado que Henry Fernández Torres falleció el 10 de octubre de 2016 y el 27 de diciembre del mismo año, recibió respuesta sobre la reclamación que realizó a Colfondos S.A., para lograr el reconocimiento pensional.</p>

Precisado lo anterior, es claro que aunque se logró acreditar el requisitos cotizaciones de 300 semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que, las demandantes no probaron las cinco (5) condiciones exigidas por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, constitutivas del test de procedibilidad, por tanto, no pueden ser consideradas como personas vulnerables y, en consecuencia, no resultan beneficiarias de la aludida normatividad en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia, pero por las razones aquí esgrimidas, adicionalmente, se revocará de forma parcial el numeral 5° de la decisión consultada y, en su lugar, se dispondrá que la presente decisión no hace tránsito a cosa juzgada respecto del derecho que pueda corresponder a las demandantes sobre la pensión de invalidez post mortem.

16. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

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

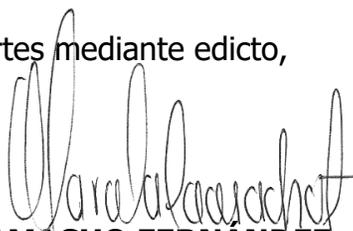
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral 5° de la sentencia proferida el 9 de febrero del 2023, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer que la presente decisión no hace tránsito a cosa juzgada respecto del derecho que pueda corresponder a las demandantes sobre la pensión de invalidez post mortem.

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada
(Aclara voto)


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
(Aclara Voto)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que me caracteriza, estando de acuerdo con la decisión en cuanto que no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es necesario aclarar el voto de la suscrita, por las razones que paso a explicar:

En la Ponencia se hace la siguiente afirmación:

“...acoge la postura de nuestra Corte Constitucional, unificada actualmente en la sentencia SU 005 del 2018, aplicando para tal efecto cualquier normatividad en la que se cumpla el número de semanas exigido para dejar causada la prestación, siendo posible aplicar la Ley 100 de 1993 en su redacción original, el Decreto 758 de 1990 o cualquier normatividad anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, y sin que contemple límites temporales para su conservación, aunque si un test de procedencia para quienes pretendan la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990 o cualquier otra norma anterior, que permita determinar si el peticionante se encuentra en condición de vulnerabilidad, sin que ello implique efectuar una indagación histórica e ilimitada de las normas en el tiempo sino contraída únicamente a la historia de afiliación del de cujus, como lo advierte nuestra alta corporación de justicia Constitucional...”

Respetuosamente considero que el planteamiento expuesto en las consideraciones de la sentencia no está acorde con el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, quien en su pacífica línea jurisprudencial ha enseñado que, en relación con el principio de la condición mas beneficiosa frente a la pensión de sobrevivientes, procede cuando se predica la aplicación del régimen inmediatamente anterior al vigente al momento del deceso del causante, pues no le es dable al juez hacer un ejercicio histórico sobre normas que regulan la materia. asimismo, la misma Corporación ha sido reiterativa en indicar que el mentado principio solo aplica, en casos

como el analizado dentro de la sentencia proferida por esta Sala, en que el afiliado falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003, en el lapso del tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la referida norma, por tanto, el principio de la condición más beneficiosa se aplica hasta el 29 de enero de 2006 a quienes tenían una expectativa legítima de acceder a la prestación antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, siendo ese, en criterio de la suscrita, el argumento por el cual se debió confirmar la negativa de la pensión de sobrevivientes reclamada, y no como se hizo, por no cumplir con el test de procedencia establecido por la Corte Constitucional dentro de la Sentencia SU005-2018, el cual, a mi juicio, nunca debió haber sido analizado.

Por lo anterior, reitero, me encuentro de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala, pero respetuosamente difiero de las consideraciones que sustentaron la decisión.



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *HÉCTOR HUGO SALDAÑA BOHÓRQUEZ*
DEMANDADO: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *110013105-004-2021-00207-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA*
TEMA: *RECONOCIMIENTO PENSIONAL*

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Héctor Hugo Saldaña Bohórquez a través de mandatario judicial instauró demanda laboral contra COLPENSIONES, con el fin que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el retroactivo, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que cotizó al ISS, hoy Colpensiones un total de 1598,14 semanas, y que de manera alterna cotizó al magisterio; que mediante resolución No 1609 del 11 de marzo de 2014 el FOMAG le reconoció la pensión de jubilación por haber sido docente oficial por más de 20 años; que el 19 de noviembre de 2020 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, pero le fue negada a través de Resolución SUB42527 del 18 de febrero de 2021, procediendo a interponer recurso de apelación el 26 de febrero de 2021, siendo resuelto de manera desfavorable mediante Resolución DPE2011 del 18 de marzo de 2021. (Fols. 1 a 14, Archivo No 01 Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 4 y 5 archivo No 001 Demanda); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, el actor cuenta con una pensión otorgada por parte del FOMAG, lo cual genera un escenario de incompatibilidad con el eventual reconocimiento pensional a cargo de Colpensiones, como lo establece la Ley 549 del 28 de diciembre de 1999, artículo 17, inciso 4; que al no asistirle derecho a la pensión de vejez, tampoco resulta procedente las pretensiones de intereses moratorios e indexación. Como excepciones de mérito rotuló las de buena fe de Colpensiones, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, compensación y, la innominada o genérica (Fols. 1 a 7 Archivo No 04 Contestación).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de enero de 2023, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar

la pensión de vejez, a partir del 22 de octubre de 2020, en cuantía inicial de \$1.583.765, y por 13 mesadas al año; condenó a COLPENSIONES a reconocer la suma de \$50.102.370 como retroactivo; ordenó los descuentos en seguridad social en salud; condenó a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 19 de marzo de 2021 y hasta que se haga efectivo el pago, y gravó en costas a COLPENSIONES (fl. 1 a 3 Archivo No 15 y audiencia virtual archivo No 17 Exp. Digital).

Indicó que el problema jurídico a resolver era si la pensión de jubilación que percibe como docente oficial es compatible con la pensión de vejez solicitada a COLPENSIONES, para lo cual trajo como sustento normativo el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, 128 de la Constitución Política y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencias de radicado SL451-2013 y SL2649-2020, en la que se determina que existe compatibilidad entre la prestación percibida como docente y las que puedan generarse en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, pues se tratan de prestaciones causadas con diferentes servicios o cotizaciones, agregando que para el reconocimiento de la pensión de jubilación no se tuvieron en cuenta las 1.598 semanas con que cuenta en el sector privado.

Al descartar la existencia de la incompatibilidad alegada por COLPENSIONES, dio prosperidad al estudio de la pensión de vejez, constatando que de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, la edad de 62 años fue cumplida el 22 de octubre de 2020, fecha para la cual contaba con más de las 1.300 semanas, pues cuenta con 1.598 semanas; en cuanto al monto de la prestación consideró que le correspondía el 71.74 % del IBL de los últimos 10 años, de conformidad con el artículo 10 de la ley 797 de 2003.

En ese orden, manifestó que la mesada pensional para el 22 de octubre de 2020 corresponde a \$1.583.765, el cual se otorga sobre 13 mesadas, por haberse causado con posterioridad al 31 de julio de 2011; condenó a la suma de \$50.102.370 como retroactivo pensional por las mesadas causadas del 22 de octubre de 2020 hasta el 31 de enero de 2023.

Condenó a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, ya que desde que elevó la solicitud debía Colpensiones reconocer la prestación y no lo hizo, generándose los intereses moratorios desde el 19 de marzo de 2021 en adelante hasta que se verifique el pago. Finalmente, condenó en costas a COLPENSIONES.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por COLPENSIONES quien solicita que se revoque la sentencia de instancia, e insiste en los argumentos de los alegatos de conclusión, señalando que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, ya que goza de una pensión de jubilación por parte del magisterio, lo cual genera incompatibilidad conforme lo establece la Ley 549 de 1999, artículo 17, inciso 4: que al tener reconocida la pensión de jubilación a través de Resolución 1609 del 2014 por parte del magisterio, la pensión de vejez solo opera como garantía subsidiaria en caso de que no hubiera cumplido con los requisitos para pensionarse con el magisterio; que existe incompatibilidad; frente a los intereses moratorios manifestó que son improcedentes, ya que solo se causan por la mora en el pago de mesadas, situación que no se evidencia ya que el demandante no ha adquirido el estado de pensionado, por tanto, no puede haber intereses sobre mesadas que aún no se han reconocido y sobre las cuales Colpensiones no ha incurrido en mora.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal Colpensiones solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que el demandante no tiene derecho al reconocimiento pensional, ya que se encuentra gozando de una pensión de jubilación por parte del Magisterio.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: **(i)** ¿La pensión de vejez que se reconoce en el régimen con prestación definida a cargo de COLPENSIONES es incompatible con la pensión de jubilación que viene disfrutando el demandante? En caso negativo **(ii)** ¿Le asiste derecho al demandante a que se le reconozca y pague la pensión de vejez conforme lo dispone la ley 100 de 1993?, y **(iii)** ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y desde que fecha?

3. Pensión de vejez- pensión Magisterio- incompatibilidad. Es importante señalar que, si bien los docentes oficiales están excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud de lo previsto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, tal calidad no les impide prestar sus servicios a instituciones de naturaleza privada y en virtud a ello, financiar una posible pensión de vejez en el marco de la Ley 100 de 1993, ya sea en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así se infiere del contenido del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio que además reciban remuneraciones del sector privado, a que acumulen cotizaciones como docentes oficiales con cotizaciones del sector privado para que sean administradas en dicho fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993.

Precepto reglamentario de la Ley 100 de 1993, a partir del cual solo se puede educir, según lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si los docentes oficiales vinculados a la entidad que administra las pensiones de ese sector, paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden válidamente afiliarse a una administradora de pensiones del RAIS o del RPM y cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen especial accederán a las prestaciones propias del mismo (Sentencia del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, citada en la SL3775-2021).

Ahora, si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, de la aplicación de dicha normativa, lo cierto es que de conformidad con el mandato previsto en el artículo 17 de la misma Ley, la calidad de exceptuados del Sistema

Integral de Seguridad Social no exime al empleador privado de la obligación de realizar las cotizaciones al sistema cuando contrata como trabajador a quien pertenece al régimen pensional de los docentes oficiales, como sucedió en el evento bajo examen, en el que las distintas entidades del sector privado le aportaron al sistema general en pensiones al demandante desde el 22 de abril de 1987 hasta el 31 de agosto de 2020, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES.

Al respecto, baste traer a colación lo delineado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de julio de 2013, radicado 41001, en un caso análogo al que hoy convoca a la Sala, en la que la Corte, adoctrinó: "(...) Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social"

Así las cosas, el hecho de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le haya reconocido pensión de jubilación a partir del 23 de octubre de 2013, por los servicios prestados durante más de 20 años como docente de vinculación NACIONALIZADO (fols. 74 a 75 Archivo No 001), no le hace perder el derecho que le puede asistir en el régimen de prima media con prestación definida, esto es, la pensión de vejez, pues tales prestaciones no son incompatibles, y además, para el reconocimiento de la pensión de jubilación del magisterio no se tuvieron en cuenta los periodos cotizados al ISS, hoy COLPENSIONES, con lo cual, se desvanece el argumento propuesto en la alzada.

Por lo expuesto, la afiliación y las cotizaciones del actor al RPM fueron plenamente válidas y son compatibles con su afiliación como docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues se itera, si bien las prestaciones pensionales de los docentes oficiales son a cargo del Estado, lo cierto es que las mismas se generan por tiempos de servicios ajenos a las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, lo que impone impartir aprobación a la sentencia de primera instancia, en cuanto asumió el estudio de la pensión de vejez, como seguidamente lo hará esta Sala.

4. Pensión ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003. Es así que analizado el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se concluye que el actor satisfizo las condiciones mínimas para acceder a la pensión de vejez, ya que acreditó los 62 años el 22 de octubre de 2020, por haber nacido el mismo día y mes del año 1958 (Fol. 76 archivo No 01- Cedula) y para la misma data superaba las 1300 semanas de cotización como se demuestra con la historia laboral (fls. 45 a 56 archivo No 01) en la que se advierte que se realizaron cotizaciones hasta el ciclo de agosto 2020 acumulando 1.598,14 semanas.

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el sistema contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o toda la vida laboral en el caso de acreditar más de 1250 semanas, debiendo aplicar el IBL que resulte más favorable, para lo cual ha de aplicarse la fórmula de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para establecer la tasa de reemplazo.

Así las cosas, en vista que el a quo encontró que el IBL favorable era el de los últimos 10 años, y al respecto no se presentó inconformidad por la parte actora, la Sala solo

procederá a realizar el cálculo del IBL de los últimos 10 años, con base en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Folios. 45 a 70 Archivo No 01 Expediente digital), según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de **\$5.100.627,60** en los últimos 10 años, suma superior a la que llegó la juzgadora primigenia, que lo fue de **\$2.207.646**, sin embargo, como la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES no se variará el monto definido en primera instancia, además no se allega la liquidación del a quo para efectos de verificar la sumatoria.

5. Tasa de reemplazo artículo 34 ley 100 de 1993. De acuerdo con lo anterior, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 34 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, precepto normativo del que podemos extraer que, para la determinación de la tasa de reemplazo, se debe tener en cuenta la formula allí plasmada:

$$r = 65.50 - 0.50 s,$$

Donde **r** corresponde a la tasa de reemplazo, **S** equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2020, que equivale a \$877.803.

De acuerdo con lo expuesto, tenemos entonces que para hallar **S** es necesario efectuar la siguiente operación:

$$s = \text{IBL} / \text{SMLMV}$$
$$s = \$5.100.627,60 / \$877.803$$

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 5,81.

Establecido lo anterior, continuamos con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita ($r = 65.50 - 0.50 s$), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de S: 5.81 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

$$5.81 \times 0.5 = 2.90$$

$$r = 65.50 - 2.90$$

$$r = 65.50 - 2.90$$

$$r = 62.59$$

Ahora bien, contempla el norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Tenemos entonces que el mínimo de semanas requeridas a los que alude la norma en cita corresponde a 1.300, por ende, el demandante cuenta con 298.14 semanas

adicionales, es decir que le corresponde un porcentaje adicional de 1.5% del ingreso base de liquidación en relación a cada 50 semanas adicionales.

Por lo planteado precedentemente, válidamente podemos efectuar la siguiente formulación:

Semanas adicionales = $(1598,14 - 1300 = 298,14 \quad 298,14/50 = 5 \times 1.5\% = 7,50 \%)$.

En consecuencia, se tiene que el actor cuenta con 298.14 semanas adicionales de cotización, esto es, 5 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 7.50% de incremento sobre el porcentaje atrás calculado.

Efectuada entonces la sumatoria de r (62.59) más el porcentaje resultante de las semanas adicionales (7.50%), tenemos una tasa de reemplazo equivalente a 70.09%, sin embargo, como la a quo determinó que el porcentaje es del 77.74%, habrá de modificarse la decisión de instancia en punto a la tasa de reemplazo que genera el monto de la primera mesada pensional.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL3785 de 2019, enseñó cómo se debe proceder a efectuar el cálculo de tasa de reemplazo, así:

“En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en \$4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a \$497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio”

De suerte que, una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso, constata la Corporación que el monto correspondiente a la mesada pensional con el IBL de \$2.207.646, al aplicársele el 70.09 % de tasa de reemplazo arroja una mesada inicial de **\$1.547.442** para el año 2020, inferior a la que reconoció el a quo, por lo que se modificará la decisión de instancia al revisarse la providencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

6. Prescripción. Ahora, para efecto del disfrute y el retroactivo, como COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción, hay lugar a estudiar dicho medio exceptivo, tal como lo establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que dispone el término de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir presentando la reclamación por escrito.

En el sub examine, la obligación de solicitar la pensión se hizo exigible una vez acreditó el requisito de la edad mínima, esto es, 22 de octubre de 2020, presentando la solicitud de vejez el 19 de noviembre de 2020, negada a través de resolución SUB42527 del 18 de febrero de 2021 (Fols. 15 a 24 Archivo No 01), sobre la cual interpuso recurso de apelación, suspendiendo el término prescriptivo hasta agotar la vía

gubernativa, lo cual aconteció tras la expedición de la resolución DPE2011 del 18 de marzo de 2021 (Fol. 34 a 44 Archivo No 001). Desde tal data podía acudir a la jurisdicción y hasta el 18 de marzo de 2024 a efecto de que no le prescribiera ninguna mesada pensional, acudiendo a la vía judicial el 30 de abril de 2021 (Fol. 78 Archivo 01), con lo cual, ninguna mesada se encuentra afecta por la prescripción, tal como acertadamente lo determinó la a quo.

7. Retroactivo. Ello así, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena correspondiente a las mesadas causadas entre el 22 de octubre de 2020 al 31 de mayo de 2023, se obtiene la suma de \$56.529.618, y a partir del 01 de junio de 2023 Colpensiones deberá cancelar una mesada pensional de \$1.878.609, la cual se incrementará anualmente conforme con el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 13 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2020	1,61%	\$ 1.547.442	3,30	\$ 5.106.559
2021	5,62%	\$ 1.572.356	13	\$ 20.440.626
2022	13,12%	\$ 1.660.722	13	\$ 21.589.389
2023		\$ 1.878.609	5	\$ 9.393.045
TOTAL				\$ 56.529.618

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

8. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Establecidos los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, discurriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a ello, lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual "*en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.*"

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya

sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior.**

Así mismo, frente a su causación, ha establecido en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: "*se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003*", y que "*de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013).

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió COLPENSIONES a negar la pensión solicitada, bajo el argumento de la incompatibilidad pensional, desconociendo que la Sala de Casación Laboral, ya desde el año 2008 viene sosteniendo que tal incompatibilidad no se presenta (Radicación No 28164 del 19 de junio de 2008, y radicado No 40848 del 6 de diciembre de 2011), y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se presentó el 19 de noviembre de 2020 (Fol. 15 archivo No 01), por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 19 de marzo de 2021 para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde el 19 de marzo de 2021, tal como lo determinó acertadamente la juez de primer grado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificatoria de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

9. Costas. Sin costas en esta instancia por cuanto la decisión se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta, a pesar de la alzada propuesta por COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia proferida el 30 de enero de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor HÉCTOR HUGO SALDAÑA BOHÓRQUEZ, la pensión de vejez en cuantía de **\$1.147.442**, con 13 mesadas pensionales, y en lo sucesivo con los reajustes de ley a que alude el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor HÉCTOR HUGO SALDAÑA BOHÓRQUEZ, el valor de **\$56.529.618**, por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas desde el 22 de octubre de 2020 hasta el 31 de mayo de 2023. A partir del 01 de junio de 2023, se seguirá reconociendo la pensión en cuantía de **\$1.878.609**, con 13 mesadas pensionales. Autorizando a COLPENSIONES a que realice los descuentos al sistema general de seguridad social en salud".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

TODA 10 AÑO

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	3600
F. FINAL	31-dic-23		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2019	103,80	1966	0,09
1-sep-10	30-sep-10	\$ 3.401.000	30	\$ 4.958.477	\$ 41.321	2019	103,80	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	\$ 3.359.000	30	\$ 4.897.243	\$ 40.810	2019	103,80	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	\$ 3.799.000	30	\$ 5.538.740	\$ 46.156	2019	103,80	2009	71,20
1-dic-10	31-dic-10	\$ 2.479.000	30	\$ 3.614.250	\$ 30.119	2019	103,80	2009	71,20
1-ene-11	31-ene-11	\$ 2.911.000	30	\$ 4.113.630	\$ 34.280	2019	103,80	2010	73,45
1-feb-11	28-feb-11	\$ 3.430.000	30	\$ 4.847.047	\$ 40.392	2019	103,80	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	\$ 3.582.000	30	\$ 5.061.843	\$ 42.182	2019	103,80	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	\$ 3.474.000	30	\$ 4.909.224	\$ 40.910	2019	103,80	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	\$ 3.641.000	30	\$ 5.145.218	\$ 42.877	2019	103,80	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	\$ 4.652.000	30	\$ 6.573.895	\$ 54.782	2019	103,80	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	\$ 2.229.000	30	\$ 3.149.874	\$ 26.249	2019	103,80	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	\$ 3.706.000	30	\$ 5.237.071	\$ 43.642	2019	103,80	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	\$ 3.641.000	30	\$ 5.145.218	\$ 42.877	2019	103,80	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	\$ 3.598.000	30	\$ 5.084.453	\$ 42.370	2019	103,80	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	\$ 3.662.000	30	\$ 5.174.893	\$ 43.124	2019	103,80	2010	73,45

1-dic-11	31-dic-11	\$ 3.788.00 0	30	\$ 5.352.948	\$ 44.608	2019	103,80	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	\$ 2.921.00 0	30	\$ 3.979.433	\$ 33.162	2019	103,80	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	\$ 3.556.00 0	30	\$ 4.844.527	\$ 40.371	2019	103,80	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	\$ 3.602.00 0	30	\$ 4.907.195	\$ 40.893	2019	103,80	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	\$ 3.556.00 0	30	\$ 4.844.527	\$ 40.371	2019	103,80	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	\$ 3.647.00 0	30	\$ 4.968.501	\$ 41.404	2019	103,80	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12	\$ 4.220.00 0	30	\$ 5.749.129	\$ 47.909	2019	103,80	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	\$ 3.187.00 0	30	\$ 4.341.819	\$ 36.182	2019	103,80	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	\$ 3.777.00 0	30	\$ 5.145.607	\$ 42.880	2019	103,80	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	\$ 3.641.00 0	30	\$ 4.960.327	\$ 41.336	2019	103,80	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12	\$ 3.777.00 0	30	\$ 5.145.607	\$ 42.880	2019	103,80	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	\$ 4.177.00 0	30	\$ 5.690.548	\$ 47.421	2019	103,80	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	\$ 2.733.00 0	30	\$ 3.723.311	\$ 31.028	2019	103,80	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	\$ 3.367.00 0	30	\$ 4.477.988	\$ 37.317	2019	103,80	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	\$ 3.766.00 0	30	\$ 5.008.644	\$ 41.739	2019	103,80	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	\$ 3.813.00 0	30	\$ 5.071.152	\$ 42.260	2019	103,80	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	\$ 3.823.00 0	30	\$ 5.084.451	\$ 42.370	2019	103,80	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	\$ 3.837.00 0	30	\$ 5.103.071	\$ 42.526	2019	103,80	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	\$ 4.420.00 0	30	\$ 5.878.440	\$ 48.987	2019	103,80	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	\$ 3.429.00 0	30	\$ 4.560.446	\$ 38.004	2019	103,80	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	\$ 3.969.00 0	30	\$ 5.278.626	\$ 43.989	2019	103,80	2012	78,05

1-sep-13	30-sep-13	\$ 3.805.00 0	30	\$ 5.060.512	\$ 42.171	2019	103,80	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	\$ 3.805.00 0	30	\$ 5.060.512	\$ 42.171	2019	103,80	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	\$ 4.291.00 0	30	\$ 5.706.875	\$ 47.557	2019	103,80	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	\$ 4.831.00 0	30	\$ 6.425.055	\$ 53.542	2019	103,80	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	\$ 3.471.00 0	30	\$ 4.528.549	\$ 37.738	2019	103,80	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	\$ 3.809.00 0	30	\$ 4.969.532	\$ 41.413	2019	103,80	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	\$ 3.809.00 0	30	\$ 4.969.532	\$ 41.413	2019	103,80	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	\$ 4.324.00 0	30	\$ 5.641.443	\$ 47.012	2019	103,80	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	\$ 4.005.00 0	30	\$ 5.225.249	\$ 43.544	2019	103,80	2013	79,56
1-jun-14	30-jun-14	\$ 3.947.00 0	30	\$ 5.149.578	\$ 42.913	2019	103,80	2013	79,56
1-jul-14	31-jul-14	\$ 3.521.00 0	30	\$ 4.593.783	\$ 38.282	2019	103,80	2013	79,56
1-ago-14	31-ago-14	\$ 3.956.00 0	30	\$ 5.161.320	\$ 43.011	2019	103,80	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	\$ 4.552.00 0	30	\$ 5.938.910	\$ 49.491	2019	103,80	2013	79,56
1-oct-14	31-oct-14	\$ 4.144.00 0	30	\$ 5.406.600	\$ 45.055	2019	103,80	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	\$ 4.382.00 0	30	\$ 5.717.114	\$ 47.643	2019	103,80	2013	79,56
1-dic-14	31-dic-14	\$ 2.941.00 0	30	\$ 3.837.068	\$ 31.976	2019	103,80	2013	79,56
1-ene-15	31-ene-15	\$ 3.666.00 0	30	\$ 4.614.190	\$ 38.452	2019	103,80	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	\$ 4.003.00 0	30	\$ 5.038.353	\$ 41.986	2019	103,80	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	\$ 4.077.00 0	30	\$ 5.131.493	\$ 42.762	2019	103,80	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	\$ 4.155.00 0	30	\$ 5.229.667	\$ 43.581	2019	103,80	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	\$ 4.105.00 0	30	\$ 5.166.735	\$ 43.056	2019	103,80	2014	82,47

1-jun-15	30-jun-15	\$ 3.790.00 0	30	\$ 4.770.262	\$ 39.752	2019	103,80	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	\$ 4.551.00 0	30	\$ 5.728.090	\$ 47.734	2019	103,80	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	\$ 4.186.00 0	30	\$ 5.268.685	\$ 43.906	2019	103,80	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	\$ 4.262.00 0	30	\$ 5.364.342	\$ 44.703	2019	103,80	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	\$ 4.237.00 0	30	\$ 5.332.876	\$ 44.441	2019	103,80	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	\$ 4.690.00 0	30	\$ 5.903.042	\$ 49.192	2019	103,80	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	\$ 3.073.00 0	30	\$ 3.867.814	\$ 32.232	2019	103,80	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16	\$ 3.837.00 0	30	\$ 4.523.236	\$ 37.694	2019	103,80	2015	88,05
1-feb-16	29-feb-16	\$ 4.218.00 0	30	\$ 4.972.377	\$ 41.436	2019	103,80	2015	88,05
1-mar-16	31-mar-16	\$ 4.327.00 0	30	\$ 5.100.871	\$ 42.507	2019	103,80	2015	88,05
1-abr-16	30-abr-16	\$ 5.206.00 0	30	\$ 6.137.078	\$ 51.142	2019	103,80	2015	88,05
1-may-16	31-may-16	\$ 4.545.00 0	30	\$ 5.357.860	\$ 44.649	2019	103,80	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16	\$ 3.509.00 0	30	\$ 4.136.574	\$ 34.471	2019	103,80	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	\$ 4.054.00 0	30	\$ 4.779.046	\$ 39.825	2019	103,80	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	\$ 4.599.00 0	30	\$ 5.421.518	\$ 45.179	2019	103,80	2015	88,05
1-sep-16	30-sep-16	\$ 4.545.00 0	30	\$ 5.357.860	\$ 44.649	2019	103,80	2015	88,05
1-oct-16	31-oct-16	\$ 4.490.00 0	30	\$ 5.293.023	\$ 44.109	2019	103,80	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	\$ 4.545.00 0	30	\$ 5.357.860	\$ 44.649	2019	103,80	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	\$ 3.456.00 0	30	\$ 4.074.095	\$ 33.951	2019	103,80	2015	88,05
1-ene-17	31-ene-17	\$ 4.276.97 6	30	\$ 4.767.872	\$ 39.732	2019	103,80	2016	93,11
1-feb-17	28-feb-17	\$ 4.509.72 0	30	\$ 5.027.329	\$ 41.894	2019	103,80	2016	93,11

1-mar-17	31-mar-17	\$ 4.509.520	30	\$ 5.027.106	\$ 41.893	2019	103,80	2016	93,11
1-abr-17	30-abr-17	\$ 4.509.520	30	\$ 5.027.106	\$ 41.893	2019	103,80	2016	93,11
1-may-17	31-may-17	\$ 4.684.198	30	\$ 5.221.833	\$ 43.515	2019	103,80	2016	93,11
1-jun-17	30-jun-17	\$ 5.161.773	30	\$ 5.754.222	\$ 47.952	2019	103,80	2016	93,11
1-jul-17	31-jul-17	\$ 4.432.164	30	\$ 4.940.871	\$ 41.174	2019	103,80	2016	93,11
1-ago-17	31-ago-17	\$ 4.956.198	30	\$ 5.525.052	\$ 46.042	2019	103,80	2016	93,11
1-sep-17	30-sep-17	\$ 4.839.746	30	\$ 5.395.234	\$ 44.960	2019	103,80	2016	93,11
1-oct-17	31-oct-17	\$ 4.897.972	30	\$ 5.460.143	\$ 45.501	2019	103,80	2016	93,11
1-nov-17	30-nov-17	\$ 4.897.972	30	\$ 5.460.143	\$ 45.501	2019	103,80	2016	93,11
1-dic-17	31-dic-17	\$ 3.737.568	30	\$ 4.166.552	\$ 34.721	2019	103,80	2016	93,11
1-ene-18	31-ene-18	\$ 4.351.304	30	\$ 4.660.193	\$ 38.835	2019	103,80	2017	96,92
1-feb-18	28-feb-18	\$ 4.840.840	30	\$ 5.184.480	\$ 43.204	2019	103,80	2017	96,92
1-mar-18	31-mar-18	\$ 4.963.224	30	\$ 5.315.552	\$ 44.296	2019	103,80	2017	96,92
1-abr-18	30-abr-18	\$ 6.130.032	30	\$ 6.565.189	\$ 54.710	2019	103,80	2017	96,92
1-may-18	31-may-18	\$ 5.331.416	30	\$ 5.709.881	\$ 47.582	2019	103,80	2017	96,92
1-jun-18	30-jun-18	\$ 4.291.152	30	\$ 4.595.771	\$ 38.298	2019	103,80	2017	96,92
1-jul-18	31-jul-18	\$ 4.535.920	30	\$ 4.857.914	\$ 40.483	2019	103,80	2017	96,92
1-ago-18	31-ago-18	\$ 5.331.416	30	\$ 5.709.881	\$ 47.582	2019	103,80	2017	96,92
1-sep-18	30-sep-18	\$ 5.147.840	30	\$ 5.513.273	\$ 45.944	2019	103,80	2017	96,92
1-oct-18	31-oct-18	\$ 5.331.416	30	\$ 5.709.881	\$ 47.582	2019	103,80	2017	96,92
1-nov-18	30-nov-18	\$ 5.323.258	30	\$ 5.701.144	\$ 47.510	2019	103,80	2017	96,92

1-dic-18	31-dic-18	\$ 4.336.284	30	\$ 4.644.107	\$ 38.701	2019	103,80	2017	96,92
1-ene-19	31-ene-19	\$ 4.947.136	30	\$ 5.135.127	\$ 42.793	2019	103,80	2018	100,00
1-feb-19	28-feb-19	\$ 4.563.460	30	\$ 4.736.871	\$ 39.474	2019	103,80	2018	100,00
1-mar-19	31-mar-19	\$ 5.266.866	30	\$ 5.467.007	\$ 45.558	2019	103,80	2018	100,00
1-abr-19	30-abr-19	\$ 5.330.812	30	\$ 5.533.383	\$ 46.112	2019	103,80	2018	100,00
1-may-19	31-may-19	\$ 5.394.758	30	\$ 5.599.759	\$ 46.665	2019	103,80	2018	100,00
1-jun-19	30-jun-19	\$ 7.109.000	30	\$ 7.379.142	\$ 61.493	2019	103,80	2018	100,00
1-jul-19	31-jul-19	\$ 4.813.514	30	\$ 4.996.428	\$ 41.637	2019	103,80	2018	100,00
1-ago-19	31-ago-19	\$ 5.133.244	30	\$ 5.328.307	\$ 44.403	2019	103,80	2018	100,00
1-sep-19	30-sep-19	\$ 5.580.866	30	\$ 5.792.939	\$ 48.274	2019	103,80	2018	100,00
1-oct-19	31-oct-19	\$ 5.708.759	30	\$ 5.925.692	\$ 49.381	2019	103,80	2018	100,00
1-nov-19	30-nov-19	\$ 5.580.866	30	\$ 5.792.939	\$ 48.274	2019	103,80	2018	100,00
1-dic-19	31-dic-19	\$ 5.018.727	30	\$ 5.209.439	\$ 43.412	2019	103,80	2018	100,00
1-ene-20	31-ene-20	\$ 4.238.000	30	\$ 4.238.000	\$ 35.317	2019	103,80	2019	103,80
1-feb-20	29-feb-20	\$ 4.238.000	30	\$ 4.238.000	\$ 35.317	2019	103,80	2019	103,80
1-mar-20	31-mar-20	\$ 5.159.000	30	\$ 5.159.000	\$ 42.992	2019	103,80	2019	103,80
1-abr-20	30-abr-20	\$ 4.576.601	30	\$ 4.576.601	\$ 38.138	2019	103,80	2019	103,80
1-may-20	31-may-20	\$ 4.535.000	30	\$ 4.535.000	\$ 37.792	2019	103,80	2019	103,80
1-jun-20	30-jun-20	\$ 4.535.001	30	\$ 4.535.001	\$ 37.792	2019	103,80	2019	103,80
1-jul-20	31-jul-20	\$ 4.535.000	30	\$ 4.535.000	\$ 37.792	2019	103,80	2019	103,80
1-ago-20	31-ago-20	\$ 4.535.000	30	\$ 4.535.000	\$ 37.792	2019	103,80	2019	103,80

Últimos 10 años laborados

Toda la vida laboral

TOTAL DÍAS	3600
	514,2
TOTAL SEMANAS	9

TOTAL DÍAS	11187
TOTAL SEMANAS	1598,14

Ingreso Base de Liquidacion - IBL-	\$ 5.100.627,60
Semanas Cotizadas	1.598,14
Tasa de reemplazo	70,09%
Valor pensión	\$ 3.575.268



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: PABLO RAFAEL FONTALVO PEÑALOZA Y OTRO
Demandadas: NON PLUS ULTRA S.A. Y OTRA
Radicado No.: 12-2018-00207-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza y Álvaro Torres Riscanevo instauraron demanda ordinaria contra Non Plus Ultra S.A. y Promoviendo CTA en Liquidación, con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral entre aquellos y la primera de las citadas, conforme a los siguientes extremos:

- Álvaro Torres Riscanevo, entre el 28 de julio de 1997 al 30 de septiembre del 2017.
- Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza, desde el 14 de junio de 1997 al 30 de septiembre de 2017.

Así mismo, solicitaron que se declare que Non Plus Ultra S.A. ocultó la relación laboral existente a través de contratos de prestación de servicios suscritos y con la vinculación efectuada a CTA, con la cual celebró un contrato de suministro de personal. En consecuencia, pidieron que se condene a la citada sociedad y solidariamente a la CTA, a cancelar cesantía, intereses a las mismas y sanción por su no consignación, primas semestrales y de navidad, vacaciones, indemnización moratoria, reliquidación de indemnización por despido sin justa causa, aportes pensionales, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como sustento de las anteriores pretensiones, señalaron, en síntesis, que se vincularon al servicio de la empresa Non Plus Ultra S.A., como pintor de carrocerías, quien terminó unilateralmente y sin justa causa los contratos de trabajo el 30 de septiembre de 2017. Refirieron que durante el periodo que estuvieron vinculados bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, la citada demandada ejerció continua subordinación y dependencia, lo cual persistió cuando fueron vinculados como trabajadores asociados a Promoviendo CTA. Precisarón que el 28 de noviembre de 2011 se formalizó su laborío con la citada sociedad, sin que le hayan sido incrementados sus salarios desde el año 2012.

(Expediente digital, PDF 01DemandayAnexos, págs. 169 a 185)

2. Contestación de la demanda

2.1. Non Plus Ultra S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la demandada se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que con los trabajadores existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia entre 28 de noviembre de 2012 al 30 de

septiembre de 2017, quienes desarrollaron actividades como contratistas en periodos diferentes. Explicó que con Promoviendo CTA celebró contrato civil para la fabricación, ensamble, transformación, cabinado y en general todos los procesos necesarios para la elaboración de las carrocerías para vehículos automotores tanto de carga como de pasajeros, comercializados por la empresa.

Indicó que los demandantes estuvieron vinculados a la CTA, prestando sus servicios como pintor II, en el área de pintura de la empresa cliente Non Plus Ultra S.A. En cuanto a los supuestos fácticos esbozados por cada uno de los demandantes aceptó los enlistados en los numerales 3º, literal "f" y "l" del 6º y 10º, 13º, 14º, 19º y 23º. Frente a los demás señaló no ser cierto o no constarle y en su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa, carencia de título, prescripción, compensación y pago.

(Expediente digital, PDF 01DemandayAnexos, págs. 198 a 229)

2.2. Promoviendo CTA. A través de curador ad litem contestó demanda, oponiéndose a las pretensiones del escrito introductor. Frente a los hechos señaló no constarle y propuso como excepciones de mérito las que rotuló prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y genérica.

(Expediente digital, PDF 01DemandayAnexos, págs. 466 a 473)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de enero de 2023, en la que la falladora declaró que entre los demandantes y Non Plus Ultra S.A. existió un contrato de trabajo, conforme a los siguientes extremos:

- Álvaro Torres Riscanevo, entre el 28 de julio de 1997 al 30 de septiembre del 2017.
- Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza, desde el 14 de junio de 1997 al 30 de septiembre de 2017.

En tal virtud, condenó a Non Plus Ultra S.A. a pagar a favor de los trabajadores auxilio de cesantía, reliquidación de indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y aportes a pensión. Declaró solidariamente responsable a la CTA respecto del pago de cesantías causadas a favor de cada uno de los demandantes por el periodo comprendido entre 1º de septiembre de 2005 a noviembre de 2011; probada parcialmente la excepción de prescripción y gravó en costas a las codemandadas.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, se propuso verificar, entre otras cosas, si entre los demandantes y Non Plus Ultra S.A., existió un contrato de trabajo dentro de los extremos que se aducen en el libelo genitor y, en consecuencia, deviene el pago de sanción por la no consignación de cesantías y si la CTA actuó como simple intermediaria que la haga responsable solidariamente de las condenas. Con tal propósito, citó los artículos 23 y 24 del C.S.T., para a continuación significar que basta con que el trabajador demuestre prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y, por ende, el contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar la presunción, como lo ha indicado la CSJ en sentencia de rad. 44321 del 21 de octubre de 2014.

En ese contexto, valoró los medios de convicción incorporados al plenario y con ello sostuvo que los actores demostraron prestación personal del servicio a favor de Non Plus Ultra S.A., de ahí que opere en su favor la presunción del que trata el artículo 24 del C.S.T., es decir, la relación laboral entre los años 1997 al 2011, en tanto que de esta última a 2017, no se discute que estuvieron vinculados por un contrato de trabajo, quedando a cargo de la demandada desvirtuarla.

Estimó que la accionada no logró desvirtuar la presunción en comento, toda vez que no allegó elementos de juicio que permitan inferir que en efecto los accionantes desde 1997

a 2005, hayan sido vinculados a través de un contrato de prestación de servicios y de 2005 a 2011, como trabajadores asociados, pues en este último evento la CTA tampoco demostró que no actuó como intermediaria. Refirió que tanto los testimonios de ambas partes, como la representante legal de la demandada, fueron coincidentes en afirmar que los actores prestaron el servicio de manera continua desde 1997 hasta 2017, siempre ejecutando las mismas funciones, en tanto no se demostró que durante la vinculación como contratistas, trabajadores cooperados y directos de la sociedad, los cargos fueran distintos, por el contrario, siempre fungieron como pintores, quienes estaban sujetos a órdenes de personal directo de Non Plus Ultra S.A.

Precisó que la accionada tampoco probó que en la vinculación como contratistas hayan sido autónomos e independientes en su actividad, al punto que en caso de no poder asistir, tenían la facultad de enviar reemplazo o contratar a otras personas, tan es así que los testigos arimados por los accionantes coinciden en afirmar que para ausentarse debían pedir permiso y cuando llegaban tarde a sus labores los dejaban dos horas afuera de las instalaciones de la empresa a título de sanción, a más que cuando se vincularon a la CTA las condiciones laborales no cambiaron, pues lo único diferente era que ésta asumió el pago de las compensaciones o salarios y aportes a seguridad social.

De esta suerte, indicó que la accionada trató de disfrazar su vinculación a través de contratos de prestación de servicios y con posterioridad con la CTA, para finalmente atarlos directamente cuando pudo haberlo hecho desde el inicio mediante un contrato de trabajo, lo que imponía declararlo en el caso del señor Álvaro Torres Riscanevo, entre el 28 de julio de 1997 al 30 de septiembre del 2017, mientras que a Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza, desde el 14 de junio de 1997 al 30 de septiembre del 2017.

Sentado lo anterior, se propuso verificar los emolumentos laborales solicitados por los actores, para tal fin señaló que no existía controversia en torno a que los trabajadores recibieron el pago, entre otras cosas, del auxilio de cesantía a partir de que fueron vinculados directamente con Non Plus Ultra S.A., de manera que en lo atinente a la sanción por la no consignación de cesantías refirió que las causadas entre junio y julio de 1997 y noviembre de 2011 se encuentran prescritas si se tiene en cuenta que los contratos de trabajo finalizaron el 30 de septiembre de 2017 y la demanda se presentó el 9 de abril de 2018, transcurriendo más de tres años entre su causación y la terminación de los vínculos laborales, en los términos de los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Demandantes. Inconformes con la anterior decisión, formularon recurso de apelación argumentando que se debe acceder a la sanción por la no consignación de cesantías, dado a que las mismas no fueron canceladas por parte de su patrono por cuanto ocultaron la relación laboral, debiendo ser consignadas antes de la finalización del contrato de trabajo.

4.2. Non Plus Ultra S.A. Como sustento del recurso de apelación indicó que no le asiste razón a la A quo, cuando consideró que entre las partes existió una única relación laboral, desconociendo la validez y efectividad de las vinculaciones contractuales anteriores a la suscripción del contrato de trabajo. Dijo que dentro del plenario obra prueba documental, la cual no fue tachada de falsa y acredita que el laborío se suscitó entre el 28 y 29 de noviembre de 2011 respectivamente, hasta el 30 de septiembre de 2017, nexos laborales que fueron finalizados sin justa causa, reconociendo la indemnización correspondiente, junto con la liquidación de prestaciones sociales.

Indicó que los contratos de prestación de servicios surten plenos efectos, lo que impide que las actividades fuesen subordinadas, situación que también ocurre con el vínculo que se produjo con la CTA, atendiendo al querer de los actores de hacer parte de dicha vinculación asociativa, sin que se haya suscitado una indebida intermediación laboral, sino, se trató de una legal tercerización outsourcing de los servicios como consta en el contrato civil que celebró con la cooperativa. Precisó que la prueba testimonial arrojada por los demandantes fue desvirtuada, dado que sus manifestaciones están basadas en presunciones o actos de referencia, más no tuvieron conocimiento directo de los hechos.

Frente a la indemnización moratoria dijo que no es de aplicación automática, además, que, ha actuado de buena fe frente a la plena creencia de las diferentes vinculaciones contractuales, tan es así que suscribieron contratos de prestación de servicios y se vincularon a CTA, lo cual es plenamente válido en el ordenamiento jurídico, situación que fue ratificada de manera libre y voluntaria por los testimonios, sin ánimo de desconocer derechos de los trabajadores, actuando de una manera transparente.

4.3. CTA Promoviendo en Liquidación. Adujo como fundamento de su alzada que la CTA prestaba mano de obra a Non Plus Ultra S.A., a la que se encontraban afiliados los actores. Indicó que tuvo como fin incrementar la oferta de empleo de sus asociados, por lo que los demandantes recibían compensaciones como asociados, por lo que no podría verse conminada a responder por obligaciones de la citada sociedad.

5. Alegatos de conclusión. Solicita la parte demandada Non Plus Ultra se revoque la decisión de primera instancia, como primera medida, porque desconoce las varias vinculaciones contractuales que terminaron sin justa causa y reconociendo la indemnización correspondiente. Afirma que los contratos de prestación de servicio surten plenos efectos legales lo que impide que se tengan como una actividad subordinada regida bajo un contrato de trabajo. Afirma que tampoco se puede tener como una intermediación laboral la contratación de los demandantes, pues se trató de una tercerización legal de servicios tal como consta en el contrato de prestación de servicios suscrito entre Non Plus Ultra y la Cooperativa. En cuanto a la indemnización moratoria expone que no hay lugar a ella, pues considera que la demandada actuó de buena fe, en la medida que se suscribieron sendos contratos de prestación de servicios con la Cooperativa quien es la que debe asumir los pagos de prestaciones de los actores.

Asimismo, la parte actora alega en su favor que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en tanto que con las pruebas aportadas se logró demostrar el contrato realidad, la demandada no logró demostrar la realidad del pretendido contrato celebrado con la Cooperativa Promoviendo, en la medida que jamás existió traspaso de los medios de producción de la demandada a la citada Cooperativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La demandada Non Plus Ultra S.A. fungió como empleadora de los demandantes, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?; para tal efecto se entrará a verificar (ii) ¿La A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre los actores y Non Plus Ultra S.A., fungiendo la cooperativa de trabajo asociado como simple intermediaria?; por el contrario, ¿Acierta la demandada al

considerar que se cumplen los presupuestos establecidos para la contratación como trabajador asociado?; de no encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar (iii) ¿Le asiste derecho a los promotores del proceso el reconocimiento y pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990?

3. Relación laboral. Con el propósito de desatar el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la A quo en torno a la existencia de la relación laboral que se suscitó entre Álvaro Torres Riscanevo y Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza y Non Plus Ultra S.A. entre el 28 y 29 de noviembre de 2011 al 30 de septiembre de 2017 respectivamente, ni la labor de pintor III que desempeñaron los actores y el salario. Tampoco fue materia de discusión por estas que, durante el citado lapso, la demandada pagó a los promotores del proceso prestaciones sociales y vacaciones y, que la finalización del laborío se produjo sin justa causa por parte del empleador.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si con anterioridad al 28 y 29 de noviembre de 2011, entre las partes hubo una relación de trabajo, pues mientras los promotores del proceso aducen de su existencia, la pasiva enfáticamente se opone sosteniendo que los demandantes fueron contratistas de la empresa y además estuvieron vinculados con Promoviendo CTA, en calidad de cooperados a través de una relación asociativa de trabajo.

Ante tal panorama, resulta pertinente precisar, que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, a la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del

Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

3.1. Contrato de Prestación de servicios. Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios de Álvaro Torres Riscanevo y Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza en favor de Non Plus Ultra S.A., durante los años 1997 a 2005, en tanto que tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda y las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenio en torno a ello; haciendo hincapié que el mencionado hecho se acredita, además, con lo confesado en el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

Lo anterior, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**, lo que da lugar a aplicar la **presunción** contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación y con derecho a remuneración salarial¹; presunción legal *iuris tantum*, en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde el demandado deberá controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "*onus probandi*", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual a la demandada bajo el principio de "*'reus, in excipiendo, fit actor'*", cuando excepciona, funge de actora y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe², darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste³, se trata de un razonamiento por inducción⁴ creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia⁵, hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

Así, entonces, al revisar el plenario, no existe prueba, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que los promotores del proceso desempeñaron su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, siendo nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que Álvaro Torres Riscanevo y Pablo Rafael

¹ T-694-2010

² Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

³ Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

⁴ C731-2005

⁵ Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

Fontalvo Peñaloza ejecutaron la labor de pintores mediante un contrato de prestación de servicios, pues lo imperativo era demostrar que tal actividad la hicieron en forma autónoma e independiente, lo que no ocurrió.

Por manera que, ante tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó bajo subordinación jurídica. Lo anterior, además, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar que la labor ejecutada por los actores no se desarrolló con las características propias de un contrato común, pues en esa perspectiva, se escucharon las testimoniales allegadas por la pasiva, que de entrada, para la Sala no cuentan con fuerza demostrativa para enervar la presunción de la que se benefician los gestores del proceso, de allí que no se evidencie el error que le atribuye la censura a la cognoscente de primer grado, cuando descartó la existencia de un vínculo de carácter civil entre las partes.

Conclusión a la que se arriba luego de escuchar las declaraciones de los señores Yesid Tarazona Ardila (jefe de manufactura) y Gloria Esperanza Perilla Rueda (coordinadora de recursos humanos), los cuales están lejos de servir para determinar la manera en que se prestaron los servicios a favor de la sociedad, pues su dicho únicamente se centró en que los actores laboraron a través de contrato de prestación de servicios, sin que explicaran circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieran cuenta que la labor ejercida a favor de la enjuiciada en verdad se hacía en forma autónoma e independiente en los aspectos técnicos, administrativos y directivos.

El primero de los citados deponentes narró que está vinculado a Non Plus Ultra S.A. desde 11 de marzo de 1997, fecha para la cual desempeñaba el cargo de auxiliar básico y por tal razón conoció a los demandantes, quienes trabajaban en la sección de pintura de buses, como contratistas. Refirió que había personal de la sociedad que fijaba el automotor a pintar y coordinaban sus labores, situación que se mantuvo, incluso, cuando fueron vinculados con posterioridad a la CTA. Explicó que la citada sección fue trasladada para la sede de la "200", además, precisó que para dicha época los actores se vincularon a través de una cooperativa de trabajo asociado, para desempeñar la misma función, esto es, proceso de pintura, actividades que continuaron ejerciendo cuando fueron contratados directamente por la empresa a través de un contrato laboral. Sostuvo que los elementos de trabajo fueron proporcionados por la sociedad demandada, sin embargo, no le constó si cumplían horario de trabajo.

En igual sentido declaró la señora Gloria Esperanza Perilla Rueda, quien señaló vinculación con la empresa accionada desde 1° de agosto del 2001, ejerciendo el cargo de auxiliar administrativa para esa época. Adujo que los demandantes realizaban labores de pintura de los buses de la sociedad demandada, como contratista, a quienes se le pagaba por vehículo pintado. Expuso que con posterioridad fueron vinculados a través de una CTA, en el año 2005, realizando las mismas funciones y sus pagos fueron efectuados a través de ésta, actividades que se mantuvieron cuando se produjo su vinculación directamente a la empresa. Manifestó que existía en la empresa una persona que coordina sus tareas, entre eso, asignación del vehículo para pintura, cumplimiento de tiempos y de calidad en el trabajo. No recordó si fueron objeto de llamados de atención y si se le tenía asignado un horario de trabajo. Finalmente, reiteró que los elementos de trabajo, dotaciones e insumos eran entregados a los actores por la empresa demandada.

De los anteriores relatos, emerge evidente que la Juez de primer grado no se equivocó al colegir la inexistencia de la naturaleza civil del vínculo entre las partes, al punto que tampoco erró al apreciar los demás medios de convicción y que fueron allegados por la parte actora, los cuales permiten corroborar que estos no ostentaban autonomía en la ejecución de la labor, pues así lo señalaron los testigos Víctor Julio Laguna Rocha, Carlos

Julio Flórez Arévalo y Andrés Beltrán Moscoso, quienes ratificaron la existencia de la relación laboral, sin que señalan que las funciones realizadas por aquellos se caracterizan por su independencia y autonomía.

En efecto, el señor Víctor Julio Laguna Rocha, compañero de trabajo, manifestó que laboró desde el año 1998 al 2008, en el cargo de soldador, y por tal situación, se veía todos los días con los demandantes, quienes, como él les tocaba timbrar la hora de llegada y salida de su lugar de trabajo que lo era entre las 7:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y sábados hasta la 1:00 p.m. Narró que estos realizaban labores de pintura dentro de la compañía, además, que para ausentarse de su actividad debían pedir permiso a los jefes inmediatos, quienes daban órdenes, entregaban materiales de trabajo, insumos, dotaciones y herramientas de trabajo. Indicó que, por llegar tarde a su lugar de trabajo, recibían llamados de atención, al punto que la empresa tuvo que suministrar el servicio de transporte, a través de rutas.

El testigo Carlos Julio Flórez Arévalo, compañero de trabajo de los actores entre el año 1991 a 2005, señaló que realizaba la carrocería de los vehículos que con posterioridad eran entregados a los demandantes, quienes se encontraban asignados a la sección de pintura. Explicó que, como él, debían cumplir un horario de trabajo, además, que la remuneración fue cancelada quincenalmente, recibían órdenes de Carlos Escarlata y el ingeniero Chester Galeno, jefes principales de todas las secciones de la compañía.

Mientras que Andrés Beltrán Moscoso, compañero de trabajo, ratificó lo anteriormente dicho, pero agregó que los demandantes realizaron labores de pintura en la compañía y para el año 2005 fueron vinculados a una CTA, pues le ofrecieron la posibilidad de recibir emolumentos distintos al salario que venían percibiendo únicamente. Indicó que su jornada laboral era de lunes a sábado, que la empresa devolvía a los trabajadores que incumplieran con el horario y debían solicitar permisos en caso de ausentismo.

Debe precisarse que, aunque la censura considera que no tiene validez la prueba testimonial antes esbozada, considerando que los deponentes fueron testigos de referencia o de oídas; sin embargo, para la Sala tal situación esgrimida ahora en la alzada resulta del todo desacertada, ya que, contrario a ello, se desprende de su dicho que el conocimiento lo obtuvieron de manera directa, siendo claros, contundentes y contestes al señalar la prestación subordinada que ejercieron los actores a favor de la demandada, refiriendo el cumplimiento de horario, remuneración y el sometimiento a órdenes, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no estaban imposibilitados para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fueron compañeros de trabajo, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conociera las condiciones reales de la prestación del servicio.

Por consiguiente, su contenido sólo refuerza la relación laboral que ató a las partes, y en esta perspectiva, se concluye que el Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que le atribuye la censura, máxime cuando es claro que la decisión que tomó se soportó en las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal de los gestores del proceso en favor del extremo pasivo de esta Litis y por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24 ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte de la accionada, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho en su contra.

Ahora, para abundar en razones, cumple señalar que así se descarten los testimonios de los señores Carlos Julio Flórez Arévalo, Víctor Julio Laguna Rocha y Andrés Beltrán Moscoso, la conclusión no sería diferente de cara al objeto del contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes, cuya labor ciertamente es indicativa del

sometimiento al que estuvieron sujetos los demandantes, respecto de la intensidad y manera como debía desarrollar sus actividades, pues no de otra forma se puede colegir razonablemente lo dicho, si se atiende a que se obligaron a prestar sus servicios como pintores, razón por la cual se comprometieron a ejecutar las labores conforme a las directrices impartidas; situación que fue ratificada por los testigos arrimados por la parte accionada y de la que se denota la falta de autonomía en la ejecución de las funciones encomendadas.

Adicionalmente, la Sala al examinar la aceptación que realizó la demandada en la contestación de demanda, respecto de las labores que ejecutaba los actores, colige que no requerían de un conocimiento particular, es decir, no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requiriera en virtud de la actividad comercial que realiza, tampoco científica y técnica, a lo que se suma que se hizo de forma permanente, pues se prestó durante aproximadamente 8 años (1997-2005), de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia de los demandantes quienes contaban con el perfil para desempeñar el cargo asignado; actividad que además no es extraña al objeto social, pues es inherente al componente misional de la sociedad, quien se dedica, entre otras, a realizar actividades relacionadas con "*Fabricación, ensamble, transformación y venta de vehículos automotores, autobuses, microbuses, busetas y buses, para transporte de pasajeros, y eventualmente vehículos para transporte de carga; así como la construcción, conversión, remodelación repotenciación y ensamble de carrocerías metálicas y de fibra de vidrio para vehículos automotores y los negocios que se relacionen con el objeto principal expresado*", según certificado de existencia y representación legal arrimado por la pasiva.

Con todo lo anterior, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los medios de persuasión enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio de los promotores de la litis a favor de la sociedad Non Plus Ultra S.A. y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia del contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se itera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión que bien tomó la Juez primigenia en lo que hace a este punto de apelación.

3.2. Cooperativa de trabajo asociado. Ahora, a quién se convocó a esta litis como extremo pasivo, esto es, Non Plus Ultra S.A., se le endilga también la calidad de empleador durante el lapso que los actores estuvieron vinculados a la Cooperativa de Trabajo Asociado Promoviendo, aduciendo que esta última actuó como intermediaria con su empleador directo, situación frente a la cual las accionadas discrepan, considerando que en armonía a la normatividad que rige a las cooperativas, los demandantes estuvieron vinculados con la CTA en calidad de cooperados a través de una relación asociativa de trabajo, regida por los estatutos y regímenes de trabajo asociado, sin que exista intermediación laboral alguna para con la sociedad Non Plus Ultra S.A.

Como se dijo precedentemente, para demostrar la existencia de un contrato laboral, se debe determinar si dimanen los elementos de su esencia que corresponden según el Art. 23 del C.S.T., precisando que quien alega su configuración, sólo le basta probar la prestación personal del servicio para que inmediatamente opere en su favor la presunción que establece el artículo 24 de la misma codificación, según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de dicha naturaleza.

Conforme a ello, encuentra la Sala que la parte actora señala que su relación laboral tuvo lugar en los siguientes periodos:

- Álvaro Torres Riscanevo, entre el 31 de agosto de 2005 al 28 de noviembre del 2011.
- Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza, desde el 31 de agosto de 2005 al 29 de noviembre del 2011.

Afirmación frente a la cual Non Plus Ultra S.A. aduce que en efecto se presentó la prestación del servicio, pero dentro del siguiente lapso:

- Álvaro Torres Riscanevo, entre el 1° de septiembre de 2005 al 25 de noviembre del 2011.
- Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza, desde el 1° de septiembre de 2005 al 25 de noviembre del 2011.

Agregó la pasiva que, contrario al dicho de los actores, tal vinculación no lo fue a través de una relación laboral, sino con ocasión a un acuerdo cooperativo de trabajo asociado, en la medida que entre la compañía y la cooperativa se suscribió en el año 2005, un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto tuvo lugar a la "*Fabricación, ensamble, transformación, cabinado y en general todos los procesos necesarios para la elaboración de las carrocerías para vehículos automotores tanto de carga como de pasajeros, comercializados por Non Plus Ultra S.A.*"; en virtud de la cual de manera autónoma, independiente y autogestionaria, cubrió procesos y subprocesos que no están contemplados dentro de la actividad misional de la citada compañía, en la que participó los demandantes.

Para ratificar tal aseveración, adosó al proceso, certificación expedida por Promoviendo, mediante la cual se expone que los actores estuvieron vinculados a la Cooperativa de Trabajo, prestando sus servicios como Pintor II, en el área de pintura de la empresa cliente Non Plus Ultra.

De la documental anterior, se extrae la prestación personal de los actores a favor de Non Plus Ultra S.A., aspecto que se corrobora con los argumentos que utilizó la citada sociedad para desvirtuar las pretensiones de la demanda, pues aquella indicó, entre otras cosas, que, en virtud del vínculo comercial celebrado entre las pasivas, los asociados de la Cooperativa de Trabajo Asociado prestaron servicios de apoyo en procesos técnicos de la compañía (contestación al hecho enlistado por ambos demandantes como numeral 7°, entre otros, respuesta a la pretensión declarativa principal 3° y hechos, fundamentos y razones de derecho).

Además, si lo anterior no fuese suficiente para tener por probada la efectiva prestación del servicio de los actores a favor de Non Plus Ultra S.A., debe decirse que este aspecto también se verifica con los testigos allegados por la pasiva, pues como se observó con anterioridad, manifestaron que dado al convenio asociativo celebrado entre aquellos y la Cooperativa, fueron asignados a la sociedad codemandada, para desempeñar el cargo de pintor, en virtud del contrato mercantil suscrito con la compañía; situación ratificada por el testigo Andrés Beltrán Moscoso (compañero de trabajo), quien mencionó que los actores realizaron tal actividad en el área de pintura de la sociedad accionada.

De lo anterior, fluye evidente que los demandantes ejecutaron personalmente las actividades contratadas a favor de Non Plus Ultra S.A., como lo enseñan las documentales y testimonial citadas, las cuales ofrecen claridad sobre la forma en que prestaron sus servicios y que conducen a esta Corporación a tener el convencimiento de que las labores que realizaron fueron en beneficio de la citada sociedad. Por tanto, ninguna dificultad probatoria existe en torno al primer elemento estructurante del contrato de trabajo.

Entonces, demostrada como está la prestación del servicio a favor de Non Plus Ultra S.A., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual desde ya precisa la Sala no fue desvirtuada por la pasiva, pues como se vio con anterioridad, fue nulo su esfuerzo por desvirtuar la presunción citada, quedando establecida la prestación subordinada del servicio personal, propia de la naturaleza de la labor que realizó los señores Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza y Álvaro Torres Riscanevo al ser contratados.

Como se memora, las situaciones fácticas que trae la parte demandada a colación no tienen por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiario el extremo activo y es así porque lo que pretende demostrar con las documentales aportadas en la contestación de la demanda y testimonios, es que celebró con la Cooperativa de Trabajo Asociado codemandada, un contrato comercial para la prestación de procesos operativos de la compañía y, que en razón a ello, los actores formalmente tuvieron la condición de asociados respecto de Promoviendo CTA, ya que se encontraban atados al contrato asociativo celebrado 1º de septiembre de 2005 con la citada Cooperativa. Sin embargo, analizada la prueba enunciada junto a la presunción establecida en precedencia, se concluye que éstas son insuficientes para desvirtuar el contrato de trabajo que se ha presumido, pues, aunque permiten deducir una incorporación de los demandantes como asociados de la cooperativa, aquello no permite colegir que las actividades cumplidas por estos a favor de Non Plus Ultra S.A. no lo hubieran sido dentro de un escenario propio de subordinación jurídica laboral.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque son de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, mismos que fueron citados por la Corte Constitucional en sentencia T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Tal disquisición es coherente por lo acotado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL3436 de 2021, al abordar el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detallan:

"una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.

(...)

a través de las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado las personas trabajadoras deben contar siempre con la libertad de asociarse o no y acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo.

(...)

la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub judice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones".

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un “*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*”. Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompañan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

Con acopio a los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que Non Plus Ultra S.A. no logró derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada. En efecto, la prueba testimonial incorporada por la parte demandada da cuenta únicamente de la vinculación formal a la que fueron ceñidos los actores como trabajadores asociados de la CTA demandada, aunado a que, en lo que se refiere a los interrogatorios de parte, nada aportan al proceso, pues ninguna confesión de las partes absolventes se logra extraer, por el contrario, del interrogatorio de parte de la representante legal de Non Plus Ultra S.A., se logra evidenciar que la cooperativa no tenía autonomía, autocontrol, y menos que hubiera sido dueña de los medios de producción.

Y es que en lo que hace a la naturaleza jurídica de las cooperativas de trabajo asociado, tiene dicho la Sala que según lo establecido en el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, compilado en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015 y lo dispuesto en la Ley 79 de 1988 en su artículo 70, son organismos sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía que vincula el trabajo de sus asociados a la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, cuya relación que surge entre trabajador cooperado y la cooperativa, no se encuentra regida por las normas laborales, sino por la legislación cooperativa, régimen de trabajo asociado – estatutos- y de compensaciones, toda vez que sus asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador, tal y como lo dijo la H. Corte Constitucional en sentencia C-211 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien en virtud de las disposiciones antes referidas la cooperativa demandada vinculó a los demandantes como asociados a la misma, en razón al convenio celebrado con Non Plus Ultra S.A., llama la atención de la Sala que lejos de cumplir los señores Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza y Álvaro Torres Riscanevo su papel de asociados para el desarrollo del respectivo acuerdo, los medios de persuasión indican que se encontraban bajo la continuada subordinación y dependencia de la citada sociedad, quien impartía órdenes en cuanto a tiempo y cantidad de trabajo, tal y como da cuenta la prueba testimonial que allegó inclusive la parte demandada, quienes no desvirtuaron, menos con la contundencia requerida, que los promotores del proceso ejercieran su actividad personal de manera autogestionaria o con autonomía, autodeterminación,

autogobierno e independencia. Por el contrario, narraron que aquellos recibían órdenes del personal de Non Plus Ultra S.A.; prestación del servicio que se realizó dentro de las instalaciones de ésta, utilizando equipos, herramientas e instrumentos suministrado por la compañía.

Por consiguiente, no obra prueba alguna que permita a esta Corporación concluir que los accionantes actuaron siguiendo las orientaciones de la cooperativa, por manera que, atendiendo el principio de la primacía de la realidad establecido en el artículo 53 del a Constitución Política de Colombia y según ha sido criterio pacífico de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, acreditado que la persona natural o jurídica que contrata una cooperativa de trabajo para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinado bien a su favor, ejerce subordinación sobre los trabajadores asociados que ejecuten las mismas en razón a un convenio o contrato con dicho carácter, se considerarán sus trabajadores, ante la presencia de los elementos configurativos de un contrato de índole laboral.

De ahí que, en el particular advierte la Sala que dada la contundencia de las pruebas allegadas al plenario, no cabe duda que no fue intención de la cooperativa de trabajo asociado tener como asociados a los demandantes y cumplir los fines para la cual fue constituida, por el contrario su contratación obedeció a la intención de las codemandadas de obtener una ventaja indebida, como lo es, el no reconocimientos de las prestaciones y acreencias laborales que le corresponden en su calidad de empleador.

Bajo las anteriores consideraciones, debe precisarse que dispone la Ley 1233 de 2008 en su artículo 7 numeral 3, que evidenciado que una cooperativa de trabajo asociado realiza prácticas de intermediación laboral o propias de servicios temporales, el tercero contratante y dicho ente social serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado, presupuesto que se encuentra acreditado en el caso en particular, toda vez que como se dejó sentado precedentemente los actores fueron vinculados a la Cooperativa de Trabajo Asociado demandada, no para llevar a cabo el objeto de esta, sino, por el contrario, para desarrollar las labores que venía ejecutando desde el año 1997 en Non Plus Ultra S.A., bajo la continuada subordinación y dependencia.

En este punto, en lo que tiene que ver con la realización del trabajo en el lugar definido por el beneficiario del servicio, o lo referente al suministro de herramientas y materiales, acota la Sala que, entre Promoviendo CTA y Non Plus Ultra S.A. se suscribió un contrato de prestación, en cuya cláusula 4º se estipula que "**CUARTA: EQUIPOS Y ELEMENTOS DE TRABAJO:** Para la ejecución de cada una de las labores contratadas, la EMPRESA proveerá las herramientas, equipos, maquinaria e insumos necesarios", lo que deja en evidencia que los elementos de producción no eran de la Cooperativa, y en ese orden, se transgrede lo dispuesto en los artículos 3º del Decreto 2025 de 2011 y 8º del Decreto 4588 de 2006, y a la vez, resulta contrario a lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha edificado al respecto, como se puede apreciar en la sentencia SL3436-2021, en la que dijo:

"Así, se ratifica lo que esta Corte ha adoctrinado de forma reiterada en su jurisprudencia, en el sentido que en el marco del cooperativismo un elemento distintivo es que los trabajadores asociados sean dueños de los elementos de producción y laborales, pues lo contrario pone de presente un elemento"

Tampoco se puede dejar de lado que los actores ejercieron un cargo ligado íntimamente a la operación diaria de Non Plus Ultra S.A. y que desarrolla de manera directa su objeto social, tal y como se dijo con anterioridad, por manera que al pretenderse un modelo de externalización empresarial sobre actividades que por esencia corresponden a su rol

empresarial, se contrarían las reglas de la experiencia y sana crítica, ello a partir de que dicha sección en realidad no puede separarse y entregarse a un tercero con la pretensión ficticia de que el servicio se preste con total independencia y autonomía, en tanto esto compromete el desarrollo funcional de la empresa y situación financiera.

De allí que es razonable inferir que Non Plus Ultra S.A. también contaba con la facultad de impartir órdenes e instrucciones a los actores, pues otro aspecto que se destaca es que, del referido contrato comercial, se extrae que Promoviendo CTA no actuaba con plena autonomía e independencia, al punto que sale aflore del nexo contractual el elemento subordinación que ejerció la contratante sobre los trabajadores, en tanto allí se estipula, entre otros aspectos, que la Cooperativa de Trabajo Asociado se obligaría a suministrar personal requerido, seleccionado para el desarrollo del objeto del presente contrato, preferentemente del grupo de asociados inactivos o activos, además, se obligó con la compañía a:

1. *"Realizar el cambio de asociado si no cumple con las expectativas requeridas por la EMPRESA, para la prestación del servicio, siempre y cuando se observe lo reglamentado en los Estatutos y el Régimen de Sanciones, Causales, Procedimientos de la Cooperativa.*
2. *Instruir al asociado respecto de las normas de comportamiento, conducta y seguridad (...) durante el tiempo de su servicio a la EMPRESA.*
3. *Dar instrucciones específicas sobre la prestación del servicio autogestionario a los asociados de la COOPERATIVA."*

De lo expuesto fluye inequívoca la conclusión a la que llegó el cognoscente de instancia, al inferir que la cooperativa de trabajo fungió como una entidad de suministro de personal, desdibujándose los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de una relación cooperativa. Ahora, el hecho de que los actores hayan ingresado a la Cooperativa a través de su propia solicitud y el que hubieran recibido compensaciones en vez de salario, no acarrea que la prestación del servicio se haya desarrollado de manera autónoma, ya que de la prueba documental y testimonial atrás referida se desprende que prestaron sus servicios en favor de Non Plus Ultra S.A., que le determinaba las condiciones de prestación del servicio.

Debe decirse, además, que el hecho de que los promotores del juicio formalmente hayan tomado la iniciativa de afiliarse a la Cooperativa y que bajo la autonomía de su voluntad hubieran firmado un formato sometiendo a lo dispuesto en los estatutos de la cooperativa, no significa que deban tenerse como cooperados, descartando la existencia de la relación laboral, pues precisamente allí es donde toma mayor relevancia el principio de la realidad sobre las formalidades, máxime cuando en el *sub lite* no obra probanza alguna de que aquellos en calidad de asociados hubieran participado en toma de decisiones respecto de los excedentes que genere la cooperativa u otros aspectos propios del trabajo autogestionario, sin que la simple participación formal en el ingreso de asociados, tenga la entidad suficiente para que esta Sala descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Por consiguiente, resalta la Sala que el esfuerzo de las demandadas para argumentar que se trató de un vínculo cooperado carente de subordinación resulta desatinado cuando el material probatorio demuestra que la actividad personal no se ejecutó con autogestión y autonomía, sino con las características propias de una relación de naturaleza laboral, esto es, en desarrollo de una actividad misional, dependiente o subordinada, por un largo periodo de tiempo, en el lugar y horario asignado por Non Plus Ultra S.A.

De hecho, el caudal probatorio apunta a desdibujar el contrato comercial que suscribieron las enjuiciadas, observando la Sala que la CTA no actuó como un genuino empresario en la ejecución del nexo contractual, en la medida que suministró la mano de obra para la

sociedad demandada, es decir, tan solo fue un simple intermediario, pues no ejecutó la actividad a su cargo con sus propios medios, ni gozó de autonomía técnica y directiva que le permitiera lograr la prestación del servicio a que se obligó, tampoco tuvo dirección y manejo del personal que se valió para la ejecución de los trabajos pactados. Por el contrario, la contratante ejerció subordinación jurídica, específicamente, frente a los trabajadores demandantes, pues así lo evidenciaron los medios de persuasión que se anotaron.

Del análisis efectuado concluye la Sala que la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T., tampoco fue infirmada por la pasiva, quedando en evidencia que los accionantes actuaron bajo una actividad misional, dependiente o subordinada; de allí que esta razón sume para que no se puedan avalar los reproches endilgados a la cognoscente de primer grado, máxime cuando es claro que Pablo Rafael Fontalvo Peñaloza y Álvaro Torres Riscanevo, prestaron sus servicios personales por más de 6 años continuos (2005-2011), en lugares asignados por la convocada a juicio, actividad que no sobra reiterar es esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía y bajo una continuada subordinación jurídica.

En tal sentido, se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida.

4. Sanción por la no consignación de cesantías. La juzgadora de primer grado dedujo que se hallaba pendiente el pago de algunas obligaciones causadas en la vigencia de la relación laboral. Sin embargo, concluyó que se trataba de obligaciones prescritas, como la sanción por la no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 solicitada, a excepción de las exigibles a la finalización del vínculo contractual, como lo es el auxilio de cesantía e indemnización por despido sin justa causa.

Verificado el contenido de la alzada, se advierte que la Sala no hará estudio de la sanción por la falta de consignación de cesantías al fondo respectivo deprecada, en tanto que sobre aquella la juzgadora primigenia encontró probada la excepción de prescripción ante su no reclamación dentro del plazo previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del de Procedimiento Laboral; determinación que no fue objeto de ataque por los recurrentes, por lo que en lo que a ello concierne, la sentencia de primer grado deberá quedar en firme.

Y es que para la Sala el disenso debió dirigirse en contra del razonamiento que se hizo sobre la excepción de prescripción que se declaró probada sobre la sanción moratoria deprecada, por manera que al no plantearse reproche alguno frente a las aludidas inferencias que se reitera constituyen los pilares fundamentales de la decisión confutada, independientemente de que se compartan o no por este colegiado, conlleva a que la sentencia se mantenga incólume en lo que hace a este punto de apelación.

5. Costas. Sin costas en esta instancia, ante la no prosperidad de los recursos interpuestos. Las de primera instancia se confirman.

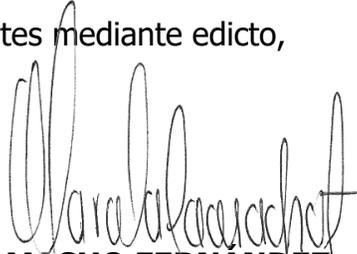
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero de 2023, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JORGE ELIÉCER TORRES DÍAZ
Demandadas: CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC
"CAXDAC" Y OTROS
Radicado No.: 31-2020-00013-03
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL– APELACIÓN ACTOR-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Eliecer Torres Díaz instauró demanda ordinaria contra Caxdac, con el propósito de que se declare que tiene derecho a que se reconozca la pensión dentro del régimen de transición, en los términos consignados en el artículo 3° del Decreto Ley 1289 de 1994; y a la inclusión de los tiempos laborados a las empresas Tagua Ltda e Interandes S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se dispusiera a su favor la reliquidación de la pensión de jubilación, con base en todos los factores que integran su salario en el último año de servicios, así como el salario que devengaba al 17 de marzo de 2014, cuyo valor ascendía a las suma de \$9.613.671 y/o el mayor valor que le resulte favorable; se paguen las diferencias pensionales adeudadas, indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 15 de junio de 1959, es aviador y en tal condición fue afiliado a Caxdac, entidad a la cual sus empleadores han realizado los aportes correspondientes para constituir su pensión de jubilación. Refirió que laboró al servicio de Tagua Ltda desde el 21 de septiembre de 1982 al 31 de julio de 1985 y a favor de Interandes S.A., a partir del 1° de octubre de 1985 al 24 de noviembre de 1986. Aseveró que la demandada trasladó al aviador la obligación legal contenida en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, ya que debía adelantar las acciones de cobro, con motivo del incumplimiento patronal en el recaudo de sus cotizaciones.

Explicó que laboró con la Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A., hoy Avianca -SAM desde el 9 de febrero de 1987 al 30 de marzo de 2017, además, que el 17 de marzo de 2014 cumplió con los requisitos para acceder a la prestación dentro del régimen de transición que administra la Caja, teniendo para dicha data un salario promedio mensual equivalente a \$9.613.671. Adujo que le fue reconocida pensión en aplicación del régimen especial transitorio, en los términos consignados en el artículo 6° del Decreto Ley 1282 de 1994, con un equivalente al promedio salarial de los últimos 10 años, en cuantía inicial de \$5.979.386. Indicó que tiene derecho al reconocimiento pensional dentro del régimen de transición, porque para el 1° de abril de 1994 tenía más de 10 años de cotizaciones como aviador civil. (Expediente digital, archivo PDF 01ExpedienteEscaneado, pág. 6 a 39)

2. Contestación de la demanda.

2.1. Caxdac. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que el demandante no cumple con los requisitos del régimen de transición previsto en el artículo 3° del Decreto 1282 de 1994. Sostuvo que antes de abril de 1994, las empresas de los aviadores civiles no realizaban aportes a la entidad, sin que los tiempos enunciados por el demandante hayan sido reportados por los empleadores.

Frente a los hechos aceptó el enlistado en el numeral 1° y parcialmente el 11°, atinente a la edad del actor y el reconocimiento de la pensión bajo el régimen pensional especial transitorio. Sobre los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, buena fe, imposibilidad de despachar intereses de mora, prescripción, genérica, sostenibilidad financiera y compensación. (Expediente digital, archivo PDF 01ExpedienteEscaneado, pág. 191 a 209)

2.1. Avianca S.A. En auto calendado 17 de febrero de 2020, se ordenó su vinculación como litisconsorte necesario por pasiva y en tal calidad presentó escrito de intervención con oposición a las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que el actor prestó sus servicios para la sociedad desde el 16 de noviembre de 1995 y en su calidad de aviador debía efectuar aportes con destino a Caxdac. Refirió que Helicol S.A. se obligó a asumir responsabilidad por el pago de los aportes para el periodo comprendido entre el 9 de febrero de 1987 al 15 de noviembre de 1995, al haber sido el empleador con el que suscribió el contrato de trabajo primigenio al que prestó servicios efectivamente.

Precisó que el demandante no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 3° del Decreto 1282 de 1994, esto es, prestación de servicios como aviador civil en empresas aportantes a CAXDAC durante 10 años con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993. Atinente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° y 10° y respecto de los demás señaló no constarle. Formuló las excepciones de fondo que denominó Avianca S.A. no está llamada a responder por el pago de los aportes pensionales para el periodo comprendido entre el 9 de febrero de 1987 al 15 de noviembre de 1995, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación, pago, subrogación en el sistema de seguridad social y genérica. (Expediente digital, archivo PDF 06ContestaciónAvianca)

2.2. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Vinculada a la litis en auto del 17 de febrero de 2020, formuló escrito de intervención con oposición a las pretensiones de la demanda, considerando que Caxdac le es de obligatorio cumplimiento realizar todas las gestiones tendientes al recaudo de los aportes de las empresas de aviación en las que laboran los aviadores civiles, de conformidad con el régimen de transición y lo dispuesto en el Decreto 1282 de 1994. En lo que hace a los hechos, no le constó ninguno de ellos y se abstuvo de presentar excepciones. (Expediente digital, archivo PDF 02ContestaciónAeronauticaCivil)

2.3. Helicol S.A.S. Mediante providencia del 4 de septiembre de 2020, se ordenó su vinculación como litisconsorte necesario y en auto del 2 de junio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de marzo de 2023, en la que la falladora absolvió a la demandada y vinculadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal decisiva, citó el artículo 48 de la Constitución Política, así mismo la sentencia SL4673 de 2021, para luego precisar que el Decreto Ley 1282 de 1994 reglamenta las pensiones de los aviadores civiles al momento en que se expide la Ley 100 de 1993, con excepción de quienes estén cobijados por el régimen de transición y las normas especiales previstas por el decreto. Refirió como no controversial que el actor se encuentra cobijado por el mencionado decreto, dada la calidad de piloto que ostentó, de manera que la discusión se centra en determinar si efectivamente es beneficiario del régimen de transición consagrado en la citada disposición.

A ese propósito, expuso que en armonía con la sentencia C-228 de 2011, que analiza la exequibilidad del citado régimen de transición y especial, así mismo, la sentencia SL2342 de 2020, el actor al 1º de abril de 1994, no tenía 40 años, por lo que no es beneficiario del régimen de transición por edad. Ahora, en lo atinente a la acreditación de los 10 años de servicio como piloto a la mencionada calenda, adujo que si bien la parte demandante pretende que se le atribuya valor probatorio a las planillas que arrimó, lo cierto es que de tal legajo no podía inferir válidamente que efectivamente haya prestado sus servicios como piloto de manera continua e ininterrumpida durante todo el tiempo que se indica en la demanda.

Observó del listado de antigüedad arrimado que en este se certificó que el actor prestó sus servicios a partir del 9 de febrero de 1987, además, que la demandada hizo constar por medio de comunicación del 27 de mayo de 2003 que aquel laboró a favor de Tagua desde el 21 de septiembre de 1982 al 20 de diciembre de 1984 y del 9 de febrero de 1987 a Sam S.A.; sin embargo, sostuvo que Caxdac acudió a la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de obtener el pago de los aportes que no aparecían consignados en favor del actor, proceso que incluso llegó a decisión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corporación que adujo que el demandante no se encuentra en el régimen de transición, como quiera que no encontró acreditado que a 1º de abril de 1994, tuviese más de 10 años de servicio.

Aclaró que no hubo cosa juzgada al no existir identidad de partes, objeto y causa petendi, más sin embargo en este proceso no advertía que efectivamente haya acreditado que laboró por el periodo comprendido entre 21 de diciembre de 1985 al 8 de febrero de 1987, es decir, un tiempo superior al que le certifica Caxdac, luego no podría llegar a conclusión diferente a la emitida por el Alto Tribunal en la sentencia de rad. 43104 del 28 de agosto de 2003, esto es, que únicamente es beneficiario del régimen especial de transición que aparece consignado en el Decreto 1282 de 1994, tal y como lo dispuso la administradora de pensiones al momento del reconocimiento pensional, lo que imponía absolver de las pretensiones a las convocadas a juicio.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que la A quo no valoró en debida forma la totalidad de los medios probatorios incorporados al proceso, esto es, la bitácora de vuelo, documento público elaborado por el empleador y el trabajador, con el apoyo de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, que acredita que el actor laboró para Tagua e Interandes S.A., entre el 21 de septiembre de 1982 al 31 de julio de 1985 y del 1 de octubre de 1985 al 24 de noviembre de 1986, respectivamente.

Expuso que debió ordenarse a Caxdac incluir dichos tiempos laborados, para obtener el régimen de transición previsto en los artículos 3º y 4º del Decreto Ley 1282 de 1994, al cumplir 10 años o más de servicio al 1º de abril de 1994. Adujo que la A quo si consideraba insuficiente la citada prueba, debió aplicar sus facultades oficiosas en aras de encontrar la probanza idónea que acredite tal supuesto fáctico, además, confrontar la bitácora con

los otros medios de persuasión, máxime cuando a 1994 era obligación de la Aeronáutica Civil dar paz y salvo como condición para expedir la refrendación anual que tenía que hacer de los certificados de operación de las empresas de vuelo. Precisó que Caxdac no realizó ninguna gestión para el recaudo de esos tiempos laborales no cotizados, por lo que no puede trasladarse las consecuencias jurídicas de su omisión al trabajador.

5. Alegatos de conclusión. La parte actora pide se revoque la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que se logró demostrar que el demandante laboró al servicio de Tagua en el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 1982 al 31 de junio de 1985 y en la empresa Interandes desde el 1 de octubre de 1985 hasta el 24 de noviembre de 1986. Que sumado estos tiempos el actor debe ser reubicado para reconocer su pensión en el régimen de transición lo que hace referencia a los artículos 3 y 4 del Decreto Ley 1282 de 1994. Que la juez desconoció lo dispuesto en el Manual de Reglamentos Aeronáuticos numeral 71.25 del numeral 2 en armonía con la circular informativa 004 del 13 de febrero de 2018. Asimismo, expuso que no se tuvo en cuenta la confesión que se encuentra en la comunicación del 3 de febrero de 2022. Por último, señala que Caxdac tenía las directrices de lo que tenía que hacer en caso de incumplimiento en el pago de los aportes pensionales por lo que era su obligación repetir contra Tagua e Interandes con el fin de recuperar los aportes pensionales del capitán.

La demandada Avianca solicita se confirme la decisión de primera instancia por considerar que no se demuestra los hechos en que se fundan las pretensiones. No logró demostrar que fuera beneficiario del régimen de transición. Afirma que nada tuvo que ver la empresa en la consolidación del derecho en cuanto a que no se habían efectuado las cotizaciones correspondientes a CAXDAC.

A su turno, Helicol solicita se confirme la decisión del a quo en tanto que no logró demostrar los requisitos de ley para ser beneficiario del régimen de transición.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿El promotor del proceso tiene derecho a que le sea reajustada la prestación económica reconocida por Caxdac, por considerar que le es aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 3° del Decreto Ley 1282 de 1994, al contar con 10 años o más de servicio al 1° de abril de 1994 y, como consecuencia de ello, debe la demandada reconocer y pagar el retroactivo por las diferencias causadas, indexación e intereses moratorios?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: Que el demandante se desempeñó como aviador civil y que por virtud de ello le fue reconocida pensión especial transitoria prevista en el artículo 6° del Decreto 1282 de 1994, a partir del 16 de marzo de 2014, en cuantía inicial de \$5.979.386, valor que corresponde al 62.1967% del ingreso base de liquidación calculado conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. Tampoco fue controversial por las partes que el actor laboró a favor de la sociedad Tagua entre el 21 de septiembre de 1982 al 20 de diciembre de 1984 y del 9 de febrero de 1987 al 30 de marzo de 2017 a SAM S.A., hoy Avianca S.A.

4. Reliquidación Pensional. Así las cosas, la discusión conforme la plantea la parte actora radica en que al momento del reconocimiento pensional no se tuvo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 3° del Decreto Ley 1282 de 1994, al contar con 10 años de servicio como aviador al 1° de abril de 1994, por haber prestado sus servicios personales a favor de las sociedades Tagua Ltda e Interandes S.A., entre el 21 de septiembre de 1982 al 31 de julio de 1985 y del 1° de octubre de 1985 al 24 de noviembre de 1986, respectivamente.

La falladora de primer grado fundamentó su decisión en que tras la expedición de la Ley 100 de 1993, el demandante debía probar que al 1° de abril de 1994 contaba con 10 años o más de servicios como aviador, para ser aplicado las condiciones pensionales previstas en el artículo 3° del Decreto Ley 1282 de 1994, aspecto que no podía válidamente deducir de los medios de convicción allegados al plenario, en tanto que no demostraba prestación del servicio efectivo entre el periodo del 21 de diciembre de 1985 al 8 de febrero de 1987.

La inconformidad de la censura radica en que la cognoscente de primer grado erró al valorar las bitácoras de vuelo, medio de convicción que según el actor evidencia la prestación del servicio durante el periodo faltante, de forma tal que, de haber sido apreciada en debida forma, debió concluir que es titular de la prestación prevista en el artículo 4° del Decreto Ley 1282 de 1994, por aplicación del régimen de transición.

Con tal acotación, es necesario señalar que el Decreto Ley 1282 de 1994, introdujo un régimen pensional de los Aviadores Civiles, normatividad que clasificó a los aviadores civiles en tres categorías que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha resumido así:

"2. Regímenes de pensión legalmente consagrados para los aviadores civiles

El Decreto 1282 de 1994, a efectos de establecer el régimen pensional de los aviadores civiles, previó tres categorías a saber:

1. La primera, según la cual, el sistema general de pensiones se aplica a los aviadores civiles que se vinculen a partir del 1° de abril de 1994, quienes por tal razón, conforme a las reglas de la Ley 100 de 1993, podrán optar por el régimen de prima de media con prestación definida o por el de ahorro individual con solidaridad. (arts. 1° y 8°).

2. La segunda categoría agrupa a los aviadores civiles amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 3° del citado decreto, que al 1° de abril de 1994 hayan cumplido cualquiera de los siguientes requisitos: tener 40 o más años de edad si son hombres, o 35 o más de edad si son mujeres y haber cotizado o prestado servicios durante 10 años o más. En esas circunstancias, según lo dispuesto en el artículo 4° ibidem, los beneficios del régimen se concretan en que tienen derecho a la pensión de jubilación en los términos del Decreto 60 de 1973, esto es, a cualquier edad cuando hayan cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac, en cuyo caso el monto de la pensión será equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

3. La última categoría, consagrada en el artículo 6° ibidem propia del régimen pensional especial transitorio, agrupa a los aviadores civiles que por no tener acreditados 10 años de servicios al 1° de abril de 1994, no son beneficiarios del régimen de transición, a quienes se les aplicará el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez que se establecen en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Para ellos, el beneficio especial de carácter transicional consiste en que la edad para acceder a la pensión de vejez será de 55 años, que se reducirá, a razón de un año por cada 60 semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras 1.000 semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

En todo caso, en lo que a las dos últimas categorías corresponde -régimen de transición y régimen especial transitorio-, el Acto Legislativo 01 de 2005 necesariamente incidió en

su vigencia. Así es, porque el artículo 48 de la Constitución Política adicionado con el parágrafo 4º transitorio del acto legislativo, consagra que "El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que [lo] desarrollen (...), no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

En consecuencia, las administradoras de pensiones, y particularmente en el caso en estudio, Caxdac, debe tener en cuenta la normativa superior en referencia, cuando de aplicar el régimen de transición o el especial de transición se trate." (SL SL706-2013, reiterada en sentencia SL2138-2022 y SL4110-2022)

Con acopio a dicho precedente jurisprudencial, en el caso de marras, dos son las situaciones que deben valorarse, a efectos de establecer si el demandante pertenece al régimen de transición, esto es, que al 1º de abril de 1994 haya cumplido 40 o más años y haber cotizado o prestado servicios durante 10 años o más.

Bajo ese hilo conductor, verificada la edad del actor y el tiempo servido como aviador civil acreditado al 1º de abril de 1994, se concluye de entrada que la A quo no pudo haberse equivocado cuando colige que no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que el señor Jorge Eliecer Torres Díaz a dicha fecha tan solo contaba con 34 años cumplidos, por haber nacido el 15 de junio de 1959 y un total de 3.381 días equivalentes a 9.39 años, esto es, por fuera de los límites normativos establecidos, para ser acreedor de dicho beneficio y por ende de la norma que lo gobernaba previa a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Cabe precisar que ese tiempo de servicio corresponde al periodo demostrado por el actor, en las siguientes compañías:

- Tagua entre el 21 de septiembre de 1982 al 20 de diciembre de 1984.
- Sam S.A. hoy Avianca S.A. entre 9 de febrero de 1987 al 1º de abril de 1994.

Y es así, porque tal y como lo advirtió la A quo, entre 21 de diciembre de 1984 al 8 de febrero de 1987, no existe medio de persuasión tendiente a acreditar que durante dicho lapso el actor haya prestado sus servicios a favor de Interandes S.A. y, por tal razón, entender que, como empleadora aportante a la Caja, incurrió en un incumplimiento a sus obligaciones legales con su trabajador y a esta última su omisión de hacer uso de todos los mecanismos puestos a su disposición, para obtener el cobro y recuperación oportuna de los recursos adeudados por el patrono.

Por manera que la Sala comparte aquellas conclusiones a las que llegó la juez de primer grado, cuando descarta las bitácoras de vuelo arrimadas por el actor, ya que, contrario a lo expuesto por la censura, estas no demuestran en manera alguna vinculación laboral con Interandes S.A. entre 1º de octubre de 1985 al 24 de noviembre de 1986, menos con la contundencia requerida, en tanto que no aportan detalles de tiempo, modo y lugar de la forma en que se produjo el laborío que aduce suscribió con aquella, de ahí que para este Tribunal no advierte equivocación alguna de la A quo tras valorar el citado medio probatorio.

En efecto, las bitácoras que se acusan como indebidamente valoradas por la actora obran en PDF titulado "01ExpedienteEscaneado", pág. 55 a 96. En ellas se indica la fecha en que se suscribió, las características del avión, etapas, escuela de entrenamiento, co-piloto, autónomo y total de tiempo, conforme se observa a continuación a título de ejemplo:

FECHA	CARACTERISTICAS DEL AVION						ETAPAS
	MARCA	CLASE	TIPO	MATRICULA	MARCA MOTOR	H. P.	
14-XII-85	Cessna	B740	402	HK-2658	CONTINENTAL	325	BOG- STG- YOPAL- STG- BOG.
15-XII-85	L	L	L	L	L	L	BOG- AUC- AUC- BOG- AUC- BOG.
16-XII-85	L	L	L	L	L	L	BOG- NVA- BOG- VEL- BOG.
17-XII-85	L	L	L	L	L	L	BOG- LETI- TAU- BOG- VVC- BOG.
18-XII-85	L	L	L	L	L	L	BOG- NVA- BOG- LETI- AUC- BOG- SST- BOG.
19-III-85	Cessna	B740	402	HK-2658	CONTINENTAL	325	BOG- NVA- BOG.
20-III-85	L	L	L	L	L	L	BOG- NVA- BOG- VEL- BOG.
2-I-86	L	L	L	L	L	L	BOG- NVA- BOG- AUC- BOG- SST- BOG.
3-I-86	L	L	L	L	L	L	BOG- VEL- BOG.
4-I-86	L	L	L	L	L	L	BOG- STA- SST- BOG.
7-I-86	Cessna	B740	402	HK-2658	CONTINENTAL	325	BOG- GYM- BOG.

CIA. INTERANDES S.A.
 DE AVIACION
 INTERANDES S.A.
 No. ESTADISTICA

REPUBLICA DE COLOMBIA
 MINISTERIO DE AERONAUTICA
 26 JUL 2016

BIRMA del piloto

OBSERVACIONES	LINK	ESCUELA ENTRENAMIENTO				CO - PILOTO			AUTONOMO			TOTAL TIEMPO					
		SOBRE COM. DIA	SOLO	NOCHE	INSTRUM. SIM.	DIA	NOCHE	INSTRUM.	DIA	NOCHE	INSTRUM.						
						2	40					2	40				
						6	50					6	50				
						5	40					5	40				
						3	30					3	30				
						8	4					8	4				
						2	4					2	4				
						3	50					3	50				
						7	40					7	40				
						1	50					1	50				
						2	30					2	30				
						4	30					4	30				
TOTAL						44	30					44	30				
TOTAL ANTERIOR		87	05	113	43	17	50	765	23	5	55	174	25	524	05	1688	30
GRAN TOTAL		87	05	113	43	17	50	809	55	5	55	174	25	524	05	1733	00

Por consiguiente, contrario a lo argumentado por la recurrente, el contenido de estos legajos no desvirtúa la conclusión a la que arriba la Sala, esto es, que en nada demuestran el laborío con la sociedad Interandes S.A., pues simplemente refieren la manera como formalmente se registraba la información personal del vuelo, en cumplimiento del Reglamento Aeronáutico dispuesto por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, pero no describen la ejecución de los servicios a favor de la compañía, lo cual es coherente con el informe rendido por la citada entidad, según el cual "las bitácoras son para acreditar las horas de vuelo, vuelos realizados y la experiencia que se va adquiriendo en la actividad operacional de los pilotos en las aeronaves que vuelan, en esa medida se mide su confiabilidad. De ninguna manera son para acreditar relaciones laborales o prestacionales a las empresas a las cuales prestan sus servicios." (Expediente digital, archivo PDF 42RespuestaRequerimientoAeronauticaCivil)

En gracia de discusión, la bitácora de vuelo nada indica si corresponde al actor, pues allí aparece una firma de la que no se tiene certeza que corresponda a éste, pero en todo caso, las planillas a lo sumo corresponden a un mero indicio, que desde luego no constituye plena prueba para acreditar que el promotor del proceso estuvo vinculado como trabajador de la citada sociedad y mucho menos que prestó efectivamente los servicios en la fecha aducida por aquél, máxime cuando no existe otro medio de prueba que ratifique lo allí indicado y que dé cuenta sobre la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo.

De tal manera que la bitácora de vuelo sobre la que la censura soporta la afirmación de que el vínculo laboral con Interandes S.A. se suscitó entre 1º de octubre de 1985 al 24 de noviembre de 1986, no resulta eficaz para demostrar, se insiste, por sí sola, la prestación del servicio, máxime cuando se requería contar con otros medios de convicción que respalden la aseveración del trabajador, lo cual brilla por su ausencia.

Colofón de lo anterior, al no demostrarse que el actor hubiese prestado los servicios personales para Interandes S.A., no hay lugar a reliquidar la prestación reclamada, lo que impone a este Tribunal confirmación de la sentencia confutada, pues ningún desacierto incurrió la A quo al negar la aplicación del régimen de transición previsto en el Decreto Ley 1282 de 1994 y la consecuente absolución a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones.

5. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo del actor y a favor de Caxdac, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

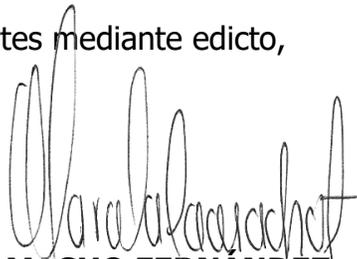
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de Caxdac y a cargo del demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



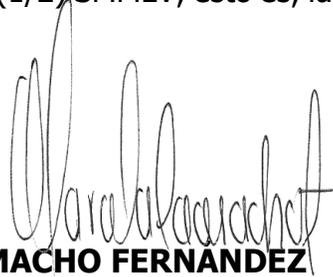
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Caxdac y a cargo del demandante el equivalente a medio (1/2) SMMLV, esto es, la suma de \$580.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ DARY AMPARO MARIACA RODRÍGUEZ
Demandante: TARCILA DE JESÚS NAVARRO
Demandada: CHEVRON PETROLEUM COMPANY
Radicado No.: 22-2016-00659-01 ACUMULADO 12-2017-00384-00
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN Y CONSULTA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda

1.1. Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez. Instauró demanda ordinaria laboral contra Chevron Petroleum Company y Tarcila de Jesús Navarro, con el propósito de que se declare que es responsable del reconocimiento y pago de la sustitución pensional a su favor, en su condición de esposa legítima supérstite, por la muerte de su esposo y pensionado José Daza Almeida. En consecuencia, solicitó el pago de las mesadas causadas desde el 3 de agosto de 2016, de manera indexada y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que contrajo matrimonio el 31 de diciembre de 2001 con el señor José Daza Almeida, conviviendo durante todo el tiempo de la relación como marido y mujer, brindándole apoyo y asistencia mutua hasta el 14 de marzo de 2016, data en que se produjo su fallecimiento. Refirió que el causante se encontraba pensionado al momento de su muerte por la sociedad demandada y dado a ello solicitó el pago de la prestación económica, misma que, aunque fue reconocida a partir del día siguiente a su deceso, sin embargo, fue suspendida en la medida que se presentó a reclamar la pensión la señora Tarcila de Jesús Navarro, quien afirma haber convivido con el pensionado por el término de 23 años y procreado con el mismo tres hijos. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 61 a 72 y 77 a 86)

1.2. Tarcila de Jesús Navarro. Por su parte, formuló demanda ordinaria contra Chevron Petroleum Company, con el fin de que se declare beneficiaria del 50% de la sustitución de la pensión causada por José Daza Almeida, quien fue su compañero permanente por más de 23 años y, en consecuencia, se dispusiera a su favor su reconocimiento y pago de manera retroactiva e indexada.

Fundamentó sus peticiones en el sentido indicar que el causante fue pensionado de la demandada, con quien convivió en unión marital de hecho durante veintitrés años en los cuales nacieron sus tres hijos Orlando, Luis Emilio y Noralba Daza Navarro. Refirió que el causante contrajo matrimonio con la señora Epifania Gómez de Daza, el cual, tras la

muerte de su esposa, celebró nupcias con Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, empleada del servicio doméstico, con lo cual hizo más gravosa su unión como compañera permanente con el causante, relación que mantuvo telefónicamente y por el envío de cartas. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteFisicoDigitalizadoCuadernoAcumulado, págs. 143 a 147)

2. Contestación de la demanda

2.1. Chevron Petroleum Company. Al momento de descorrer el término de traslado indicó respecto a las pretensiones de Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez su oposición señalando que se presentó Tarcila de Jesús Navarro, quien afirmó haber convivido con el de *cujus* por espacio de 23 años, por lo que está en controversia la convivencia con el causante, de ahí que resolvió suspender el pago de la mesada pensional, conforme lo prevé el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008.

Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 5°, 7° a 11°, relacionados con la fecha de fallecimiento de José Daza Almeida, su calidad de pensionado por la empresa, el reconocimiento pensional a favor de Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez y su posterior suspensión. Respecto de los demás adujo no ser ciertos y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 193 a 203)

2.2. Por su parte a la señora **Tarcila de Jesús Navarro** se le tuvo por no contestada la demanda formulada por Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, en providencia adiada 4 de julio de 2019 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 269 a 270).

2.3. Chevron Petroleum Company. Al contestar la demanda presentada por Tarcila de Jesús Navarro, no aceptó las pretensiones de esta aduciendo que se presentó Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, quien afirmó haber convivido con el pensionado hasta la fecha de fallecimiento de éste, quedando totalmente en controversia la convivencia con el de *cujus*, de ahí que no puede reconocer el 50% de la prestación económica, en tanto que aquello será objeto de verificación en el proceso judicial. Atinente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° y 2°. Negó los demás y en su defensa formuló las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 277 a 287)

2.4. Por su parte, la señora **Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez** se opuso a las pretensiones esbozadas por **Tarcila de Jesús Navarro**. Aceptó los hechos enlistados en los numerales 1° y 2° y en cuanto a los demás señaló no ser ciertos. No formuló excepciones de fondo. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 288 a 296).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de febrero del 2023, en la que la falladora declaró que Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez es beneficiaria de la sustitución pensional de José Daza Almeida, desde el 15 de marzo de 2016, pagadera a partir del 1 de agosto de 2016. En tal virtud, condenó a la encartada a pagar a su favor el retroactivo pensional causado entre 1 de agosto de 2016 al 31 de enero de 2023, y el que se siga causando en adelante, de manera indexada. Absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por Tarcila de Jesús Navarro, gravándola en costas.

Para arribar a tal decisiva, tuvo como problema jurídico a dilucidar, si le asiste derecho o no a las demandantes al reconocimiento y pago de la sustitución pensional. A ese propósito, señaló que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la norma aplicable al reconocimiento de una eventual pensión de sobrevivientes es aquella que está vigente al momento del fallecimiento del causante, que para el caso en concreto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado a que aquel feneció el 14 de marzo de 2016.

Luego de citar el contenido de aquellas disposiciones, precisó que no se encontraba en discusión que el causante ostentaba la calidad de pensionado, de manera que debía verificar si Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, en calidad de cónyuge y Tarcila de Jesús Navarro, como compañera permanente, demostraron convivencia con el *de cujus*. Preciso que la convivencia debe ser real, efectiva y afectiva durante los cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado.

Con tal fin, dijo que el haz probatorio no daba cuenta de la convivencia entre Tarcila de Jesús Navarro y el pensionado, dado a que lo registrado en las declaraciones extrajuicio que arrimó no señalaban los extremos de vivencia entre la pareja, a lo que sumó que la citada persona en interrogatorio de parte se contradijo al afirmar que mantuvo convivencia con el causante, misma que finalizó en los años 1967, 1973, 1964, 2015 y 2016. Al confrontar esta versión con el dicho de los testigos concluyó que, aunque la pareja convivió, no le era claro si la misma perduró 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, de allí que se abstuvo de reconocer la calidad de beneficiaria de la prestación económica reclamada.

Atinente al derecho que alega Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, sostuvo que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL359-2021, la cónyuge puede reclamar la prestación económica cuando quiera que demuestre convivencia durante un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo con el pensionado. Bajo ese horizonte, apreció el acervo probatorio, para significar que la pareja contrajo matrimonio el pasado 31 de diciembre de 2001, conforme así lo verifica del registro civil de matrimonio, además, que la convivencia con su cónyuge se mantuvo hasta la fecha de su muerte, pues así lo estimaba de las declaraciones extrajuicio, al igual de la declaración de los testigos, quienes fueron espontáneos y precisos al indicar que la pareja convivió por un lapso superior al requerido, de allí que debía reconocer a su favor la prestación económica. (Expediente digital, audio 21AudienciaFallo2)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la demandada **Chevron Petroleum Company** formuló recurso de apelación esgrimiendo que el retroactivo pensional condenado debió ser liquidado a partir del mes de agosto del año 2017, en tanto que se aportó como prueba los reportes de nómina donde se observa que pagó a la actora la mesada pensional hasta antes de julio del mismo año. (Expediente digital, audio 21AudienciaFallo2)

6. Alegatos de conclusión. La empresa demandada reafirma sus argumentos expresados al momento de apelar la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por **Chevron Petroleum Company** se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente y se estudiará en consulta en favor de **Tarcila de Jesús Navarro**, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿A Tarcila de Jesús Navarro, como compañera permanente, le asiste derecho junto con la señora Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de José Daza Almeida, acaecido el 14 de marzo de 2016?; En caso afirmativo, establecer (ii) ¿Cuál es el porcentaje de la cuota parte que corresponde a cada una de las beneficiarias en calidad de cónyuge y compañera permanente, respectivamente?; (iii) y ¿Se equivocó la juez de primer grado al reconocer el retroactivo pensional a favor de Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez a partir del 1º de agosto de 2016?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor José Daza Almeida, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 07199270, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 14 de marzo de 2016. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 42)

4. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que José Daza Almeida fue pensionado por la encartada, lo cual es aceptado por ésta desde la contestación de cada una de las demandas.

5. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 14 de marzo de 2016. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes. Ahora bien, no admitiendo discusión que el pensionado falleció el 14 de marzo de 2016, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 25 de diciembre de 2015, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

8. Tiempo de convivencia. Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando

haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Bajo ese contexto, como quiera que no existe controversia en torno a que la señora Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, en calidad de cónyuge supérstite, acreditó el término de convivencia requerido para ser acreedora a la prestación económica, esta Sala por virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Tarcila de Jesús Navarro, procederá a revisar si como compañera permanente cumple con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

9. Derecho reclamado por Tarcila de Jesús Navarro

9.1. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Tarcila de Jesús Navarro, nació el 8 de junio de 1941 y para la muerte del señor José Daza Almeida, contaba con 74 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

9.2. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

9.3. Prueba de la convivencia de compañera permanente. Para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor José Daza Almeida, y teniendo en cuenta que la demandante arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando declaraciones extraprocesales de Libia de Jesús Echeverry y Ana Alicia Padierna Montoya, quienes manifestaron en tal diligencia que conocieron desde hace 56 y 55 años respectivamente a la demandante, quien convivió en unión marital de hecho con el causante durante 23 años, indicando que procrearon tres hijos, además, que el causante era quien se ocupaba de los gastos de manutención y medicamentos de su compañera.

De las declaraciones extraproceso antes citadas no es posible determinar la existencia de convivencia por un tiempo mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a producirse el deceso del pensionado, pues esta es precisamente la exigencia establecida para quien invoca la calidad de compañera permanente, sin que sea posible considerar, entonces, que ese requisito quedó plenamente probado con lo registrado en la citada diligencia

notarial, dado a que de la misma no se desprende la convivencia real, efectiva y material de la pareja, dentro de un periodo determinado, tampoco si fue constante y estable, descartando una unión esporádica o efímera.

Ahora, considera la promotora del proceso que, pese a ese medio de persuasión, logra demostrar el requisito en discusión con la prueba testimonial que arrimó al cartapacio, sin embargo, el testigo nada dijo acerca de la convivencia real y efectiva de ella con el señor José Daza Almeida hasta el momento de ocurrir su deceso, lo que impide a la Sala formar su convencimiento a partir de su dicho.

En efecto, obra el testimonio Marco Antonio Daza (hijo del causante) quien señaló que conoció a Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, en el municipio de Puerto Boyacá, siendo empleada de servicio doméstico del hogar conformado por su papá y su progenitora Epifania Gómez de Daza. Refirió que, al año del fallecimiento de su señora madre, su padre le manifestó la intención de contraer matrimonio con la citada demandante, lo que en efecto ocurrió, conviviendo en el municipio de Piedecuesta. Explicó que después de dicho acontecimiento tomó distancia de su padre, sin embargo, previo a su muerte, se reencontró con el pensionado, momento para el cual verificó que convivía con la señora Mariaca Rodríguez, lo cual se mantuvo hasta su deceso. Sostuvo que con anterioridad al matrimonio con su señora madre Epifania Gómez de Daza, su padre mantuvo una relación con Tarcila de Jesús Navarro, la cual perduró hasta 1984, según lo recuerda.

Con el anterior soporte probatorio, la Sala de entrada evidencia que no se logra acreditar que la actora cohabitara con el causante durante los cinco (5) años inmediatamente anteriores a producirse la muerte del afiliado que ocurrió el 14 de marzo de 2016, pues tan solo se menciona convivencia con anterioridad a 1984, lo cual es insuficiente, para los efectos pretendidos, de ahí que la juez de conocimiento no se equivocó al valorar la citada prueba en la medida que corresponde a lo que efectivamente emana de tal medio de convicción, además, tampoco cuando señaló que a la señora Tarcila de Jesús Navarro no le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Por consiguiente, se deberá confirmar la sentencia consultada en lo que hace a este aspecto.

10. Retroactivo pensional. Aduce la apelante, que la A quo se equivocó al liquidar el retroactivo pensional causado a favor de la señora Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, en tanto que omitió valorar los comprobantes de nómina que aportó, los cuales daban cuenta que realizó el pago de mesadas pensionales causadas hasta julio de 2017.

Pues bien, para dirimir el recurso de alzada interpuesto por la sociedad demandada, se debe tener en cuenta que la misma accionada al dar respuesta a la demanda afirmó el pago de mesadas pensionales a favor de Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, a partir del fallecimiento del causante y hasta junio de 2016, fecha en la que le fue suspendida la sustitución pensional. Tal aseveración se ratifica con la certificación expedida por la compañía el 3 de agosto de 2017, según la cual:



Sandra Marín Gómez
 HR Coordinator Benefits

Chevron Petroleum Company
 Calle 100 No. 19A - 30
 Bogotá, D.C., Colombia
 Tel. 571 639 42 12

Bogotá, D.C., 2017-08-03

CHEVRON PETROLEUM COMPANY
 Nit 860005223-9

CERTIFICA

Que la señora **LUZ DARY AMPARO MARIACA RODRIGUEZ** identificada con la Cédula de Ciudadanía Número 37,616.932, recibió la sustitución pensional del extrabajador fallecido **JOSE DAZA ALMEIDA CC 3579259** a partir del 1 de Abril de 2016, así:

2016	Valo Mesada	Desc Salud	Desccto Poliza Medica	Neto Pagado
Abril	\$2,244,849.00	\$269,382.00		\$1,975,467
Mayo	\$2,244,849.00	\$269,382.00	\$89550.00	\$1,885,917
Junio	\$2,244,849.00	\$269,382.00	\$89550.00	\$4,130,766
Julio	\$2,244,849.00	\$269,382.00	\$89550.00	\$1,885,917

En Junio se incluye la Mesada 14

Cordialmente,

Sandra Marín Gómez

María Rodríguez
 Representante Legal

Además, con el reporte de nómina que aduce indebidamente valorado al A quo, se ratifica lo certificado por la compañía, pues si bien se aduce en el comprobante que de enero a agosto de 2017 la actora devenga pensión de jubilación, lo cierto es que allí mismo se indicó como neto a pagar "0.00", tal y como se observa a continuación:

	ENERO 17	FEBRERO 17	MARZO 17	ABRIL 17	MAYO 17	JUNIO 17	TOTALES
	JULIO 17	AGOSTO 17					
37616932 LUZ DARY AMPARO MARIACA RODRIGUEZ							
108 PENSION DE JUBILACION	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	16,617,496.00
	2,373,928.00	0.00					
160 MESADA ADICIONAL (14)	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	2,373,928.00	2,373,928.00
	0.00	0.00					
506 APORTE SALUD	284,871.00	284,871.00	284,900.00	284,900.00	284,900.00	284,900.00	1,994,242.00
	284,900.00	0.00					
1109 D- PENSIONES NO RECLAMADAS	2,089,057.00	2,089,057.00	2,089,028.00	2,089,028.00	2,089,028.00	4,462,956.00	16,997,182.00
	2,089,028.00	0.00					
TOTAL DEVENGADOS	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	4,747,856.00	18,991,424.00
	2,373,928.00	0.00					
TOTAL DEDUCCIONES	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	2,373,928.00	4,747,856.00	18,991,424.00
	2,373,928.00	0.00					
NETO A PAGAR	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
	0.00	0.00					

Visto lo anterior, el citado legajo no tiene el alcance probatorio argüido por la censura, consistente en que hubo solución de mesadas pensionales hasta antes de julio de 2017, en tanto que allí sólo da cuenta de los valores a cancelar por concepto de pensión de jubilación, pero no acredita ni da certeza del pago que pretende hacer valer, de ahí que para la Sala el medio de convicción no sea útil para el propósito que persigue la convocada a juicio y, por tal razón, sin mayores consideraciones, se siga confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

11. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Chevron Petroleum Company y a favor de Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez, por no haber prosperado el

recurso de apelación impetrado. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta que se surtió a favor de Tarcila de Jesús Navarro.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de febrero del 2023, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Chevron Petroleum Company y a favor de Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

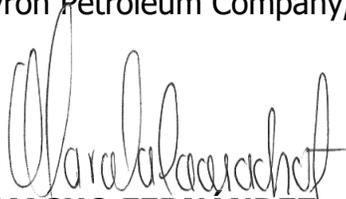


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Luz Dary Amparo Mariaca Rodríguez y a cargo de Chevron Petroleum Company, en la suma de UN SMLMV, esto es, \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS DAVID TORRES GUERRERO
Demandada: BOG HOTEL OPERADORA S.A.S.
Radicado No.: 12-2021-00130-01
Tema: NULIDAD ACTA - APELACIÓN.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos David Torres Guerrero instauró demanda ordinaria contra BOG HOTEL OPERADORA S.A.S., con el propósito de que se declare que prestó sus servicios de manera exclusiva y a través de un contrato de trabajo con la demandada; que se deje sin efectos jurídicos el acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, debido a que existe error del sujeto demandado y vicios del consentimiento; que se declare que la terminación del contrato fue a través de un despido sin justa causa, en consecuencia, que se condene a la demandada al pago de los días correspondientes al mes de septiembre de 2020; el pago de la diferencia del 50% dejado de pagar como salario mensual por los meses de mayo, junio y julio, toda vez que fue beneficiario del auxilio otorgado por el Gobierno Nacional en virtud de la emergencia económica, social y ecológica; que se ordene la reliquidación de las vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, y primas legales; se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, la indexación, y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó sus servicios personales a la demandada desde el 01 de marzo de 2019 al 31 de agosto de 2020, ocupando el cargo de auxiliar de cocina; que el salario devengado a la finalización del contrato era de \$892.500; que el demandado cerró temporalmente el hotel a partir del 01 de abril de 2020; que mediante un adendo al contrato de trabajo las partes modificaron la jornada y el salario, estableciendo una reducción del 50% del salario y una jornada laboral de 24 horas semanales por el periodo del 01 de abril al 30 de junio de 2020, y posteriormente se enviaron otros adendo en similares términos para el mes de mayo, junio, julio y agosto de 2020; que la entidad demandada se fue beneficiaria del apoyo formal PAEF del Gobierno Nacional establecido en el Decreto 639 de 2020 y originado en virtud de la emergencia del Covid 19; que la demandada solicitó el subsidio establecido en el programa de apoyo al empleo formal en el caso particular del actor por los meses de mayo, junio y julio de 2020; que en el mes de agosto de 2020 se le informó que el nuevo gerente del hotel demandado sería Paulo José Lara Restrepo; que el 02 de septiembre de 2020 le informaron que por falta de presupuesto se había decidido terminarle el contrato de trabajo, debiéndose acercarse al hotel a una reunión para entregar el uniforme y recoger la liquidación; que el 04 de septiembre de 2020 se acercó a la reunión al hotel y le comunicaron que por la situación actual del hotel y el

país, se terminada su contrato, entregándole el acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo; que en el documento de acuerdo de terminación por mutuo acuerdo en la parte superior se indica que el acta será suscrita por Fernando Lastra, pero quien lo suscribió fue Marcela Vanegas Pinzón en calidad de Coordinadora de Gestión Humana; que el actor firmó el documento; que la liquidación del contrato se hizo hasta el 31 de agosto de 2020; que la liquidación final de acreencias laborales no refleja el valor realmente devengado; que el demandado de manera voluntaria pagó una bonificación extraordinaria por valor de \$829.224, la cual no constituye salario; que mediante petición del 30 de septiembre de 2020 solicita explicación respecto a los montos establecidos en la liquidación, el cual fue atendido de manera desfavorable a través de respuesta del 08 de octubre de 2020; que el 20 de octubre de 2020 solicitó la revisión de la liquidación final de prestaciones, así como el valor pagado por el auxilio del PADEF y una reunión para llegar a un acuerdo; que el 29 de octubre de 2020 recibió respuesta, accediéndose solo a la reunión, misma que se llevó a cabo el 4 de noviembre de 2020, pero no se logró concretar nada. (fols. 1 a 11 archivo No 01, y folios. 2 a 3 archivo No 04).

2. Contestación BOG HOTEL OPERADORA S.A.S. Al dar respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito genitor, a excepción de la referida a la existencia del contrato de trabajo, la cual se aceptó, y en las restantes aduce que el acta de terminación del contrato se realizó de mutuo acuerdo y sin mediar vicio en el consentimiento, con el reconocimiento de una bonificación que se acordó como compensable con cualquier suma que se pudiera colegir como pendiente de pago; que en vigencia de la relación laboral se llegó a un acuerdo para rebajar la jornada laboral y el salario, siendo cumplida tal obligación por la parte demandada; que al demandante se le pagó el salario pactado incluso sin que hubiera prestado el servicio; que el beneficio del PAEF nada tiene que ver con el pacto al cual se llegó con la parte demandante; que la liquidación final de prestaciones se hizo con base en la totalidad del salario devengado por el actor. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, pago, libertad de las partes para pactar sus condiciones laborales, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, y la genérica. (fols. 2 a 14 archivo No 07).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de diciembre del 2022, en la que la falladora declaró la nulidad del acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo suscrita el 31 de agosto de 2020 entre BOG HOTEL OPERADORA S.A.S. y CARLOS DAVID TORRES GUERRERO; declaró probada la excepción de compensación respecto de la indemnización por despido injusto; absolvió a la demandada de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

Para los fines que interesan al recurso, empezó por señalar que no existía discusión respecto de la existencia de la relación laboral, sino que la inconformidad radicaba en el extremo final de la misma, el que el acta de terminación de mutuo acuerdo está viciada en el consentimiento y en la diferencia del 50% del salario dejado de percibir que influye en la liquidación de prestaciones.

Frente al extremo final de la relación laboral, precisó que no existe prueba en la que se evidencie que el actor haya laborado hasta el 02 de septiembre de 2020, máxime si se tiene en cuenta que no basta con afirmar sino que debe probar que efectivamente hubo una prestación del servicio hasta la fecha que reclama el actor, lo cual no aconteció, por lo tanto, estimó que el contrato de trabajo entre las partes se extendió desde el 01 de marzo de 2019 al 31 de agosto de 2020.

En lo que concita al 50% del salario para los meses de mayo a julio de 2020, adujo que obran unas adendas al contrato de trabajo en la que se acordó entre las partes que a partir de abril de 2020 la remuneración mensual ascendería a \$446.250, reduciendo la jornada de trabajo de 48 a 24 horas semanales; que tales documentos no fueron tachados ni reargüidos de falsos por la parte demandante, ni mucho menos se denota que el actor hubiere sido coaccionado para firmarlos; manifestó que debido a la pandemia el Gobierno Nacional expidió el Decreto 639 de 2020 el cual tuvo como objeto crear el programa de apoyo al empleo formal, de la cual era beneficiaria la demandada, por lo que, con esa ayuda se sufragó el pago del 50% del salario convenido con el demandante en las adendas, además que durante la pandemia el hotel estuvo cerrado, no prestaba sus servicios y por ende no tenía ingresos; concluyó que la decisión de la accionada de reducir la jornada de trabajo y el salario no fue caprichosa, sino que se hizo en aras de garantizar que los trabajadores continuaran con el vínculo laboral, a pesar de los efectos que la pandemia ocasionó en el sector hotelero, por lo que, las adendas celebradas entre las partes se encuentran ajustadas a derecho, y como quiera que las pretensiones relacionadas con la liquidación de prestaciones e indemnizaciones dependían del pago del 100% del salario, se absolvió de tales suplicas.

En relación con la validez del acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo, concluyó que existió un error en la persona que suscribió el acta de terminación del contrato, ello si se tiene en cuenta que en la parte inicial se dice que quien suscribe el acta es Fernando Lastra en calidad de representante legal, pero quien la suscribe es Marcela Vanegas como coordinadora de gestión humana, quien no ostenta la calidad de representante legal; ahora, si bien el artículo 32 del CST señala la situación jurídica del representante del empleador, no por ello, puede decirse que la suscribiente del acta actuó en representación del empleador pues no ostenta la calidad de representante legal, sumado a que la señora Marcela Vanegas en su testimonio indicó que no participó en la liquidación de los contratos y que suscribió el acta porque su jefe le dijo que no pasada nada, sin que se tenga certeza de quien era su jefe y si estaba autorizada para delegar esa función. En ese orden, como se presentó error respecto de la persona que a nombre del empleador suscribe el acta, se declaró la nulidad de la misma, determinado que la terminación del contrato lo fue sin justa causa, con lo cual, dio prosperidad a la indemnización por despido sin justa causa en valor de \$570.819; no obstante, como se propuso la excepción de compensación, y en el acta de terminación se reconoció la suma de \$829.224 a título de bonificación, de dicho valor se descontaría del valor reconocido por indemnización, quedando un saldo a favor de la accionada de \$258.425, sin que existan sumas por las cuales haya de proferirse condena. (Folios. a 2 archivo No

21 con audiencia virtual archivo No 20)

4. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó recurso de alzada por las siguientes partes procesales.

4.1. Demandante. Formuló recurso de apelación argumentando que, el salario pactado en las adendas fueron de forma temporal por efecto de la pandemia, mas no modificaba el contrato como tal; que si bien se firmaron unas adendas, y hubo acuerdo respecto a estos, los mismos fueron de manera temporal y no de fondo respecto de las condiciones pactadas inicialmente, por lo que se debe liquidar las prestaciones con el salario realmente pactado, esto es, \$892.000; igualmente, respecto a la indemnización por despido sin justa causa, no se debe dar prosperidad a la compensación, ya que la bonificación otorgada fue de manera voluntaria, por lo que, debe reconocerse el valor de la indemnización por despido sin justa causa sin descontarla de la bonificación voluntaria otorgada, aunado a que tal indemnización debe liquidarse con el salario inicialmente pactado y no el temporal.

4.2. Demandada. En su alzada expuso que no está de acuerdo con la declaración de nulidad del acuerdo de terminación del contrato, ya que el demandante sabía que se estaba haciendo un acuerdo con su empleador, independientemente de que la persona que apareciera al principio y al final del acta; que debe tenerse en cuenta el artículo 32 del CST, en tanto que la persona que suscribió el acta era la directora de talento humano y no cualquier persona, es decir, tenía toda la capacidad frente a sus trabajadores; que no se cometió ningún error en el acta de terminación, por lo que, la terminación del contrato se dio por mutuo acuerdo y es totalmente válida; que el hecho de que haya suscrito el acta la directora de talento humano y no el representante legal no es un error, ni mucho menos vicia el consentimiento; que no existe un error trascendental o una discrepancia entre la realidad y lo que se acordó, y que de haber existido algún error el demandante no hubiera firmado.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandada presentó alegatos sosteniendo que no es procedente invalidar el acta que suscribieron las partes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

2. Problemas jurídicos: Corresponde a la sala dilucidar: **(i)** ¿La modificación del salario en un 50% es válida y cumple los presupuestos del artículo 132 del CST? **(ii)** ¿Es válido el acuerdo transaccional suscrito por las partes el 31 de agosto de 2020 a través del cual se terminó por mutuo acuerdo el contrato de trabajo?

3. Contrato de trabajo, y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, y el cargo ocupado por el actor. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino, además, corroboradas con el contrato de trabajo (fols. 15 a 21 archivo No 07), acta de terminación del contrato (fol. 30 archivo No 07), y liquidación de prestaciones sociales (fol. 31 archivo No 07).

4. Modificación del salario- pandemia Covid 19. Establece el artículo 132, numeral 1° del CST las formas y libertad de estipulación del salario, en los siguientes términos: *“El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”.*

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicado No 39691 del 10 de julio de 2012, tiene adoctrinado que en eventos de reducción de salario *“se requiere una manifestación expresa, de claridad rotunda e inobjetable al respecto, dada la trascendente consecuencia que tal modificación comporta para el ser humano laborante, dependiente en grado sumo de su fuerza de trabajo para producir una determinada cuantía como retribución, por lo que, toda circunstancia que conlleve a una afectación de ésta, deberá estar absolutamente justificada, constitucional y legalmente, por la parte empleadora”.*

Igualmente, resulta oportuno traer a colación lo expresado en sentencia del 31 de julio de 1979, radicación No 6448, prolapada en sentencia SL17984-2017, en la que respecto a la disposición contenida en el canon 132 del CST, dijo lo siguiente:

"En efecto, el principio tuitivo o protector debe aplicarse con criterio realista, de manera razonable, y no en forma absoluta y automática so pena de resultar contraproducente. En efecto, no siempre le es posible a una empresa o patrono sostener, indefinidamente, por razones económicas, algunos beneficios otorgados al trabajador. De no aceptarse en tales circunstancias una disminución moderada de beneficios, por mutuo acuerdo o con el asentimiento del trabajador, la alternativa podría ser en muchos casos más perjudicial aun para el trabajador quien podría verse obligado a quedar cesante.

De otra parte, aceptar la flexibilidad contractual que ha admitido la Corte en estos casos, que no es necesariamente injusta en especiales circunstancias, puede resultar en realidad más conveniente para el trabajador mismo pues además de proteger su estabilidad en el empleo, puede permitir una mayor amplitud o liberalidad de parte del patrono. Respetar en determinados casos una relativa autonomía de voluntad --que el derecho laboral limita pero no abroga-- puede avenirse bien a la especial protección a que tiene derecho el trabajador y realizar la justicia en las relaciones laborales 'dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social' (CST arts. 1o. y 18)".

Bajo el anterior panorama, debe tenerse en cuenta que la parte demandante implora que la reducción del salario era temporal, ya que el salario pactado en el contrato era de \$892.500, y por tanto, no solo pide que se le cancele el restante 50% del salario, sino también que se reliquiden sus acreencias laborales por efecto de la finalización del contrato de trabajo.

En orden a resolver, lo primero que viene a propósito mencionar es que las partes de común acuerdo pactaron unos "adendos" al contrato de trabajo (Fol. 23 a 29 archivo No 07), en los que decidieron disminuir la jornada de trabajo y el salario de la siguiente manera:

TERCERA.- REMUNERACIÓN: Conforme se señala en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, las PARTES han pactado que la remuneración del(de la) TRABAJADOR(A) ascenderá a la suma fija mensual de mensual de cuatrocientos cuarenta y seis mil doscientos cincuenta Pesos M/Cte. (\$446.250), a partir del 1 de abril de 2020 y hasta el 30 de junio de 2020. Finalizado ese lapso se evaluará la situación y las Partes tomarán las decisiones correspondientes.

CUARTA.- TEMPORALIDAD: En caso que la situación se normalice antes de lo pactado las PARTES pactarán volver a la jornada y salario anterior al presente adendo. En caso de que la situación de anomalía persista después de lapso señalado se evaluarán las medidas pertinentes conforme a la situación encontrada en ese momento.

PRIMERA.- RATIFICACIONES: Las PARTES ratifican en todas sus partes y tienen como ciertos los hechos enunciados en los literales A) a C) de las CONSIDERACIONES y/o DECLARACIONES conjuntas de este documento.

SEGUNDA.- PRÓRROGA DE LA MODIFICACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO Y DEL SALARIO: Las partes deciden prorrogar la modificación realizada al contrato de trabajo vigente entre las partes y en el sentido de continuar con la jornada semanal de 24 horas a la semana y con la mitad del salario hasta el mes de agosto de 2020.

TERCERA.- TEMPORALIDAD: En caso que la situación se normalice antes de lo pactado las PARTES pactarán volver a la jornada y salario anterior al presente adendo. En caso de que la situación de anomalía persista después de lapso señalado se evaluarán las medidas pertinentes conforme a la situación encontrada en ese momento.

Los efectos del presente adendo desde el día 1 de julio de 2020.

Nótese que las partes pactaron reducir la jornada y el salario, pasando la jornada de 48 horas a 24 horas y el salario de \$892.500 a \$446.250, durante el lapso del 01 de abril hasta junio de 2020, prorrogado del 01 de julio hasta el 30 de agosto de 2020, acuerdo que no se puede desconocer, ya no es objeto de censura; la inconformidad radica en que era temporal y por ende, cuando finalizó el contrato debía reconocerse el restante 50% y proceder a reliquidar las prestaciones pagadas a la finalización del vínculo laboral con el valor del salario inicialmente pactado, esto es \$892.500, tesitura

que no puede ser acogida por esta judicatura como bien lo dedujo la juez de instancia, ya que aquel fue un acuerdo de voluntades entre el trabajador y empleador, del cual no se extrae, ni de asomo, algún vicio en el consentimiento, tanto así que en el recurso de alzada se dijo que *"hubo un acuerdo respecto a los adendos, no se lo voy a alegar"*, manifestación que no conduce a plantear ninguna inconformidad frente a la validez del acuerdo, lo que de por sí llevaría a la Sala a impartir confirmación de la sentencia confutada en este aspecto.

Ahora, siguiendo los derroteros del artículo 132 del CST, y la jurisprudencia citada que establece que *"toda circunstancia que conlleve a una afectación de ésta, deberá estar absolutamente justificada, constitucional y legalmente, por la parte empleadora"*, acota la Sala que ello se logra extraer del cartapacio, pues no puede desconocerse que para la época en que se acordó la disminución del salario, el país venía afectado por la pandemia del Covid 19, lo que motivó que a través del Decreto 417 de 2020 se declarara el *"Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* en todo el territorio nacional, y mediante Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio a partir del 25 de marzo de 2020, inicialmente hasta el 13 de abril de 2020, extendiéndose de manera posterior y sucesiva por lo menos hasta el 01 de septiembre de 2020 a través de los Decretos 531, 593, 636, 689, 749, 847, 878 y 1076 de 2020.

No se puede pasar por alto que la emergencia sanitaria generada por el COVID 19 en el sector comercial, en particular para los restaurantes y hoteles, fue un hecho imprevisible, ello en la medida en que la demandada no contaba con la capacidad para prever que esta enfermedad implicaría una interrupción normal de su actividad, por lo que muchos de los establecimientos tuvieron que cerrar operaciones, como aconteció con el hotel demandado, tal y como lo manifestaron por los testigos Lidia Marcela Vanegas y Fernando Lastra; la primera de ellas, como coordinadora de gestión humana, quien afirmó que *"el hotel tenía hospedado a varios clientes, incluso tenía varias reservas las cuales se fueron cancelando a medida que inició el tema de la pandemia y pues efectivamente pues esperando qué decretaba el gobierno pues se fueron evacuando las personas que se encontraban hospedadas (...) ya el hotel a finales de abril o inicios de abril, perdón, ya no tenía huéspedes precisamente porque ya decretaron la pandemia a nivel mundial y pues a nivel nacional ya se empezó a cerrar todo el tema y en ese momento en que empezó la pandemia pues se tomó la decisión de sacar cierto personal del hotel... de sacar para sus casas, obviamente"*; y el segundo deponente, quien ejerció como gerente suplente, dijo que: *"Nosotros cerramos el hotel, digo nosotros yo como representante de los socios. En marzo, que nos obligan al confinamiento, y ahí suspendimos a la gente durante un período, creo que la palabra técnica es suspender, que había unos beneficios del gobierno. Eso se prorrogó. Todo eso se iba a las juntas con el hotel cerrado, ¿no? Porque prácticamente sin nadie. Muy poquita gente quedó de empleados y desde luego ningún huésped."*

De otro lado, la pasiva allegó un cuadro en el que se refleja su situación económica durante el año 2020, presentando para el mes de septiembre de 2020 unas pérdidas de \$821.536.616, así:

AÑO 2020	ENERO	FEBRERO	MARZO
Total Ingresos	\$ 733,286,823	\$ 878,499,180	\$ 840,997,041
Total gasto	\$ 538,870,492	\$ 812,843,282	\$ 484,414,852
GDP	\$ 194,396,331	\$ 365,655,928	\$ 356,582,189
Gastos Fijos	\$ 11,779,681	\$ 12,635,959	\$ 11,090,601
Resultado	\$ 192,618,651	\$ 353,619,900	\$ 45,491,837
		UTILIDAD	\$ 581,130,448

AÑO 2020	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
Total Ingresos	\$ 3,483,246	\$ 3,555,060	\$ 21,061,717	\$ 30,430,256	\$ 29,527,743	\$ 22,900,897
Total gasto	\$ 137,168,323	\$ 107,339,365	\$ 73,050,388	\$ 123,522,272	\$ 137,354,829	\$ 102,289,127
GDP	\$ (133,678,077)	\$ (103,784,305)	\$ (51,988,671)	\$ (93,092,016)	\$ (107,826,786)	\$ (79,388,230)
Gastos Fijos	\$ 9,883,325	\$ 8,940,778	\$ 9,199,757	\$ 7,984,240	\$ 7,820,566	\$ 8,062,859
Resultado	\$ (143,358,492)	\$ (112,728,083)	\$ (61,159,428)	\$ (101,980,296)	\$ (116,747,323)	\$ (97,431,030)
					PERDIDA	\$ (821,536,816)

Bajo ese horizonte, paladinamente puede apreciarse que, por parte del empleador se encuentra "absolutamente justificada" la decisión que en su momento convino con el trabajador de reducir la jornada laboral de 48 horas a 24 horas, lo que implicó también la reducción del salario de \$892.500 a \$446.250, sin que se torne aquello injusto, y mucho menos socave lo pregonado en el artículo 132 del CST, pues no desconoce el salario mínimo legal para esa anualidad.

Igualmente, precisa la Sala que el Ministerio del Trabajo (T-279-2021) expidió varias resoluciones relacionadas con las medidas que se debían adoptar en materia laboral, de la siguiente manera:

*"Desde el inicio de la emergencia sanitaria, el Gobierno nacional implementó una serie de acciones para mitigar los impactos de la crisis sobre el mercado laboral. En primer término, el Ministerio del Trabajo, a través de la Circular 021 del 17 de marzo de 2020, presentó las medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención del coronavirus SARS-COV-2 y la consecuente declaración de emergencia sanitaria. En dicha circular, la cartera ministerial presentó lineamientos que podían ser considerados por los empleadores del país "con el fin de proteger el empleo y la actividad productiva". Dentro de las medidas recomendadas se encontraban: (i) el trabajo en casa¹; (ii) el teletrabajo²; (iii) la jornada laboral flexible³; (iv) las vacaciones anuales, anticipadas y colectivas⁴; y (v) los permisos remunerados⁵. Posteriormente, mediante la Circular 033 del 19 de abril de 2020, el Ministerio del Trabajo puso "de presente mecanismos adicionales que poseen los empleadores para proteger el empleo". Estas alternativas incluían (i) la licencia remunerada compensable⁶; **(ii) la modificación de la jornada***

¹ En la circular referida se aclaró que esta no es una forma de teletrabajo y no debía someterse a la regulación especial para dicha modalidad laboral. En tal sentido, se mencionó que el trabajo en casa se plantea como una alternativa viable para prestar el servicio en el marco de la emergencia sanitaria, la cual se consideró ante una situación ocasional, excepcional y temporal, que se enmarca en el ordenamiento legal, para el desarrollo de las actividades laborales en la actual emergencia sanitaria.

² Esta modalidad de prestación de servicios requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 1221 de 2008 y en el Decreto 1072 de 2015.

³ En la circular referida se indicó que el empleador tiene la facultad de reducir o ampliar la jornada laboral establecida dependiendo de las necesidades especiales del servicio, pudiendo optar por turnos sucesivos que evitaban aglomeración de trabajadores en sus instalaciones en una misma jornada laboral y en los sistemas de transporte masivo, facilitando la continuidad del empleo y de la actividad productiva.

⁴ En la circular 021 del 17 de marzo de 2020 se indicó que empleador y trabajador pueden acordar otorgar el periodo de vacaciones anticipadas en cualquier tiempo, sin que sea necesario cumplir con el preaviso de 15 días del artículo 187 del CST.

⁵ La circular hizo referencia a la posibilidad que tiene el empleador de solicitar al trabajador que no preste sus servicios, continuando con el pago del salario, de acuerdo con lo señalado en el artículo 140 del CST.

⁶ Bajo esta figura, se planteó la posibilidad de que el empleador continúe pagando la remuneración habitual con cargo a derechos futuros, previo acuerdo con el trabajador.

y concertación del salario⁷; (iii) *la modificación o suspensión de beneficios extralegales*⁸; y (iv) *la concertación de beneficios convencionales*⁹”

De esta manera, queda claro que el acuerdo mediante el cual se modificó la jornada y se redujo el salario no fue arbitrario, ni tampoco desconoció las recomendaciones del Ministerio del Trabajo, ya que como lo dice la Corte Constitucional (T-279-2021) son “*lineamientos que podían ser considerados por los empleadores*”, máxime cuando en el caso concreto fueron las partes quienes de manera mancomunada optaron por darle continuidad a la relación laboral, sin que se haya puesto de manifiesto la existencia de algún vicio en el consentimiento, razón por la cual, la decisión de primer grado debe mantenerse incólume, pues no resulta de recibo la pretensión encaminada a obtener pago del restante 50% del salario y la reliquidación de las acreencias laborales con el 100% de lo pactado inicialmente en el contrato de trabajo, esto es, con \$892.500, pues esa no fue la suma pactada ni devengada por el trabajador.

Finalmente, en lo relacionado con el beneficio del programa del apoyo al empleo formal, acota la Sala que, ciertamente la demandada fue beneficiaria del programa PAEF que estableció el Gobierno Nacional a través del Decreto 639 de 2020, reglamentado mediante Resolución No 1129 de 2020, pero en modo alguno puede concluirse que el empleador estaba obligado a sufragar el salario completo al actor, esto es, de \$892.500, ya que tal beneficio consistía en un aporte estatal concretado en un porcentaje que no superaba el 40% del salario mínimo, reconocido a favor del empleador para cubrir la nómina de sus trabajadores; subsidio que en efecto fue utilizado por la pasiva para pagar el salario del promotor de la Litis en los términos pactados en los adendos, que se reitera no son objeto de reproche en torno a su validez.

De suerte que al carecer este Sala de los elementos suasorios que den al traste con los “adendos” al contrato de trabajo, en especial, la modificación del salario, conlleva indefectiblemente a determinar que no le asiste razón a la activa en su pedimento, con la consecuente confirmación del fallo fustigado sobre este puntual aspecto.

5. Terminación por mutuo acuerdo, contrato de transacción. Estima pertinente la Sala relieves que en materia laboral los actos jurídicos deben ser libres, espontáneos y exentos de vicios del consentimiento como el error, la fuerza y el dolo, conforme lo establecen los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, a los que se puede recurrir como norma supletoria en términos del artículo 19 del C.S.T.

Igualmente, ha de memorarse que la causa es un elemento esencial de todo acto jurídico, en razón a que éste debe tener una causa real, conforme lo dispone el artículo 1524 del Código Civil, configurándose el error en este elemento cuando existe discrepancia entre el motivo que promueve la celebración del acto y la manifestación de voluntad, de forma tal que la persona no hubiere celebrado el acto jurídico o sólo lo hubiere hecho en condiciones diferentes de no haber existido tal discrepancia entre la realidad y lo sabido.

⁷ La circular menciona la facultad que tienen empleador y trabajador de revisar las condiciones del contrato de trabajo cuando sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica, en virtud del artículo 50 del CST. Específicamente, se mencionó la posibilidad de concertar la modificación del salario y la jornada laboral.

⁸ Esta alternativa se refiere a los beneficios no constitutivos de salario que el empleador entrega por mera liberalidad al trabajador.

⁹ Esta opción planteó la posibilidad de modificar temporalmente de manera concertada los beneficios extralegales pactados mediante una convención colectiva del trabajo o pacto colectivo del trabajo.

No obstante, para demostrar tal yerro, el *onus probandi* le compete a quien lo alega, siendo que los vicios del consentimiento deben estar suficientemente probados en el proceso para que el juez pueda declararlos, tal y como lo ha reiterado bastamente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en la SL572-2018:

"...Frente a los vicios del consentimiento, esta Corporación en su jurisprudencia ha sostenido que no se pueden presumir por el juez laboral sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que "...con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso" (sentencias SL16539-2014, SL10790-2014 y SL13202-2015)."

Ahora bien, en derredor del caso en estudio, resulta pertinente traer a colación los predicamentos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de junio de 1982, con plena vigencia hogaño, respecto de la terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento, en donde sostuvo:

"...En la vida del derecho, el mutuo consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para realizar un negocio jurídico, tiene en principio plena validez. Pero si el consentimiento de alguna de esas personas está viciado por error, fuerza o dolo, el acto es susceptible de invalidación.

Por mutuo acuerdo entre empleador y empleado debe siempre celebrarse el contrato de trabajo. Y en la misma forma puede modificarse o aun extinguirse por resciliación. Pero esta última no exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato. Bien puede una de las partes ofrecerle a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte.

Si quien recibe la oferta decide aceptarla porque la encuentra conveniente para sus intereses, no hay base para sostener que el contrato de trabajo fue roto unilateralmente por el oferente y que hubo una víctima de un obrar contrario a derecho que debe ser indemnizada. Aquella manifestación expresa de uno de los contratantes de aceptar lo ofrecido por su contraparte no puede calificarse como intrínsecamente inválida, puesto que no cabe olvidar tampoco que el error, la fuerza o el dolo no se presumen sino que deben demostrarse plenamente por quien alegue haberlos padecido"

De lo que viene dicho, se infiere que el simple ofrecimiento del empleador de cualquier prebenda, vale decir: una suma de dinero, una futura vinculación o el pago de cursos de capacitación, a cambio de la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, no implica necesariamente que el consentimiento del trabajador no sea consciente, libre y espontáneo, ni que se haya dado bajo constreñimiento, presión, engaño, error o violencia; puesto que tales ofrecimientos son perfectamente válidos en la legislación y la jurisprudencia colombiana, así los mismos se realicen individual o colectivamente, en un recinto abierto o en una oficina a puerta cerrada, por comunicación interna de la empresa o mediante correo. Inclusive, el hecho de indicarle al trabajador una fecha límite para la aceptación de la propuesta tampoco implica un vicio del consentimiento del trabajador, pues a la luz del principio de la autonomía de la voluntad el empleador puede realizar distintos ofrecimientos bajo múltiples condiciones, a la par que el trabajador es libre de aceptar o rechazar los mismos, o inclusive, negociar otros diferentes.

Importa precisar en este ítem, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha discurrido que: *"no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual forma pueden ser aprobadas o desestimadas por este"* (SL-2503-2017). Más aún, si la jurisprudencia ha pregonado que dichas ofertas económicas *"son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones laborales"* (CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 36.728).

Descendiendo al caso concreto, en lo que refiere a los vicios del consentimiento, nótese que la parte actora no allegó ninguna probanza con la cual edifique sus pretensiones, ya que solo se detuvo a atacar el acuerdo de finalización del vínculo laboral con la aseveración de que quien lo suscribió fue una persona distinta de quien aparece relacionado al inicio de tal documento, pues se registró a Fernando Lastra como representante de la demandada y quien lo suscribió es Marcela Vanegas Pinzón como Coordinadora de Gestión Humana, punto al que la a quo le halló la razón, al considerar que el señor Fernando Lastra ejerció como representante legal hasta junio de 2020, es decir, que para la fecha de finalización del contrato (30 de agosto de 2020) no contaba con la calidad de representante legal, y como quiera que, quien suscribe el acta es Marcela Vanegas como coordinadora de gestión humana, quien no ostenta la calidad de representante legal, se presenta error respecto de la persona que a nombre del empleador suscribe el acta; adujo también, que si bien el artículo 32 del CST señala la situación jurídica del representante del empleador, no por ello, puede decirse que la suscribiente del acta actuó en representación del empleador pues no ostenta la calidad de representante legal, sumado a que la señora Marcela Vanegas en su testimonio no dio certeza de quien era su jefe y si estaba autorizada para suscribir tal documento.

En orden a resolver, de entrada, dirá la Sala que la razón está del lado del recurrente, dado que la juez primigenia no le imprimió los efectos propios que se desprenden del artículo 32 del CST, pues descartó la representación del empleador en cabeza de la coordinadora de gestión humana por no ostentar la calidad de representante legal.

Al respecto, el artículo 32 del CST, establece que:

"Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del {empleador}."

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3901-2018, tiene dicho que:

"En el anterior orden de ideas, un administrador hace parte del andamiaje social y operativo de la empresa y, al ejercer la subordinación y control propios del empleador sobre sus trabajadores, simplemente lo representa, pero no lo sustituye en los contratos de trabajo, ni genera algún ente social nuevo. (...)".

Al sub examine fue aportada el acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo (Fol. 30 archivo No 07), y en efecto en su parte inicial aparece el nombre de Fernando Lastra, quien dice actuar como representante legal de la demandada; sin embargo, en la parte final aparece la firma de Marcela Vanegas Pinzón como empleadora, así:

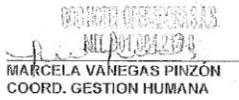
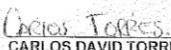
B · O · G · H O T E L

ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO

Entre los suscritos a saber FERNANDO LASTRA, mayor de edad, identificado con la C.E. 307.336, actuando en nombre y representación del BOG HOTEL OPERADORA S.A.S., quien en adelante y para efectos del presente contrato se denominará la EMPLEADORA de una parte y, de otra parte, CARLOS DAVID TORRES GUERRERO, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.015.450.113, domiciliada en la ciudad de Bogotá, obrando en su propio nombre y en su calidad de TRABAJADOR(A); ambas partes con capacidad para contratar, hemos convenido dar por terminado el contrato de trabajo vigente entre las mismas, bajo las siguientes condiciones, consideraciones y acuerdos.

(...)

Para constancia y en señal de aceptación de las condiciones descritas se firma por las partes que han intervenido en dos (2) ejemplares del mismo tenor y valor, en la ciudad de Bogotá D.C., a los 31 días de Agosto de 2020.

POR LA EMPLEADORA	EL(LA) TRABAJADOR(A)
 MARCELA VANEGAS PINZÓN COORD. GESTION HUMANA	 CARLOS DAVID TORRES G. C.C. No. 1.015.450.113

 A MEMBER OF DESIGN HOTELS

Lidia Marcela Vanegas Pinzón se presentó como testigo y manifestó que el Hotel para finales de agosto del 2020 *"tomó la decisión de generar las terminaciones por mutuo acuerdo de ciertos contratos entre ellos estaba el señor Carlos"*, y que al momento de la suscripción estaban presentes los jefes de cada área, la directora administrativa y financiera; que se citaron a los empleados para que conocieran el documento y los conceptos de la liquidación de cada uno; que en el evento de existir alguna duda se *"hablaba"* con la directora financiera y administrativa, pero que en el caso del demandante no presentó ningún reparo; que no estuvo al momento de realizar las liquidaciones, ya que las revisaba su jefe inmediata que lo era la directora financiera y administrativa, pero que hasta donde tiene entendido *"era más o menos la bonificación era igual a la indemnización"*; que tenía conocimiento que en la parte inicial del acta estaba el nombre de Fernando Lastra, pero dijo que *"yo solicité me confirmaran quién la iba a firmar. Me dijeron que la podía firmar yo aunque cómo yo les pregunté, aparecía el señor Fernando, y mi jefe en ese momento pues me dijo que no había ningún inconveniente que lo podía firmar por poder. En ese momento pues mi jefe era la directora financiera y administrativa"*.

De lo expuesto, lo primero que puede colegir la Sala es que, el hecho de que al inicio del acta de conciliación aparezca el nombre del representante legal y quien lo firme sea una persona diferente, en este caso la Coordinadora de Gestión Humana, no genera la nulidad del acto, pues del relato testimonial se extrae que actuó en representación del empleador, y a pesar de que no estuvo presente al momento de realizar las liquidaciones, indicó que sí el trabajador presentaba alguna inquietud o inconformidad debía hablar con la directora financiera y administrativa. En el presente asunto no se puede exigir la *"aquiescencia expresa"* del empleador como lo exigió la a quo, ya que de su dicho se desprende la *"aquiescencia tácita"* al afirmar que, a pesar de que el nombre del representante legal estaba al inicio del acta, preguntó a su jefe y le manifestó que

no había ningún inconveniente al firmar tal documento como coordinadora de gestión humana.

En este punto, es oportuno traer a colación lo discurrido en la sentencia SL636-2013, en la que, en un asunto de similares contornos, la Corte encontró que resultaba válida el acta de terminación del contrato suscrita por el gerente de la sucursal, a pesar de que en el documento en su parte inicial se hacía referencia al representante legal. En esa ocasión la Corte manifestó que:

"El documento en cuestión no perdía su autenticidad por el hecho de que la persona mencionada en su texto como representante legal del banco no lo hubiese rubricado, como equívocamente lo alega el recurrente, si con las firmas en él registradas se podía deducir claramente su autoría.

(...)

De lo anterior se sigue que, una vez logrado el consenso de cara a la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, entre el trabajador y el empleador, ya sea por este directamente o por quien tiene la calidad de representarlo en los términos del artículo 32 del CST, el acuerdo de voluntades se perfecciona y es válido, salvo que falte uno o más de los requisitos establecidos en el artículo 1502 del CC a fin de que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad; es decir, porque falte la capacidad, el consentimiento exento de vicios, el objeto lícito y la causa lícita. Supuestos estos que no son materia de inconformidad por la censura, pues lo que esta alega para desconocerlo es la falta de la firma de quien decía actuar como representante legal de la empresa, en el documento que recoge el acuerdo de finalización del vínculo.

La falta de firma del gerente de gestión humana del banco, para el caso, no tenía la incidencia que el recurrente le quiere dar, ya que tal firma no era un requisito esencial del acto¹⁰, pues, se itera, se trata de un convenio eminentemente consensual; tampoco, en este caso, la falta de la firma en cuestión afectó la validez de la prueba documental donde fue incorporado, como se dejó en claro al resolver el cargo primero".

Extrapolando lo antes dicho con el caso concreto, se tiene que la inconformidad del demandante está fundada en un aspecto netamente formal debido al hecho de que el acta no está firmada por el representante legal que se anuncia en la parte inicial del acuerdo, pero no presenta reparo alguno respecto al acuerdo de voluntades, la capacidad o el consentimiento, además, la firma del representante legal no constituye un requisito esencial del acto, si en cuenta se tiene que quien suscribe la referida acta es la coordinadora de gestión humana de la demandada, persona que actúa en representación del empleador de conformidad con el artículo 32 del CST, hecho que no es desconocido por la encartada y se acompasa con lo expuesto en la referida sentencia SL939-2018, en la que se dejó sentado: "Los empleados de esta categoría se distinguen porque ocupan una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, no están en función simplemente ejecutiva, sino orgánica 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".

De acuerdo a lo anterior, el hecho de que la señora Lidia Martínez Vanegas Pinzón no manifestara de manera expresa el nombre de su jefe inmediata no puede servir de

¹⁰ ARTICULO 1501 DEL CÓDIGO CIVIL. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

fundamento para restarle la validez al acuerdo de voluntades suscrito entre el trabajador y empleador, máxime cuando, se insiste, el actor no ataca la autenticidad del acto o algún vicio en el consentimiento que diera al traste con el acta de terminación por mutuo acuerdo, y la accionada acepta que la firmante actuó en su nombre.

Igualmente, el hecho de que el acta de terminación hubiere sido elaborada o provenga de la entidad demandada, no conlleva a restarle validez o eficacia, y así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia de radicado No 26071 del 4 de abril de 2006, reiterada en la de radicado No 38706 del 16 de octubre de 2012, en los siguientes términos:

"Frente a la circunstancia que las actas las hubiere elaborado la sociedad demandada, basta expresar lo que en otras oportunidades ha reiterado esta Corporación, en el sentido de que "El hecho de que el mencionado documento fuera elaborado por la demandada, no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo".

Es más, de conformidad con la sentencia con radicación No 7712 de 1995 no puede entenderse que para la terminación del contrato por mutuo acuerdo deba el trabajador ser mirado como un objeto que pasivamente se somete a las decisiones del empleador, pues en reconocimiento de su dignidad humana: *"obliga a rechazar cualquier concepción doctrinaria que dé base para concluir que el trabajador no está en condiciones de deliberar en un momento dado si le conviene o no permanecer bajo un determinado vínculo contractual, y mucho menos que tiene la obligación de aceptar cualquier propuesta, por bien intencionada que ella sea, de su patrono, y que no le es lícito discutirla o proponer fórmulas de acuerdo diferentes, bien sea para seguir trabajando o para dejar de hacerlo y terminar por mutuo consentimiento el contrato"*, por ello, las inconformidades planteadas en el libelo incoatorio no puede ahora servir de base para restarle validez a un acto serio y revestido de buena fe.

Sin que sean necesarias más elucubraciones, considera la Sala que habrá de revocarse la decisión de instancia, mediante la cual accedió a la indemnización por despido sin justa causa, para en su lugar, absolver a la demandada de tal pretensión, lo que conduce a que, por sustracción de materia no se realice estudio de petición de indemnización por despido y de la excepción de compensación propuesta en la alzada.

6. Costas. Sin costas en esta instancia por no haberse causado, en la medida en que ambas partes fueron recurrentes. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandante y a favor de la demandada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 05 de diciembre del 2022, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la nulidad del acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y declaró probada la excepción de compensación, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada BOG HOTEL OPERADORA S.A.S. de todas y cada una de las suplicas enarboladas por el demandante

CARLOS DAVID TORRES GUERRERO, de conformidad con la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandante y a favor de la demandada. Tésense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ HELENA CEBALLOS CRUZ
Demandada: FULLER MANTENIMIENTO S.A.
Radicado No.: 23-2021-00374-01
Tema: INDEMNIZACIÓN MORATORIA– APELACIÓN DEMANDADA-CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se acepta la renuncia presentada por la doctora NOHORA ROMERO SALAMANCA, identifica en legal forma, por cumplir con los requisitos de ley.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Helena Ceballos Cruz instauró demanda ordinaria contra Fuller Mantenimiento S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre 1° de septiembre del 2011 al 15 de abril de 2019 y, en consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de salarios, cesantías y sus intereses, primas de servicio, vacaciones, aportes a pensión, indemnización moratoria y por despido sin justa causa, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que mantuvo una relación laboral con la demandada desde el 1° de septiembre del 2011 al 15 de abril de 2019, desempeñando el cargo de operaria y recibiendo como contraprestación la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Refirió que el contrato de trabajo finalizó debido al incumplimiento de su empleador en el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaAnexos).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, a excepción de lo relativo sobre la existencia de la relación laboral y del contrato de trabajo suscrito por las partes a término fijo. Refirió que el no pago de las acreencias laborales obedece a la crisis financiera que atraviesa la compañía desde el 2018 y que a la fecha la tiene en cesación y quiebra. Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 3°, 6° y 8°, parcialmente el 5° y 7° y, respecto a los demás señaló no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, situación económica de la compañía, buena fe empresarial, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 10ContestaciónFuller).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de febrero de 2023, en la que el fallador declaró que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo que inició el 1º de septiembre del 2011, con vigencia inicial hasta 29 de febrero de 2012, el cual se prorrogó y finalizó 15 de septiembre de 2019. En tal virtud, condenó a la demandada a pagar a favor de la actora cesantías y sus intereses, primas de servicio, vacaciones, aportes a pensión, intereses moratorios y costas del proceso.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que no existía mayor discusión en torno a la existencia de la relación laboral entre las partes, sus extremos, salarios y cargo, pues así fue aceptado por la pasiva al dar respuesta a la demanda. Atinente al reclamo de prestaciones sociales y vacaciones, sostuvo que no evidenciaba medio de convicción tendiente a demostrar su pago, lo que imponía su condena.

Tal suerte corrió la indemnización moratoria pretendida, en tanto que estimó que si bien la encartada aportó resolución 2022-01-812836 del 18 de noviembre de 2022, mediante la cual se decretó la apertura de proceso de liquidación judicial de la empresa, hecho y situación jurídica a partir de la cual se pretende justificar eventualmente la mora en el incumplimiento de las obligaciones laborales; no obstante, dijo que con anterioridad a ese evento, no existe medio de convicción alguno que justifique la omisión a los deberes legales de carácter laboral por la pasiva, de ahí que debía acceder a su condena.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la **demandada** formuló recurso de apelación esgrimiendo que con la contestación de la demanda se aportó análisis del estado financiero que ostentaba la empresa desde el año 2018, mismo que se encuentra de forma resumido en la resolución de liquidación judicial por parte de la Superintendencia de Sociedades, donde se detalla con precisión la crisis económica de la empresa. Refirió que para el año que la actora finalizó el contrato de trabajo de manera voluntaria, la compañía reportaba pérdidas económicas, situación que hizo imposible cumplir con el pago de prestaciones sociales al momento del finiquito del laborío.

Adujo que no obró de mala fe al no pagar las prestaciones sociales de la trabajadora, máxime cuando intentó adquirir créditos y flujo de capital para cancelar todas sus obligaciones, acciones que derivaron en pérdidas mayores a las que se tenían proyectadas, de ahí que no debía imponerse el pago de la indemnización moratoria.

5. Alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por la recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, para condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por no ser recurrido por las partes que entre Luz Helena Ceballos Cruz y Fuller Mantenimiento S.A., existió una relación laboral, con vigencia entre 1º de septiembre del 2011 al 15 de abril de 2019. Tampoco es objeto de controversia su modalidad o duración, el salario devengado y la labor de operaria que desarrolló. Ni que

en virtud del citado nexo contractual se adeuda a la actora cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones en la forma y cuantía determinada por el juez primigenio.

4. Indemnización moratoria. La cesura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió el cognoscente de primer grado al inferir la existencia de mala fe del empleador en la no solución de acreencias laborales a favor de la actora.

Frente a lo ello cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria, sin embargo, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, la misma no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que la buena fe del empleador ante el incumplimiento en el pago de prestaciones sociales que puede dar lugar a la moratoria debe ser analizada de acuerdo a las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, pues, es a partir de allí que se imparte la condena, según los presupuestos anotados.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe al no pagar prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral, de allí que le asista razón al sentenciador de primer grado cuando impuso su condena, al considerar que el deudor moroso no demostró que su obrar hubiese estado ceñido a la buena fe, pues es claro que sobre este tópico ningún medio de prueba arrimó.

Lo anterior, además, porque contrario a lo esgrimido por la censura, si bien se indicó que para el momento en que feneció el vínculo laboral con la actora se encontraba en incapacidad de pagar las prestaciones sociales dado a que se encontraba atravesando una deficiencia económica, que generó con posterioridad la iniciación del proceso de liquidación judicial, la conclusión no sería distinta, pues es claro que tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, en tanto que, como ya lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, *"aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo."*(SL16884-2016)

De ahí que no sea factible predicar la buena fe de la sociedad demandada, como lo sugiere la recurrente, a lo que se suma que, aunque la empresa se encuentra en proceso de liquidación judicial, tal situación inició el pasado 18 de enero de 2022 y no al momento del finiquito de la relación que aconteció el 15 de abril de 2019, evidenciándose de ello que pasaron entre una y otra fecha más de 2 años, lo que permite concluir, contrario a lo esbozado, que la finalización del nexo contractual la conducta de la empleadora no fue la

de pagar inmediatamente las acreencias laborales de su trabajadora, demostrándose con ello, una conducta desprovista de buena fe.

Así las cosas, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que le asiste razón al sentenciador de primer grado al imponer su condena, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de que la conducta del empleador fue provista de buena fe al no cancelar prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral que ató a las partes, toda vez que las razones dadas por la encartada lejos están de tenerse en cuenta para los efectos que pretende.

Con todo lo anterior, no se observa el yerro atribuido a la decisión que tomó la A quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar su decisoria.

5. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Fuller Mantenimiento S.A. y a favor de la actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Fuller Mantenimiento S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

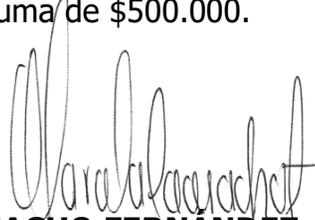
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Fuller Mantenimiento S.A. en la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA CONSUELO CARDONA SASTOQUE
Demandado: WBALDO ROA ROA COMO PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO PELUQUERÍA IN NY
Radicado No.: 29-2019-00450-01
Tema: INDEMNIZACIÓN MORATORIA- APELACIÓN ACTORA-CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Consuelo Cardona Sastoque instauró demanda ordinaria contra Wbaldo Roa Roa como propietario del establecimiento de comercio Peluquería IN NY, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre 4 de junio del 2014 al 1° de marzo de 2019, el cual fue finalizado sin justa causa por el empleador. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de cesantía y sus intereses, primas de servicio, vacaciones, dotaciones, trabajo suplementario, aportes a pensión, sanción por la no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, moratoria y por incapacidad permanente parcial, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó sus servicios personales a favor del demandado bajo continuada dependencia y subordinación, desde el 4 de junio del 2014 al 1° de marzo de 2019, realizando la labor de estilista integral en el establecimiento de comercio denominado "LA PELU2", dedicado a actividades de peluquería y tratamiento de belleza. Indicó que recibió como contraprestación a sus servicios la suma de \$3.000.000, además, su empleador se abstuvo de cancelar prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, págs. 20 a 27).

2. Contestación de la demanda. A través de curador ad litem contestó demanda, sin oposiciones ni allanamiento a las pretensiones esbozadas en esta. Respecto de los hechos señaló ser parcialmente cierto los enlistados en los numerales 6° y 10° y frente a los demás dijo no ser ciertos o constarle. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó falta de documentación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 11ContestaciónDemandaCurador).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de febrero de 2023, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo desde 31 de diciembre de 2014 al 1° de marzo de 2019, devengando como último salario la suma de \$3.000.000. En tal virtud, condenó al demandado a pagar a favor de la actora

cesantías y sus intereses, primas de servicio, vacaciones, aportes a pensión, indexación y costas del proceso.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía proponerse verificar si entre las partes existió un vínculo laboral y como consecuencia de ello, si se le adeuda las acreencias solicitadas. Con tal propósito, tras citar los artículos 23 y 24 del C.S.T. y valorar los medios de prueba allegados al proceso, dedujo su existencia a partir de la certificación laboral que expidió el demandado y del testimonio practicado en el plenario, medios de convicción que daban cuenta de la debida prestación del servicio de la demandante a favor del convocado a juicio, quien no infirmó la presunción de subordinación que opera en su contra, luego debía declarar la existencia del contrato de trabajo.

Atinente al reclamo de prestaciones sociales y vacaciones, sostuvo que no evidenciaba medio probatorio tendiente a demostrar su pago, lo que imponía su condena. Frente a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., así como la sanción por no consignación de cesantías pretendidas, estimó que de cara a las inconsistencias presentadas en la documental que se aportó y lo dicho en la demanda respecto de los extremos del contrato de trabajo indicados por la trabajadora, impedía su condena, a lo que sumó que el encartado actuó de buena fe, toda vez que tuvo la firme convicción de que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios entre las partes.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que la indemnización moratoria y sanción por la no consignación de cesantías, si bien no se deben imponer de forma automática, consideró que en el proceso no existe medio de persuasión que justifique al empleador, el impago de las cesantías durante la vinculación laboral y las prestaciones sociales al momento en que finalizó la misma, por tanto, resultaba imperativo ordenar su pago.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandante en sus alegatos de conclusión solicita que se revoque la decisión de instancia y se acceda al pago de las indemnizaciones pedidas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por la recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, para no condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por no ser recurrido por las partes que entre María Consuelo Cardona Sastoque y Wbaldo Roa Roa como propietario del establecimiento de comercio Peluquería IN NY, existió una relación laboral, cuya vigencia tuvo lugar entre 31 de diciembre de 2014 al 1º de marzo de 2019. Tampoco es objeto de controversia su modalidad o duración, el salario devengado y la labor de estilista que desarrolló. Ni que en virtud del citado nexos contractual se adeuda a la actora cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones en la forma y cuantía determinada por la juez primigenia.

4. Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías. La cesura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió la cognoscente de primer grado al inferir la existencia de buena fe del empleador en la no solución de acreencias laborales a favor de la actora.

Frente a lo ello cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que, contrario a lo colegido por la A quo, no existe ninguna razón para entender que el actuar del demandado estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso dan cuenta, sin mayores discusiones, que el dador del laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la promotora del proceso a su favor, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala avalar la exoneración al enjuiciado de las sanciones que persigue la parte actora.

A lo anterior se suma que las sanciones moratorias no están condicionadas a si la actora erró al indicar en la demanda los extremos temporales de la relación laboral que se suscitó con el demandado, pues, resulta imperativo recordar que su procedencia está atada al no pago de prestaciones sociales y salarios y si el deudor tuvo alguna razón que justificará el no pago, lo que no ocurrió, como quedó visto; luego forzoso resulta para la Sala revocar sobre este aspecto la decisoria de la Juez primigenio y, por consiguiente, entrar a cuantificar las indemnizaciones citadas:

5.1. Indemnización moratoria - ponencia compartida – Liquidación. Se condenará al demandado al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que el libelo demandatorio se presentó por dentro de los 24 meses de finalizada la relación (acta de reparto del 22 de julio de 2019), en consecuencia, se deberá condenar al encartado a pagar a favor de la señora María Consuelo Cardona Sastoque el valor de **\$100.000**, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el **2 de**

marzo de 2019 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el **2 de marzo de 2021**, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a **\$72.000.000** y a partir del mes 25, es decir, desde el **3 de marzo del mismo año**, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago por concepto de prestaciones sociales se verifique efectivamente.

Indemnización moratoria					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Moratoria
\$ 3.000.000	2/03/2019	2/03/2021	\$ 100.000,00	720	\$ 72.000.000

5.2. Sanción por la no consignación de las cesantías. Sobre su liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la Corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$32.909.281**.

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTÍCULO 99, LEY 50 DE 1990						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTAL MORATORIA
2014	\$ 616.000	15/02/2015	31/12/2015	\$ 20.533	316	\$ 6.488.533
2014	\$ 644.350	1/01/2016	14/02/2016	\$ 21.478	44	\$ 945.047
2015	\$ 644.350	15/02/2016	31/12/2016	\$ 21.478	316	\$ 6.787.153
2015	\$ 689.455	1/01/2017	14/02/2017	\$ 22.982	44	\$ 1.011.201
2016	\$ 689.455	15/02/2017	31/12/2017	\$ 22.982	316	\$ 7.262.259
2016	\$ 737.717	1/01/2018	14/02/2018	\$ 24.591	44	\$ 1.081.985
2017	\$ 737.717	15/02/2018	31/12/2018	\$ 24.591	316	\$ 7.770.619
2017	\$ 781.242	1/01/2019	14/02/2019	\$ 26.041	44	\$ 1.145.822
2018	\$ 781.242	15/02/2019	1/03/2019	\$ 26.041	16	\$ 416.662
TOTAL SANCIÓN						\$ 32.909.281

6. Indexación. Ante la procedencia de la indemnización moratoria no habrá lugar al pago de la indexación de las sumas por concepto de prestaciones sociales. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019.

7. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 5° de la sentencia proferida el 15 de febrero del 2023, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para condenar al demandado **WBALDO ROA ROA**, como propietario del establecimiento de comercio **Peluquería IN NY** a pagar a favor de la actora los siguientes valores:

- Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$100.000** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde **2 de**

marzo de 2019 hasta el **2 de marzo de 2021**, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a **\$72.000.000** y a partir del mes 25, es decir, desde el **3 de marzo de 2021**, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago por concepto de prestaciones sociales se verifique efectivamente.

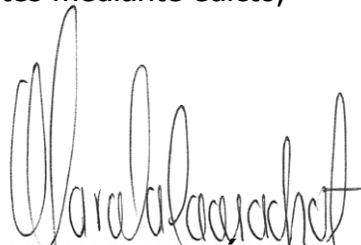
b) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **\$32.909.281**.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 4° de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** al demandado únicamente al pago de la indexación de las sumas arrojadas por concepto de vacaciones, teniendo como IPC inicial el 2 de marzo de 2019 y como IPC final al momento de su pago.

TERCERO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Salva voto parcial)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

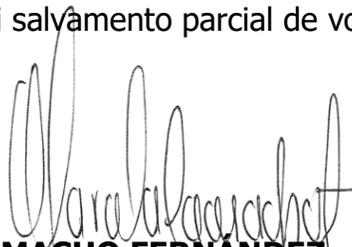
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CONSUELO CARDONA SASTOQUE CONTRA WBALDO ROA ROA COMO PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO PELUQUERÍA IN NY. (RAD. 29-2019-00450-01)

M. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN Y M. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito salvar de manera parcial mi voto en relación con la decisión adoptada por la mayoría frente a la forma de calcular la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., pues sobre este aspecto debió acogerse la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, según la cual *"el trabajador mantiene intacto su derecho a la indemnización moratoria si dentro de los 24 meses siguientes a la ruptura de su nexó contractual reclama por la vía ordinaria el pago de sus acreencias insolutas, toda vez que con ello cumple con el propósito que llevó al Legislador a plantear la reforma, es decir, evitar un reclamo judicial tardío con el fin de recibir una cuantiosa suma de dinero."*

Bajo ese entendimiento, si en el presente caso se presentó la demanda dentro de los 24 meses de finalizada la relación laboral, lo cual aconteció el 22 de julio de 2019, debió ordenarse al encartado a pagar a favor de María Consuelo Cardona Sastoque el valor de **\$100.000** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el **2 de marzo de 2021** (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta que se efectúe el pago total de las prestaciones sociales adeudadas y no como lo consideró la Sala Mayoritaria que a partir del mes 25 los intereses moratorios sobre el monto dejado de cancelar por dicho concepto, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

En los anteriores términos dejo plasmada mi salvamento parcial de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JOSÉ MIGUEL DÍAZ GALINDO
DEMANDADO: AVIANCA S.A.
RADICACIÓN: 110013105-027-2018-00423-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: RECONOCIMIENTO DE BENEFICIOS CONVENCIONALES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JOSÉ MIGUEL DÍAZ GALINDO instauró demanda ordinaria contra AVIANCA S.A., con el fin de que se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la nivelación salarial desde julio 1 de 2015, fecha en la cual comenzó a regir la convención colectiva de trabajo (2015-2020), conforme la cláusula 36 pactada entre el SINTRA, SINDITRA y AVIANCA S.A. Al reconocimiento del pago de salarios, prestaciones sociales, primas, vacaciones e intereses que se deriven de la nivelación salarial.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar en AVIANCA S.A., desde el 16 de junio de 1989 en el cargo de Despachador Nivel 4, Se afilió al sindicato SINTRA desde el 3 de febrero de 2003. Afirmó que desde el año 2005 en acuerdo convencional (2005-2010), se pactó una cláusula llamada AUXILIO EXTRALEGAL ESPECIAL Y AUXILIO EXTRALEGAL, beneficios que se mantuvieron en la convención colectiva vigente para los años 2010-2015 cláusula 132 y 133. Señala que en el año 2015 se convierten esos auxilios convencionales en salario mediante la figura de nivelación salarial, en la convención vigente para los años 2015-2020. A su juicio advierte que dicha situación es discriminatoria y que la mesa de negociación, a pesar de ello, no tiene en cuenta dicha advertencia de carácter jurídico. Adicionalmente indica que recibió una compensación en dinero de veinte millones por así haberse pactado en la convención vigente para los años 2015-2020. En la reforma a la demanda que fuere aceptada por el a quo, la parte actora adiciona su escrito solicitando se haga un cruce de cuentas con el bono recibido por la suma de veinte millones de pesos con los dineros que posiblemente llegue a obtener en el resultado del proceso.

2. Contestación AVIANCA S.A. Al contestar la demanda se opone a las pretensiones, aduciendo que la cláusula 36 de la convención colectiva no es discriminatoria, es una nivelación salarial para los trabajadores en tierra, situación completamente ajena a la eliminación de los auxilios extralegales que contenían las cláusulas 132 y 133, que fue pactada en el marco de una negociación colectiva en ejercicio de la libertad contractual. Aunado a lo anterior señala que la exclusión de los despachadores no fue un acto discriminatorio pues también se excluyeron de esa nivelación salarial el personal técnico, pilotos y auxiliares de vuelo en razón a que dichos cargos, cuentan con un

tratamiento diferente en cuanto a sus ascensos y aumentos, los despachadores cuentan con el sistema de escalafones. En su defensa informa que no es procedente la nivelación salarial pues la exclusión de las cláusulas 132 y 133, pactada en la mesa de negociaciones dieron origen a un acuerdo del pago de un bono único especial por la suma de veinte millones de pesos, sin que exista desmejora en los beneficios extralegales del actor.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de abril del 2023, en la que la juez de instancia negó las pretensiones y declaró probadas las excepciones de IMPROCEDENCIA DE LA NIVELACIÓN SALARIAL, COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y condenó en costas a la parte actora.

Determinó como problema jurídico, establecer si la jurisdicción laboral tiene competencia para ordenar la aplicación de una cláusula convencional a trabajadores no incluidos en la misma por considerarse discriminatoria. Para tomar su decisión, indicó que, en primer término, no era objeto de disenso la existencia de la relación laboral, el cargo y la afiliación del actor al sindicato de la empresa, como tampoco hubo discusión frente a su derecho a los beneficios convencionales establecidos en la convención vigente para los años 2015-2020; hechos que igualmente se encuentran probados con la documental aportada al proceso.

Al respecto precisó que, conforme a la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso, lo pretendido es modificar una cláusula convencional por considerarla discriminatoria. Al respecto señaló que la convención colectiva es intangible y constituye un convenio especialísimo que deriva de la facultad normativa que otorga el derecho al trabajo y la constitución política a las organizaciones de trabajadores que les permiten regular las condiciones laborales, constituyéndose en fuentes de derecho que son protegidas legalmente y solamente pueden variarse a través de los causes normativos o a efectos de la revisión, apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 4545 de 2019. Afirmó que, en la etapa de negociación colectiva, las partes discuten no solamente el derecho de los trabajadores de beneficios superiores establecidos en la ley, sino la viabilidad del empleador de cumplir con dichas obligaciones, que una vez plasmadas en la convención colectiva, se convierten en obligatorias para las partes, por lo que en esta etapa es donde se deben discutir tales acuerdos. La forma adecuada para modificar una cláusula que se considera discriminatoria es a través de la denuncia para que inicie el proceso de negociación y así lograr su modificación. Lo pretendido desborda la competencia de esta jurisdicción conforme el artículo 3 del C.P.T. y de la S.S.

4. Impugnación y límites del ad quem. Presentó recurso de alzada la parte demandante, preguntándose si la autonomía de la voluntad de las partes está sobre derechos fundamentales como la igualdad y primacía de la realidad. Señala que los convenios entre empresarios y sindicatos no deben ser absolutos pues no deben vulnerarse derechos y principios fundamentales conforme lo establece la Constitución Política. Lo anterior en razón a que, en las cláusulas 36 y 143 de la Convención Colectiva 2015-2020 dejaron en evidencia su intención de ocultar el principio de la primacía de la realidad, esto es, ocultar la discriminación salarial, reconociendo un bono \$20.000.000.oo a los despachadores e igualarlos al grupo de auxiliares de vueltos y pilotos cuando estos últimos no recibieron los auxilios convencionales que se convirtieron en salario. Trae a colación la sentencia T-069 de 2015, en la que se previene a AVIANCA para que al celebrar pactos o convenciones colectivas, se abstenga de fijar condiciones de trabajo discriminatorias, que como en este caso vulneran el derecho a la igualdad, situación que se originó a partir de unos auxilios

convencionales que se venían reconociendo, mutando a salario, desconociendo este derecho.

5. Alegatos. La parte actora solicita sea revocada la decisión de primera instancia y en su lugar se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los beneficios del artículo 36 de la convención colectiva de trabajo por considerar que es discriminatoria y por ende que se le nivele su salario teniendo en cuenta dicho beneficio.

Por su parte Avianca pide se confirme la decisión en la medida que lo que se presente es un aspecto netamente económico y no es dable ordenar la modificación de una cláusula convencional por el querer del actor. Aunado a ello indica que el actor no es beneficiario del citado artículo convencional toda vez que su cargo, como los pilotos y auxiliares de vuelo fueron excluido por gozar de otros beneficios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problemas jurídico: Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿Debe aplicarse el artículo 36 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 2015-2020 por considerarse discriminatorio al actor? En caso positivo, (ii) ¿Le asiste al demandante el derecho al pago de las diferencias salariales y reliquidación de prestaciones sociales y demás acreencias laborales?

3. Aplicación de la Cláusula 36 de la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2020. Para entrar a determinar si la decisión de primera instancia se encuentra conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales aplicables al caso, se ha de tener en cuenta lo siguiente:

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, cargo y la condición de beneficiario de las prerrogativas convencionales del actor, situaciones fácticas que fueron no solo aceptadas por la demandada en su contestación, sino también se logran corroborar con la documental aportada al proceso.

Se aportó al plenario la Convención Colectiva de Trabajo, cuya cláusula 36 en su tenor literal dispone:

"Nivelación salarial trabajadores de tierra. La empresa reconocerá exclusivamente a los trabajadores de tierra afiliados al 30 de junio de 2015 a los sindicatos SINDITRA y/o SINTRA, excepto al personal Técnico Despachadores, Auxiliares de Vuelo y Pilotos por una sola vez, el 1 de julio de 2015, una nivelación salarial de QUINIENTOS CINCO MIL CIENTO SESENTA Y SIETE PESOS (\$505.167) sobre el salario de cada trabajador vigente al 30 de junio de 2015.

Para ser beneficiario de esta nivelación, se requiere además de estar afiliado al 30 de junio de 2015, a los sindicatos Sinditra y/o Sintrava, figurar en la relación de trabajadores a quienes se les realizó el descuento sindical para Sintrava y/o Sinditra por el departamento de nómina, en uno de los dos últimos meses anteriores a la fecha antes indicada"

Tal como lo hicieron ver las partes en litigio, efectivamente la cláusula establece una exclusión de ciertos trabajadores, entre otros, los Técnicos Despachadores, cargo que es ejercido por el demandante como se probó en el plenario. Siendo de esta manera claro que no es beneficiario de tal prerrogativa convencional, pues la cláusula es clara en determinar los requisitos que deben cumplir para su reconocimiento, no encontrándose su cargo incluido para aplicar esta nivelación salarial.

Se ha de precisar que la nivelación salarial que surge por lo establecido en el artículo el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7º de la ley 1496 del 2011, que establece que: "*A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127*", no es aplicable al caso, pues no se probaron los fundamentos legales y fácticos en el proceso, máxime cuando en la cláusula no se dispuso que trabajadores que desempeñaran el cargo del actor (Técnico Despachador), devengaran el beneficio establecido en la cláusula 36 de la Convención Colectiva vigente para los años 2015-2020.

No obstante, como quedó plasmado el problema jurídico, se debe determinar entonces, si hay lugar a ordenar la aplicación de la cláusula convencional por ser discriminatoria, al haber dejado por fuera de tal beneficio a los trabajadores que desempeñen los cargos de Técnicos Despachadores, Auxiliares de Vuelo y Pilotos.

Al respecto, el artículo 3 del C.P.T. y de la S.S. dispone:

ARTICULO 3o. EXCLUSION DE LOS CONFLICTOS ECONOMICOS. La tramitación de los conflictos económicos entre {empleadores} y trabajadores se continuará adelantando de acuerdo con las Leyes especiales sobre la materia.

En este tipo de conflictos económicos o de intereses lo que se busca es crear nuevas o mejores condiciones de trabajo a las que ya existen, por lo que son ajenos a la jurisdicción laboral del trabajo, ya que los jueces se deben limitar a aplicar la ley existente. Al respecto se resaltan apartes de la sentencia SL891-2017 Radicación 69721 Magistrado ponente JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN.

"Sobre el particular, esta Sala en sentencia CSJ SL, 11 dic 2007. RAD. 33357, dijo: Esta Sala ha explicado la diferencia entre los conflictos jurídicos y los económicos en los siguientes términos: "Como bien lo han reiterado de tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, el conflicto jurídico se refiere a la interpretación, o Radicación n.º 69721 14 aplicación de una norma preestablecida en la ley, en la convención colectiva, en el pacto colectivo, en el laudo arbitral, en el reglamento interno de trabajo, en el contrato individual o en cualquiera otra fuente formal de derecho. "En el conflicto económico o de intereses se buscan nuevas o mejores condiciones de trabajo a las existentes, por cuanto normalmente se considera que ha variado la situación económica y social anterior. Este conflicto es ajeno a la jurisdicción del trabajo por cuanto los jueces deben limitarse a aplicar la ley preexistente. "Estos lineamientos de carácter doctrinal encuentran su consagración legal en el artículo segundo del Código Procesal del Trabajo (Decreto 2158 de 1948), cuando dispone expresamente que de los conflictos jurídicos originados directa o indirectamente en un contrato de trabajo conoce la justicia laboral y en cambio, por expresa prohibición del artículo tercero del mismo Código, no tienen competencia para conocer de los conflictos económicos que se

continuarán adelantando directamente por los patronos y trabajadores hasta llegar a un acuerdo final a través de la convención colectiva de trabajo y, en casos especiales dirimidos por los tribunales de arbitramento obligatorio. "Esos tribunales por mandato legal (art. 458 C.S del T.) deben decidir sobre los puntos Radicación n.º69721 15 respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en la etapa de arreglo directo y su fallo no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes, o las convenciones colectivas vigentes" (Sentencia de homologación de la Sección Segunda del 9 de febrero de 1994. Radicación 6628)."

En tal sentido, las leyes especiales sobre la materia a que se refiere la norma en cita, en el caso que nos ocupa, no son otras que las relativas a la naturaleza del conflicto colectivo del trabajo, las convenciones colectivas de trabajo y su fuerza normativa. Así, la Constitución y la ley promueven la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores como un instrumento para la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo y empleo y, la reivindicación de los derechos de los trabajadores, razón por la cual la negociación colectiva es uno de los ejes centrales de la libertad sindical junto con el de asociación y huelga. (art. 55 CP; Convenio 154 OIT y 432 a 436 CST).

En este sentido, al presuponer la esfera de la negociación colectiva una contraposición de intereses al interior de las relaciones del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular de manera expresa y detallada el trámite que deben cumplir los actores del conflicto laboral con el propósito de lograr su solución. En efecto, el Código Sustantivo Laboral establece el agotamiento de la etapa de arreglo directo (art. 432 a 436), lo concerniente a la eventual declaratoria y desarrollo de la huelga (art. 444 a 449), el procedimiento de arbitraje (art. 452 a 461) y la suscripción de la convención o pacto colectivo (título III, capítulos I y II). Es decir, existe un campo especial establecido legalmente, para que las partes, trabajadores y empleadores puedan negociar o pactar beneficios que van más allá de la ley y que deben, al momento de plasmarse en la Convención Colectiva cumplirse por ser ya una fuente formal de derechos y obligaciones, caso en el cual, no da lugar a discusión de su aplicación en casos particulares, como lo pretende la parte actora, pues todos sus argumentos van encaminados a buscar una discusión frente a si la cláusula 36 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 2015-2020 es discriminatoria, pues exceptuaron del beneficio allí contemplado a los Despachadores, cargo desempeñado por el actor.

Igualmente se puede decir de los argumentos del promotor de la litis, en cuanto a que los beneficios convencionales a que tenía derecho, dispuestos en convenciones anteriores a la vigente entre 2015-2020, cuando indicó que las cláusulas 132 y 133 llamadas AUXILIO EXTRALEGAL ESPECIAL Y AUXILIO EXTRALEGAL a partir del 2015 pasaron a ser salario mediante la figura de nivelación salarial. Como se ha indicado, en la convención colectiva de trabajo se plasma la voluntad de las partes y por tanto son ley para ella, no siendo competencia del juez entrar a disponer lo contrario a lo pactado por las partes. Amen que las partes en la misma convención acordaron por la eliminación de los auxilios extralegales, el pago de un "bono único especial" por valor de \$20.000.000.oo. En cuanto a la nivelación salarial, las personas que se desempeñan como Técnicos Despachadores cuentan con el sistema de escalafón para poder ascender y aumentar su ingreso salarial.

No es de resorte entonces, del juez de primera instancia, entrar a establecer si es o no discriminatoria la cláusula en comento, pues existen los mecanismos legales para tal fin.

En ese horizonte, sin que haya más por decir, basten las anteriores razones para impartir confirmación al fallo confutado.

4. Costas. A cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

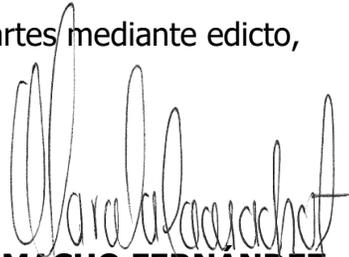
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de abril del 2023, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en el presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandada y a cargo de la demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

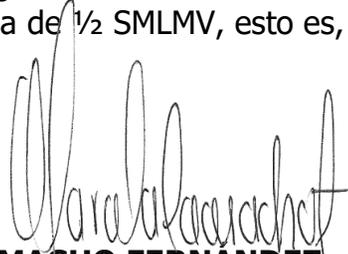


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **AVIANCA S.A.** y a cargo de la demandante en la suma de 1/2 SMLMV, esto es, \$580.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada