

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2017 00554 01.
DEMANDANTE: GREGORIO DUARTE VILLALOBOS.
DEMANDADO: CENTRAL COOPERATIVA DE SERVICIOS
FUNERARIOS - COOPSERFUN.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad, el 6° de agosto de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de abril de 1995. En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar y pagar las prestaciones sociales, los aportes parafiscales y a la seguridad social teniendo todos los factores devengados, la indemnización legal por mora, lo que se pruebe *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró a partir de 24 de abril de 1995 presta sus servicios a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, primero como conductor y asesor externo de servicios funerarios en las sedes de Olivos o Candelaria, luego desde el 2005 como conductor tanatólogo. Señala que la accionada le ha cancelado mensualmente y en la segunda quincena, se le otorga una bonificación por embalsamamientos, llamado por la empresa beneficio grupal temporal y no

prestacional por productividad, la cual oscila entre \$1.092.097 y \$1.298.382, la cual no ha sido tenido en cuenta a efectos de liquidar las prestaciones sociales, por tanto, no ha consignado como corresponde las cesantías a un fondo, los parafiscales y los aportes a seguridad social (f.º 285 a 290).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia del vínculo laboral a partir de 24 de abril de 1995, el pago periódico del beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad. Frente a los demás, adujo no ser ciertos.

En su defensa, propuso la excepción previa de prescripción y las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, la inexistencia de derechos por parte del demandante, la prescripción de las acciones, el cobro de lo no debido, la buena fe, la falta de título y causa, así como las demás declarables de oficio (f.º 308 a 330.).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6º de agosto de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones (f.º 509 y 510).

En sustento de su decisión, indicó que que las partes acordaron un pacto de exclusión salarial de las bonificaciones y el demandante no demostró que estos pagos retribuyeran directamente la prestación personal del servicio, pues confesó que todos los trabajadores recibían el mismo monto. Consideró que los pagos se determinaban de manera grupal y conforme a la calificación del servicio por parte de los clientes.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al indicar que el juzgado pasó por alto la función del accionante dentro de la

demandada, además que cada gerente le dio una denominación distinta a la bonificación y, si bien es cierto, en algunas oportunidades no le fue cancelada, ello no desvirtúa la habitualidad.

Alegó que la bonificación retribuyó la prestación del servicio como tanatólogo conforme al manual de funciones de la empleadora, en aplicación de la técnica de embalsamamiento con la excelente preservación y presentación del fallecido, así como demás asuntos relacionados con el manejo directo del muerto. Arguyó que sus funciones distan mucho de las realizadas por la fuerza de ventas, que deben cumplir unas metas o el personal administrativo.

Sostuvo que la bonificación no es un regalo, tampoco una gratificación de la demandada, sino la retribución a su gestión operativa frente al fallecido que le es llevado a su sitio de trabajo, lo que derrumba las consideraciones de la sentencia, pues su gestión no está sometida a metas y depende del cumplimiento de otras áreas. Preciso al punto que no es lógico que quien sometido al contacto directo de los cuerpos en descomposición tenga que dejar su sitio de trabajo para ir a cumplir procesos de productividad y comercialización.

Dijo que hay una contradicción jurídica, como quiera que el pago cambió de denominación muchas veces, el cual después quedó consignado que de ahí en adelante sí sería constitutivo de salario. Alegó que firmó un contrato y otro sí, porque la demandada se lo impuso, pues de no hacerlo perdería el empleo y aunque el despacho les dio relevancia, esas cláusulas resultan ineficaces y contrarias a la ley, dada que le resta naturaleza salarial a los pagos, lo que resulta imposible desconocer que le fueron pagadas bonificaciones durante todo el vínculo que tenían carácter salarial.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar si el pago realizado por la demandada al trabajador denominado incentivo de productividad, es constitutivo de salario, en caso afirmativo, se dilucidara la procedencia de la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social.

Se encuentra la margen de la discusión en esta instancia, que el actor presta sus servicios personales a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir de 24 de abril de 1995, inicialmente en el cargo de asesor externo deservicios funerario y luego como tanatólogo, lo cual también se verifica con el contrato de trabajo de folios 2 y 3, así como los certificados laborales de folios 261 y 262.

Sobre el punto en discusión, se advierte que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte; como primas, sobre sueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras; valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Conforme a los preceptos legales enunciados, se concluye que es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como*

contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

Por tal motivo, no es válido para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial de un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, así lo ha considerado también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en radicado n.º 39475, 13 jun. 2012, reiterada en SL12220-2017, en donde indicó que: *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»*

Paralelamente, la misma Corporación en sentencia radicado n.º 35771 de 1º feb. 2011, acerca de los pactos no salariales, puntualizó:

Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

Al amparo de lo expuesto, en el presente asunto conforme a los desprendibles de nómina de folios 15 a 25, entre el 15 de diciembre de 1999 y el 30 de septiembre del año 2.000, cuando el demandante prestó

servicios en el área de transporte en el cargo de conductor, dentro de los factores devengados se relacionaba el salario básico, el auxilio de transporte y el incentivo por ventas. A partir de la primera quincena de noviembre del año 2.000 y hasta el 31 de octubre de 2006, en el aparte de servicios prestados, además se *incluyó* el de tanatología y también dentro de los devengos el ítem “*embalsamamientos*” por concepto del cual de manera habitual en cada quincena, el accionante recibió distintas sumas de dinero (f.º 26 a 102).

Luego, según documentos de folios 103 a 177 y 230 a 235, al promotor del juicio a partir del mes de mayo de 2007 y hasta mayo de 2013, de forma habitual, le fue cancelado el concepto “*bonificación por producción por embalsamamientos*”. A partir de junio de 2013 y hasta julio de 2014, la denominación cambió a “*Bonificación ML*” (f.º 178 a 191), asimismo, se verifica que en la primera quincena de octubre de 2015, se observa que el concepto incluido se denominó “*beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad*” el que se mantuvo hasta septiembre de 2017 (f.º 194 a 219 y 237 a 239).

Igualmente, se corrobora que las partes al suscribir el contrato de trabajo pactaron que las primas extralegales, las bonificaciones y cualquier otro concepto no tendrían incidencia prestacional, por ello, no formarían parte de la base para liquidar las prestaciones sociales (f.º 2). Que para el 28 de febrero de 2005, la demandada comunicó al actor que debido a que no se alcanzaron las metas de prestación de servicios particulares y que la empresa perdió durante el año 2004 su participación en el mercado de la ciudad de Bogotá, se requería la “*decidida y acostumbrada participación*” para cumplir las metas propuestas para el año 2005, precisando el documento que para tener claridad sobre la forma de liquidar los incentivos mensuales originados en el cumplimiento de las metas de servicios, anexaba nueva tabla, la cual indica para el cargo de tanatólogo la suma de \$7.500 por embalsamamiento (f.º 252 a 254).

Mediante otro sí al contrato, acordaron que a partir de 1º de julio de 2014, la demandada cancelaría un “*beneficio grupal temporal y no*

prestacional por productividad área de laboratorio” y en tabla anexa quedó especificado como meta de satisfacción para el cargo del accionante el 97%, y un valor de \$1.140.000 (f.º 255 a 257). Que el actor y la accionada finalmente suscribieron, nuevo otro sí, con efectos a partir de 1º de febrero de 2016, en el que se acordó una nueva tabla en la que se relaciona para el cargo del actor “1.77”, sin especificación alguna. En este documento, se indica que la demandada tiene una meta mensual de número de servicios prestados de la cual participa el personal del área de laboratorio y precisa que el **indicador de satisfacción del cliente frente a la prestación del servicio** suma o resta al porcentaje del beneficio (f.º 257 a 258).

Ahora, de conformidad con el resumen de historia laboral del actor generado por la AFP Protección, colige la Sala que, aunque el contrato inició el 24 de abril de 1995, la demandada solo empezó a pagar aportes a partir de junio de 1996; además que, el salario base de cotización hasta diciembre del año 2005, salvo en 14 periodos, correspondió a sumas variables superiores a \$1.000.000, notándose en los periodos siguientes una considerable disminución en la base de cotización, la que solo volvió a estar de manera recurrente por encima de \$1.000.000 a partir de enero de 2012, es decir, 7 años después (f.º 268 a 272).

A solicitud de COOPSERFUN fueron decretados y practicados los testimonios de Carolina Mendoza Matiz y Juan Pablo Castro Rodríguez, la primera quien se desempeña como subgerente administrativa, manifestó que existe un beneficio grupal temporal no prestacional por productividad, el cual se cancelaba por la productividad por área, por resultados grupales. Dijo que con el área de homenajes integrada por el coordinador, los profesores de protocolo, los conductores, los coordinadores del laboratorio, los tanatólogos y los jefes de sede, se hacen reuniones mensuales en donde se exponen **las metas** a cumplir en el mes y con base en ello, estos trabajadores tienen conocimiento de cómo se debe proceder y a que **meta** deben llegar para obtener el beneficio grupal. Preciso que el trabajo, el esfuerzo y el beneficio son grupales y puede variar en atención al cumplimiento de la meta, para ello, hay una tabla, pero reiteró todos reciben lo mismo.

Por su parte, Juan Pablo Castro Rodríguez director jurídico de la demandada, manifestó que el beneficio grupal otorgado al área de *"tanatopraxia"* no depende de la actividad directa del trabajador, sino que se hace participe al área de los resultados que obtiene la empresa, si a la compañía le va bien, hay lugar al beneficio, si no, el área no recibe ningún tipo de beneficio. Manifestó que la bonificación se le da al área no tiene que ver el número de embalsamamientos que cada trabajador realice, no retribuye directamente una función, es por el servicio colectivo del área. Preciso que el beneficio no tiene carácter prestacional porque así lo acordaron voluntariamente las partes.

En ese orden de ideas, analizada en su integridad las pruebas allegadas al plenario, estima la Sala que la *bonificación por producción*", la *"Bonificación ML"* y el denominado *"beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad"*, vinieron a reemplazar el pago de *"embalsamamientos"*, mediante el cual remunera directamente al actor su trabajo en el laboratorio y que con anterioridad al año 2005, constituía salario.

Evidencia el Tribunal que a partir de 2005, lo que realmente hubo fue una disminución en las condiciones salariales del trabajador, quien pese a continuar adelantando las mismas funciones vio afectada su remuneración. No pasa esta Corporación que los testigos Carolina Mendoza Matiz, Juan Pablo Castro Rodríguez y el representante legal de la demandada Richard Manuel Cifuentes Sánchez, coincidieron en señalar que el pago del *"beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad"* no dependía del trabajo que hiciera el demandante, pues se pagaba a todos por igual en el área de homenajes, circunstancia que confesó el propio accionante al señalar: "Cuando era prestacional e individual a cada uno le pagaban lo que hacía, cuando pasó a no prestacional ya era igual para todo el grupo hiciera lo que hiciera dividían el total del mes entre los ocho trabajadores."

No obstante, esto no es óbice para desconocer el carácter salarial del pago que, aunque cambió de denominación, siempre ha retribuido de manera directa la prestación personal del servicio del actor. En efecto, sus funciones sí contribuyen al índice de satisfacción del cliente, tal como lo confesó el representante legal de la demandada Richard Manuel Cifuentes Sánchez. Así las cosas, si bien no cuenta el número de embalsamamientos realizado por cada trabajador, sí tiene injerencia en el cumplimiento de las metas del área y la calidad de su trabajo *“pues es parte de un proceso para la prestación de un servicio”*. Lo anterior, resulta lógico si se tiene en cuenta que al promotor del juicio no le es dable buscar potenciales clientes, gestión a cargo de la fuerza de ventas, pues su labor como tanatólogo y miembro del área, se limita a realizar eficientemente su trabajo conforme a los fallecidos que le sean asignados en todo el proceso a su cargo.

Así las cosas, los pagos que la demandada ha realizado bajo distintas denominaciones tiene *“su causa próxima o inmediata en lo que haga o deje de hacer el trabajador, en virtud del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria. Esto es, la actividad desarrollada por el trabajador es la razón de ser de la contraprestación económica”* (CSJ radicado n.º 32657 de 27 mayo 2009).

En ese horizonte, aunque las partes conforme los faculta el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, dejaron consignado en el contrato de trabajo y en los otros sí, que los pagos a los que se ha venido haciendo referencia, no tendrían carácter salarial, estos acuerdos carecen de eficacia, pues no es factible despojar la incidencia salarial de los mismos, dado que *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»*. (CSJ SL 39475, 13 jun. 2012)

Bajo esa línea de pensamiento, la demandada no estaba facultada en atención a circunstancias financieras dejar de remunerar el trabajo del actor y desalarizar el pago realizado por concepto de embalsamamientos, circunstancia que se desprende del contenido del documento de folios 252

y 253, así como del reporte de semanas cotizadas en el que resulta evidente la disminución de la base de cotización.

Como si fuera poco, la Sala también evidencia que tanto la *“bonificación por producción”*, la *“Bonificación ML”* y el denominado *“beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad”*, fueron cancelados de manera habitual, en sumas de dinero muy superiores al salario básico, siendo en algunas oportunidades incluso cercanas o superiores al doble del mismo, circunstancia que no resulta razonable y lo cual revierte también lo señalado por el representante legal de la demandada al indicar que se trataba de un reparto de utilidades.

Se sigue de lo hasta aquí expuesto que, la demandada no logra demostrar que las sumas canceladas al accionante tuvieran un propósito distinto al de retribuir, directa la labor del trabajador, máxime cuando resultó probado que los pagos habituales ingresaron al patrimonio de este y lo incrementaron.

Sobre la carga de la prueba en cabeza del empresario, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, reiteró que:

3.4. Las cargas probatorias de la empresa

Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL12220-2017, la Corte adocrinó:

[...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega

obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

En consecuencia, los conceptos de *“bonificación por producción”*, *“Bonificación ML”* y el denominado *“beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad”* que fueron cancelados al demandante constituyen salario y deben ser tenidos en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales, así como para el pago de los aportes a seguridad social en pensiones, por lo que la sentencia de primera instancia será revocada.

Ahora bien, la demandada propuso la excepción de prescripción, la cual debe ser declarada de manera parcial, como quiera que el desconocimiento del factor salarial inició en enero del año 2006, pero lo cierto es que el demandante solo interrumpió la prescripción con la solicitud presentada el 16 de agosto de 2017 (f.º 263 y 264) y presentó demanda el 12 de octubre de 2017 (f.º 291), es decir, dentro de los tres años siguientes, por ello, operó el fenómeno extintivo de la siguiente manera:

1. Con anterioridad al 16 de agosto de 2014, respecto de los intereses a las cesantías y las primas semestrales.
2. Con anterioridad al 16 de agosto de 2013, respecto de las vacaciones.

La prescripción no opera respecto de las cesantías que se hacen exigibles a la terminación del contrato, circunstancia que no se encuentra probada en el expediente. Tampoco respecto de las diferencias en los aportes a pensiones, como quiera que estos constituyen el pilar del derecho imprescriptible a la pensión.

Conviene señalar que, el demandante no indica que la demandada haya dejado de cancelarle salarios y prestaciones sociales, tampoco aportes a seguridad social. Así las cosas, realizadas las validaciones

correspondientes con la ayuda del liquidador designado para esta Sala cuyo trabajo se incorpora y hace parte de la presente providenciase, se logró determinar que la demandada debe canelar al actor diferencias por los siguientes conceptos y montos

Diferencia Intereses a las cesantías.....\$375.835.55

Diferencia Prima de servicios.....\$3.347.483

El pago correspondiente a diferencias en cesantías, debe realizarse al fondo que indique el trabajador en la suma de \$11.234.572, en caso den o haber culminado el contrato de trabajo.

En lo referente a las vacaciones, el Tribunal ante la falta de certeza de la fecha en que fueron disfrutadas, dato importante para determinar la cuantía, se abstendrá de imponer condena sobre este tópico, pues no puede entrar a suponer aspectos a efectos fulminar condena, lo cual debió ser plenamente probada por el demandante, al tenor de lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso.

Resulta importante señalar que las condenas aquí impuestas solamente se liquidan hasta el 30 de septiembre de 2019, mensualidad anterior a aquella en que se presenta la demanda; no obstante, la demandada deberá cancelar las diferencias que se hayan causado en adelante hasta la finalización del contrato respecto de las prestaciones sociales, siempre y cuando haya cancelado al actor el *“beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad”* concepto que la sala determinó es factor salarial, pues no se tiene certeza de la continuidad del vínculo laboral y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

De otra parte, las diferencias en el pago de aportes a seguridad social en pensiones deberán realizarse directamente al fondo al que se encuentre afiliado el trabajador, teniendo en cuenta el salario realmente devengado, en todo caso, la demandada deberá pagar teniendo en cuenta para cada año las siguientes sumas adicionales que no fueron incluidas como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y

aportes a seguridad social, según corresponda, para el año 2006 \$810.362.67, para el año 2007 \$943.841.75, en el 2008 \$816.303.25, el año 2009 \$1.038.360, el año 2010 \$942.187.25, para el 2011 \$923.926.67, el año 2012 \$996.763.50, el año 2013 \$756.424, para el año 2014 \$1.049.701.67, en el 2015 \$1.188.083.33, el 2016 \$906.595.08 y para el año 2017 \$1.149.443.89.

Finalmente, pretende el demandante el pago de *“indemnización legal por mora”*, no obstante, estima la Sala que no es procedente el pago de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo por cuanto no se encuentra probado que el vínculo laboral haya terminado. Tampoco lo es el reconocimiento y pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues si bien se generaron diferencias en el pago de cesantías, se advierte que la demandada no actuó de mala fe, pues válida aunque equivocadamente, podía considerar que como no constitutivo de salario los pagos realizados por concepto de *“bonificación por producción”*, la *“Bonificación ML”* y el denominado *“beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad”*.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala revocará la decisión de primera instancia e impondrá las condenas anunciadas.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad, el 6º de agosto de 2019, para en su lugar, **DECLARAR** que los pagos realizados al demandante denominados *bonificación por producción*, *Bonificación ML* y el denominado *“beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad”*, son constitutivos del salario.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al actor las siguientes sumas de dinero respecto de conceptos que a continuación se relacionan:

Diferencia primas de servicios.....\$3.347.483

Diferencia intereses a las cesantías...\$375.835

Diferencia Cesantías\$11.234.572

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar las diferencias que se hayan causado hasta la finalización del contrato respecto de prestaciones sociales, mientras se haya cancelado al actor el *“beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad” concepto que la sala determinó es factor salarial* como quedó explicado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a cancelar al fondo al que se encuentre afiliada el accionante, adicional a los aportes a seguridad social en pensiones que ha efectuado, teniendo en cuenta como suma adicional para cada anualidad las siguientes: para el año 2006 \$810.362.67, para el año 2007 \$943.841.75, en el 2008 \$816.303.25, el año 2009 \$1.038.360, el año 2010 \$942.187.25, para el 2011 \$923.926.67, el año 2012 \$996.763.50, el año 2013 \$756.424, para el año 2014 \$1.049.701.67, en el 2015 \$1.188.083.33, el 2016 \$906.595.08 y para el año 2017 \$1.149.443.89.

QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción respecto de los derechos causados con anterioridad al 16 de agosto de 2014. Se

declara no probada la excepción de prescripción respecto de las cesantías y los aportes a seguridad social en pensión.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en sus contra por el actor, de conformidad con las consideraciones expuestas.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *salvo voto de voto*

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: GREGORIO DUARTE VILLALOBOS

DEMANDADO: CENTRAL COOPERATIVA DE SERVICIOS FUNERARIOS -
COOPSERFUN

RADICADO: 11001 31 05 029 2017 00554 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

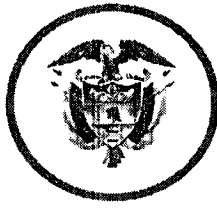
A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento parcial de voto respecto de la decisión adoptada por la mayoría:

En el presente caso se declaró que los pagos realizados al demandante denominados “bonificación por producción”, “bonificación ML” y el denominado “beneficio grupal temporal y no prestacional por productividad” son constitutivos de salario, sin embargo, al tener en cuenta primero el pacto de las partes sobre que dichos emolumentos no constituían salario, los cuales son válidos de conformidad con el artículo 128 del CST, y, segundo que los pagos de los mismos eran el resultado de la productividad, esto es, del logro de metas conjuntas, se consideran que tales pagos no son constitutivos de salario.

Uno de los argumentos de la sentencia es que dichos emolumentos reemplazaron los devengos “embalsamamientos”, sin embargo, es el mismo demandante el que confiesa “cuando era prestacional, le pagaban a cada uno lo que hacían; pero cuando paso a no ser prestacional ya era igual para todo el grupo hiciera lo que hiciera...”, esto es, dichas bonificaciones no reemplazaron el valor de los embalsamamientos, porque este se pagaba por el trabajo individual de la persona, mientras que las bonificaciones antes señaladas dependen de la productividad del conjunto de trabajadores, y tal como lo señaló uno de los testigos era por el servicio colectivo del área.

En ese orden de ideas, no se prueba en el presente caso que los pagos de bonificaciones en sus distintos nombres sean por contraprestación directa del servicio como se exige en el artículo 127 del CST, máxime cuando es el mismo demandante quien confiesa que dichos valores los recibió por el trabajo colectivo del área, y por ello, se debió confirmar la sentencia de primera instancia.


ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2016 00702 01
DEMANDANTE: MARÍA NOHELIA FORERO VÁSQUEZ.
DEMANDADO: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A FIDUPREVISORA
S.A. EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DEL
PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA
CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE
COMUNICACIONES - PAR CAPRECOM.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad, el 23 de julio de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con CAPRECOM EICE EN LIQUIDACION, a partir de 23 de octubre de 1989 hasta el 9° de mayo de 2016, que perteneció a SINTRACAPRECOM desde el 4° de julio de 1997 y que la empleadora incumplió los acuerdos convencionales de no liquidación de la misma entidad contemplados en acuerdos colectivos extra convencionales de los años 2003 y 2013.

En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle las diferencias causadas con base en el reajuste de sueldos y prestaciones sociales legales y convencionales hasta el año 2015, cuando se liquidó la demandada y el 9° de mayo de 2016 fecha en que se desvinculó de la

entidad. Igualmente, a cancelarle además debidamente indexadas las primas convencionales de junio, la de navidad, la bonificación de recreación, la bonificación por servicios prestados, el quinquenio, el descanso especial o adicional, la recreación por vacaciones, la guardería correspondiente a los años 2003 y 2004, los aportes educativos de los hijos, el plan de atención complementario, la ruta de buses, el auxilio económico de montura, el tratamiento de ortodoncia y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 23 de octubre de 1989 se vinculó a la Caja De Previsión Social De Comunicaciones mediante contrato de trabajo a término indefinido, como trabajadora oficial para desempeñar el cargo de jefe de departamento, en el nivel central Bogotá, durante el cual devengó como último salario la suma \$4.228.500. Señala que la condición jurídica, administrativa y financiera de CAPRECOM EICE tuvo correlación con el plan de desarrollo de cada uno de los gobiernos nacionales, en consecuencia, la estabilidad jurídica y administrativa se vio sometida a factores que le determinaron un estado de posible y anunciada liquidación desde el año 2.003.

Aduce que SINTRACAPRECOM y CAPRECOM suscribieron acuerdo extra convencional el 12 de junio de 2003, mediante el cual el sindicato aceptó suspender parcialmente y por un término de 10 años, algunos artículos de la convención colectiva contentivos de derechos, con el fin de que la entidad lograra equilibrio financiero y evitar así su liquidación. Así mismo, acordaron que en caso de no viabilización de la persona jurídica o se determinara su fusión o liquidación, la convención colectiva conservaría su vigencia y el acuerdo extra convencional quedaría sin aplicación. Que, en el año 2013, el sindicato y empresa acordaron la prórroga del acuerdo por 5 años más.

Manifiesta que la entidad fue sometida a proceso de liquidación mediante Decreto 2519 de 2015, en consecuencia, se acogió de manera libre y voluntaria al plan de retiro consensuado para los trabajadores oficiales. Que en el acta de conciliación suscrita el 5º de mayo de 2016,

quedaron a salvo los derechos convencionales, pues, allí se manifestó la reactivación de todos los beneficios con ocasión de la liquidación de la entidad, asunto que se dejó consignado y debía ser resuelto por el agente liquidador de CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN. Además, que la acreencia presentada al proceso liquidatorio fue rechazada (f. º 4 a 59 y 228 a 277 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Argumentó que las normas laborales no son de aplicación retroactiva. En su defensa, propuso la excepción previa de falta de agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad. De fondo planteó la inexistencia de las obligaciones demandadas, el cobro de lo no debido, la prescripción, incongruencia de las pretensiones frente a la aparente reclamación administrativa y la retroactividad de la norma laboral (f. º 297 a 303).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de julio de 2019, declaró que la demandante se encontraba afiliada a SINTRACAPRECOM, por lo que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo firmada con la extinta CAPRECOM EICE. En consecuencia, condenó a la demandada PAR CAPRECOM LIQUIDADO a pagar a la demandante la suma de \$30.000 por concepto de auxilio de montura, establecido en el numeral 13 del artículo 28 de la convención colectiva, valor que indexado a la fecha de la sentencia asciende a \$96.287. Absolvió de las demás pretensiones (f. º 388).

En sustento de su decisión, indicó conforme a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que los acuerdos modificatorios son válidos sin mejoran las condiciones laborales pactadas en la convención colectiva. Además, que el acuerdo extra convencional suscrito por las partes solo buscó suspender las prestaciones de carácter convencional, más no cancelar las mismas, máxime cuando no se acredita haber acudido a la denuncia de la convención o al mecanismo de la revisión. Bajo ese

derrotero, luego del análisis de cada una de las prerrogativas reclamadas, estableció que algunos fueron efectivamente cancelados por la entidad y otros, se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La demandante manifestó que la demandada debe ser condenada a reconocer los planes complementarios previstos en el artículo 28 de la convención colectiva de trabajo, correspondiente a \$102.500 por cada trabajador y cada uno de sus beneficiarios. También adujo que, si bien fueron pagadas las primas de junio, navidad, bonificaciones, recreación, bonificación por servicios y quinquenio, estos no estaban ajustados de acuerdo al artículo 45 del estatuto convencional, el cual estableció un aumento salarial. Igualmente, tiene derecho al reconocimiento al reajuste de los aportes educativos de sus hijos, dado que su descendiente Alejandra Lozano estudió hasta el año 2015. Además, solicitó dar aplicación a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 548 de 2019 y SL 2105 de 2015.

A su turno, **la demandada** argumentó en la apelación que la sentencia debe ser revocada en su integridad, dado que la jurisprudencia orienta a los funcionarios judiciales en sus providencias y constituye un criterio auxiliar. Alegó que conforme al artículo 477 de Código Sustantivo del Trabajo, es posible suscribir convenciones colectivas las cuales regirán los contratos de trabajo, mientras estén vigentes. Preciso que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad la organización sindical y CAPRECOM firmaron acuerdos extra convencionales para encontrar una solución económica y viabilizar en su momento a la empresa, lo cual no está prohibido por la ley, toda vez que permite la continuidad de la empresa. Por ello, el juez no está llamado a modificar la voluntad de las partes, dar una interpretación diferente y menos dejarlo sin efectos. Alegó que las sentencias tienen alcance de efectos hacia el futuro, los acuerdos

se suscribieron en los años 2003 y 2013, por lo tanto, escapan a los efectos de la sentencia, por lo que deben negarse las pretensiones.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

No se discute en esta instancia que la promotora del juicio prestó sus servicios a la demandada a partir de 23 de octubre de 1983 y el 9º de mayo de 2016, como jefe de departamento. Aspecto, que también se corrobora con el contenido de certificación laboral (f. º 60), acta de conciliación n. º 1453 (f. º 62 a 68) y la documental allegada por la demandada en CD de folio 358, contentivo del expediente administrativo. Igualmente, está probado que la demandante estuvo afiliada a Sintracaprecom desde 4º de junio de 1997, lo cual se constata con el certificado de folio 61.

1. Del recurso de apelación de la parte demandada

Por razones de método, comienza la Sala por atender el recurso de apelación interpuesto por accionada, la cual suplica la revocatoria de la sentencia, dado que bajo el ejercicio de autonomía de la voluntad el sindicato y Caprecom firmaron acuerdos extra convencionales para encontrar una solución económica y viabilizar en su momento a la empresa, lo que no está prohibido por la ley. Por tanto, el juez no está llamado a modificar la voluntad de las partes, a darle una interpretación diferente y menos dejar sin efectos los acuerdos extraconvencionales. Asimismo, las decisiones judiciales tienen efectos hacia el futuro, en ese sentido al haberse suscrito en los años 2003 y 2013, deben negarse las pretensiones.

Para resolver los cuestionamientos, se advierte que el acuerdo extra convencional de 7º de junio de 2013, suscrito entre Sintracaprecom y Caprecom, es una prórroga de aquella acta de acuerdo extra convencional

de 12 de junio de 2003, el cual tenía como causa el planteamiento de alternativas que permitieran la subsistencia y viabilidad de sus negocios, pues los costos fijos superaban ampliamente la capacidad de ingresos y sus necesidades, lo que imposibilitaban el equilibrio financiero y su continuidad (f.º 202 a 204 y 333 a 346). Asimismo, se lee del citado acuerdo que respecto de los derechos convencionales se indicó que: *“Dentro del proceso de análisis se evaluó la convención colectiva vigente, suscrita entre las partes, la que se ha venido prorrogando indefinidamente de acuerdo con los preceptos del artículo 478 CST, y su impacto en las finanzas de la empresa, de tal forma que ha determinado la necesidad de hacer racionalización de costos en algunos artículos que, a la luz de la crisis, han sido calificados como altamente económicos”*.

Paralelamente, en el acta de 7º de junio de 2013, se corrobora que el motivo de su prorroga radica en que *“con la experiencia que ha dejado la suscripción del Acuerdo anterior, que permitió la viabilidad y subsistencia de Caprecom, es claro que para trabajadores y administración, que se requiere nuevamente de un compromiso conjunto que permita continuar con la tarea de fortalecimiento en especial del Régimen Subsidiado, que es lo que actualmente sostiene la entidad”*. Además, que la *“Junta directiva de Caprecom en sesión efectuada el 29 de mayo de 2013 señaló que dada la situación financiera crítica y el escenario incierto con ocasión al trámite de la reforma a la salud que cursa en el congreso, se faculta a la Administración para negociar contando con el presupuesto de 2013”* (f.º 333 a 346).

En dichos convenios, entre otro asuntos, se dejó consignado que el sindicato debidamente autorizado por la asamblea de delegados, en compañía de los delegatarios aceptaban suspender parcial y temporalmente por un término inicial 10 años prorrogado por otros 5, las cláusulas de la convención colectiva relacionadas con las dotaciones extralegales, los beneficios en salud relacionados en el “PAC”, los servicios de ruta de buses, el descanso especial o adicional, prevención de SIDA, vacunación contra la hepatitis B, nutrición infantil, guardería, dotación de libros, aportes educativos y el aumento salarial decretado por el gobierno nacional para algunos trabajadores.

Ahora bien, frente a la posibilidad de modificar la convención colectiva a través de un acuerdo extra convencional, la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, se ha ocupado de distinguir aquellos que buscan esclarecer pasajes confusos u oscuros, de los que persiguen alterar parámetros definidos en un instrumento colectivo. Sobre estos últimos, ha precisado que, si buscan mejorar las condiciones pactadas, tienen plena validez, pues nada se opone a que los trabajadores, por si mismos o representados por la organización sindical de la que hacen parte, celebren acuerdos con los empleadores que superen los mínimos derechos legales o convencionales. No obstante, si lo que se pretende es disminuir las prerrogativas acordadas, no están llamados a producir efectos, en tanto la única posibilidad de que esto suceda es a través de la denuncia de la convención colectiva de trabajo, si se presentan los supuestos para ello, o mediante la revisión de que trata el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, cuando sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica que impacten algunas de las cláusulas allí contenidas (CSJ SL12575-2017 reiterada en SL584-2019).

En igual sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional al señalar que, los convenios temporales modificatorios de una convención anterior, en el cual, a fin de restablecer el equilibrio económico afectado por las nuevas circunstancias imprevistas, patronos y trabajadores deciden suspender o reducir temporalmente derechos laborales antes reconocidos, no resulta contrario a la Constitución Nacional. Sobre el particular, en sentencia C-1319 de 2000, puntualizó:

En cuanto al objeto sobre el cual puede recaer la modificación de las convenciones, en tiempos de normalidad ella puede comprender la modificación, sustitución o eliminación de derechos laborales reconocidos, “siempre que la nueva situación en que se ubique a los trabajadores, en términos reales u objetivos, implique el reconocimiento de derechos que sean iguales o superiores a los obtenidos anteriormente”. Pero en aquellas oportunidades en las cuales cabe aplicar la teoría de la imprevisión para lograr la referida modificación, debido al advenimiento de nuevas circunstancias económicas excepcionales e imprevisibles, es claro que los beneficios laborales reconocidos anteriormente pueden reducirse de mutuo acuerdo, a fin de lograr restablecer el equilibrio económico entre las partes.

Para la Corte, el nuevo acuerdo modificadorio de una convención anterior, en el cual, a fin de restablecer el equilibrio económico afectado por las nuevas circunstancias imprevistas, patronos y trabajadores deciden suspender o reducir temporalmente derechos laborales antes reconocidos, no resulta contrario a la Carta. En efecto, los derechos laborales que se reconocen en las convenciones colectivas son de naturaleza extralegal y una vez adquiridos no pueden ser desconocidos unilateralmente por el empleador, ni eliminados por leyes posteriores, pero ello en sí mismo no impide una concertación para acordar su suspensión total o parcial, como lo propone la normatividad demandada.

Por ello, las normas acusadas que, como medidas de intervención económica en asuntos laborales, permiten que dentro de los acuerdos de reestructuración destinados a lograr la recuperación de empresas en crisis se incluyan convenios temporales concertados directamente entre el empresario y el sindicato que legalmente pueda representar a los trabajadores, suscritos con el fin de suspender total o parcialmente prerrogativas económicas que excedan del mínimo legal, no desconocen derechos adquiridos. Para la Corte esta posibilidad no está proscrita por las normas superiores.

6. De otra parte, la finalidad perseguida con estos convenios temporales en materia laboral, como una de las disposiciones acusadas lo indica, no es otra que la de facilitar la reactivación de las empresas en crisis y propender por su viabilidad económica y financiera para preservarlas como fuente de empleo y de riqueza, objetivos estos que, como se dijo, encuentran su soporte en la función social que compete a la empresa como base del desarrollo, y en la misión que corresponde al Estado de estimular su crecimiento, según la Constitución. (art. 333 superior). Por ello las normas que se refieren a la posibilidad de suscribir tales convenios temporales, o que señalan como objetivos de la ley el que se acuerden este tipo de condiciones laborales especiales, no contradicen la Constitución sino que, antes bien, la desarrollan de forma adecuada a la actual coyuntura de crisis que atraviesa nuestra economía. De ahí el carácter temporal de estos mecanismos de intervención. (negritas fuera de texto original).

Al amparo de las anteriores reflexiones, es evidente que al momento de la suscripción del acuerdo extra convencional las partes eran conscientes de la alteración de la normalidad económica que exhibía la entidad demandada por diferentes circunstancias, pues así quedó plasmado en la parte considerativa de del pacto, lo cual no puede desconocerse para restarle validez, tal como lo esboza el juez de instancia.

Se reitera que el acta de acuerdo extra convencional se suscribió teniendo en cuenta que los costos fijos de Caprecom superaban ampliamente la capacidad de ingresos y las necesidades de la empresa, e imposibilitaban el equilibrio financiero, la viabilidad de sus negocios y la

recuperación de pérdidas acumuladas, por ello, se hizo necesario mediante acuerdo extra convencional de 12 de junio de 2003 *“suspender parcial y temporalmente por un término inicial 10 años”* algunas cláusulas de la convención colectiva (f.º 202 a 204).

Allí, los suscribientes del acuerdo dejaron expresamente consignado que:

“8.- Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo extra convencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación.

En el evento de que después de concluidos los estudios de que trata el numeral 2º de la parte contentiva del acuerdo (sobre la viabilidad de la IPS), se concluya la no viabilidad del negocio de IPS, se mantendrá vigente el presente acuerdo extra convencional.”

Ahora, la demandada y el sindicato el 7º de junio de 2013 (f.º 208 a 2012) decidieron ampliar la vigencia por 5 años más del acuerdo extra convencional, introduciendo al mismo algunas modificaciones. Que para suscribir el nuevo acuerdo Sintracaprecom propuso, entre otras, aspectos, que *“En el evento en que el Gobierno Nacional determine liquidar, fusionar, transformar, escindir o cualquier otra figura que implique sustitución patronal o cambio en su naturaleza jurídica, la convención colectiva de trabajo recobre vigencia y se reactiva en todo su articulado convencional a partir de la firma del presente Acuerdo Extra Convencional, debiéndose pagar todos los valores dejados de cancelar a los trabajadores beneficiarios de la convención colectiva de trabajo”* (literal b del numeral 15 del punto D f.º210)

No obstante la propuesta del Sindicato, los interesados dejaron consignado en el parágrafo del literal f) del acta de acuerdo extra convencional suscrito el 7º de junio de 2013 que *“Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos señalados en el acuerdo extra convencional del 12 de junio de 2003 y se determine por parte del Gobierno, su fusión o liquidación, la Convención Colectiva*

conservará su vigencia y el Acuerdo Extra convencional quedará sin aplicación” (f.º 212).

Igualmente, está demostrado que de conformidad con el Decreto 2519 de 28 de diciembre de 2015, se dispuso la supresión y liquidación de la Caja De Previsión Social De Comunicaciones - Caprecom EICE (f.º 235 a 253).

Recuerda aquí la Sala que mediante la convención colectiva las partes regulan de común acuerdo las condiciones generales de trabajo mediante cláusulas obligacionales, que establecen derechos y deberes recíprocos entre las contratantes (organización sindical y el empleador), por supuesto con el respeto de las garantías mínimas antes arriba enunciadas. En consecuencia, al haberse fijado esos parámetros el pacto, ahora no pueden ser desconocidos por la ex trabajadora, quien en todo caso no vio afectado el reconocimiento de ningún derecho irrenunciable.

Claro lo anterior, de la lectura conjunta de los acuerdos suscritos entre Caprecom y Sintracaprecom, estima la Sala que las partes expresamente y de común acuerdo señalaron que en caso de producirse la liquidación o fusión de la entidad la convención cobraría vigencia, sin embargo, no señalaron un efecto retroactivo a tal hecho, ni estipularon el reconocimiento de derechos dejados en suspenso.

Por tal motivo, en atención al tenor literal de los acuerdos, considera el Tribunal que, la convención cobró vigencia hacía el futuro, pero no lo hizo para legitimar el cobro de derechos causados con anterioridad, cuando no tuvieron vigor por expreso acuerdo de las partes.

Con todo, se estima que los derechos convencionales suspendidos fueron reactivados a la demandante y cancelados hasta la finalización del contrato, ello de conformidad con el acta de conciliación n.º 1453, suscrita el 5º de mayo de 2016 (f.º 62 a 68), por la promotora del juicio y Caprecom EICE En Liquidación, se evidencia que quedó consignado, entre otras, que la trabajadora manifestó:

“..Que por el hecho de haberse decretado la Liquidación de la empresa, se reactivaron a su favor todos los beneficios que habían sido suspendidos mediante actas de acuerdo extra convencionales de 12 de junio de 2003 y el 7 de junio de 2013 a saber: Dotación extralegal, Plan Complementario de Salud, servicio de ruta de buses a que hace alusión el artículo 47 dela Convención Colectiva, el descanso especial o adicional previsto en el artículo 26 convencional, Vacunación contra Hepatitis B contenida en el artículo 34, , Nutrición Infantil del artículo 30, Bonificación por recreación señalada en el artículo 64, Ayuda para Guardería consagrada en el Artículo 31, Dotación de libros aludida en el Artículo 71, Aportes Educativos previstos en el Artículo 39, de la Convención Colectiva de Trabajo de Caprecom, e incrementos salariales entre otros. En consecuencia solicita que se le reconozcan y paguen todos los beneficios convencionales causados desde el 28 de diciembre de 2015 y hasta el momento de su desvinculación, teniendo en cuenta que los derechos correspondientes a periodos anteriores al 25 de diciembre de 2015 son materia de reclamación al proceso liquidatorio” (Subraya fuera del texto)

Por su parte, la empleadora al responder sobre este cuestionamiento señaló:

“CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN ha efectuado el reconocimiento y pago de todos los beneficios legales y extralegales, ajustes salariales, nivelación salarial, y todos los beneficios en dinero o en especie , primas extralegales, auxilios, subsidios causados durante la vigencia del contrato de trabajo. Lo anterior sin perjuicio de la discusión suscitada con ocasión de la liquidación de la entidad en torno a la reactivación retroactiva de los beneficios suspendidos por las actas de acuerdo extra convencional 12 de junio de 2003 y el 7 de junio de 2013, aspecto sobre el cual el liquidador debe pronunciarse a través de acto administrativo de calificación y graduación de acreencias por corresponder a conceptos reclamados respecto de periodos anteriores al 28 de diciembre de 2015.”.....

Resulta diáfano entonces, que los beneficios convencionales si fueron revividos y saldados, pues no de otra manera se entiende que hubiese suscrito el acta de conciliación, determinándose así que la demandada concurrió con el cumplimiento de lo pactado con el sindicato, reactivando a futuro los derechos dejados en suspenso y remitiendo la reclamación retroactiva de derechos al proceso liquidatorio.

En este orden de ideas, habrá de revocarse la decisión de primera instancia, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, lo cual así se indicará en la parte resolutive de esta decisión.

2. Del recurso de apelación de la parte demandante

Pasa ahora la Sala a analizar el recurso de apelación de presentado por el demandante, para lo cual se indica que conforme a las consideraciones expuestas en precedencia, es inane pronunciarse respecto del plan complementario establecido en el artículo 28 de la Convención Colectiva y los aportes educativos de los hijos previstos en el artículo 39 de la misma norma, como quiera que estos durante el tiempo reclamado fueron suspendidos mediante acuerdo convencional ya analizado.

Del reajuste de primas y bonificaciones convencionales

Arguye la demandada que si bien, le fueron canceladas bonificaciones, primas convencionales y quinquenios, estos no fueron reajustados conforme lo dispone el artículo 45 de la convención colectiva. Alega también que el artículo 53 de la convención define lo que es salario por lo que debe ordenarse el reajuste deprecado.

Sobre el particular, basta a la Sala con señalar que la reliquidación de primas, bonificaciones y quinquenio no fue solicitada en la demanda, tampoco lo fue la determinación del salario, sus factores o que algunos de los que debía tenerse en cuenta se hayan omitido por parte de la empleadora. Estos asuntos en todo caso no fueron considerados por el juez de primera instancia en su sentencia, por lo que no es posible abordarlos.

El *a quo*, respecto de las bonificaciones, quinquenio y primas extralegales, determinó con base en los documentos obrantes en el expediente administrativo aportado en CD, que efectivamente habían sido cancelados a la accionante por Caprecom.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las facultades ultra y extra petita previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo son exclusivas del juez laboral de pequeñas causas y del juez laboral del circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, esta Sala que examina las actuaciones en segunda instancia, no puede entrar a estudiar o interpretar la demanda para conceder más allá de lo pedido, máxime cuando no se trata de mínimos irrenunciables como en el presente caso, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda. En consecuencia, no es procedente modificar la sentencia de primera instancia con base en el argumento estudiado.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, analizados los argumentos de apelación formulados por las partes, la Sala revocará la decisión analizada.

No se causan costas en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de julio de 2019, para en su lugar, absolver a la demandada de todas las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



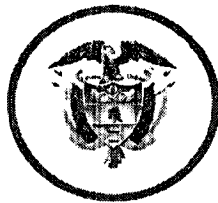
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 034 2018 00203 01.

DEMANDANTE: DIANA MARÍA NARVÁEZ BERNATE

DEMANDADO: MARÍA DEL ROSARIO MORENO CHÁVEZ

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En el grado de jurisdicción de consulta estudia la Sala el fallo emitido por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de agosto de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de octubre de 2014 hasta el 17 de enero de 2018, el cual fue terminado de forma unilateral e injusta por la empleadora en razón a su estado de embarazo. En consecuencia, se condene a pagarle las prestaciones sociales, las vacaciones, los aportes a seguridad social, el subsidio familiar, recargos por laborar en dominicales y festivos, horas extras y trabajo suplementario. Igualmente, se pague la licencia de maternidad, la indemnización por despido injusto, sanción por no consignación de cesantías a un fondo y sanción moratoria por no pago de liquidación final a la terminación de la relación laboral, más la indexación correspondiente, lo que se pruebe *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1º de octubre de 2014 se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo verbal, el cual se extendió hasta el 17 de enero de 2018. Refiere que se desempeñó como auxiliar de enfermería para atender al señor Néstor Moreno Rodríguez, cónyuge de la demandada, en horario de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. y devengó como último salario \$1.400.000. Que en vigencia de la relación laboral no fue afiliada al sistema de seguridad social y el 17 de enero de 2018 sufrió un sangrado en su lugar de trabajo con ocasión de su embarazo, por lo que la demandada le comunicó verbalmente que le terminaba el contrato. Además, que no le fue cancelada la liquidación final ni las indemnizaciones correspondientes (f.º 9 a 22).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, dijo no ser ciertos o no constarle los mismos, en el entendido que entre las partes no existió un contrato de trabajo.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, pago, compensación y las demás que resulten probadas (f.º 30 a 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de agosto de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 85 y 86).

En sustento de su decisión, indicó que, aunque se demostró la prestación personal del servicio, no se probaron los extremos dentro en los cuales se dio la misma. Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la accionante estuvo vinculada mediante un contrato de trabajo con la demandada, en consecuencia, si tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales e indemnizaciones solicitadas en el escrito introductorio.

Pues bien, anota la Sala que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Esta disposición se entiende en el sentido que al trabajador le basta demostrar que prestó el servicio para que se presuma que existe dicha vinculación. Es decir, no es necesario que el trabajador demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral ni la remuneración a la misma, criterio este sentado por la Corte Suprema de Justicia de vieja data (Rad. 24476 del 7 de julio de 2005; SL 16528-2016; SL2480-2018).

No obstante, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, los demandantes tienen la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si un demandante alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que

pudo afectar algunos de los derechos de los varios contratos, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

En horizonte, no es suficiente demostrar la prestación del servicio, sino que deberán corroborar además aquellas situaciones fácticas necesarias para llegar al convencimiento del juez, tales como los extremos temporales de la relación alegada, la asignación salarial y la jornada laboral, pues no puede el juzgador entrar a suponer tales situaciones, para llegar a una condena, por lo tanto, corresponde a la parte que alega tales hechos, la carga de probarlos. La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

“Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque.”

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el presente caso, no existe duda que Diana María Álvarez Bernate prestó sus servicios personales a la demandada María Del Rosario Moreno Chávez, quien manifestó al absolver interrogatorio de parte que convive con su padre en una casa y confesó que vio a la demandante dado que cuidaba en la noche a su papá de 88 años edad, quien padece de diabetes e hipertensión. Dijo que en ocasiones cuando ingresaba al apartamento la demandante estaba allí y la saludaba a veces no coincidían porque la deponente llegaba después o salía muy temprano en la mañana. Aclaró que la demandante no iba todos los días porque pasaban muchas enfermeras y enfermeros.

También coincidieron las testigos Jenny Suarez Buitrago, Arnelys Valencia Romero y Yenny Narváez Bernate, en manifestar que la actora prestó servicios acompañando en el turno de la noche al padre de la

demandada. La última de las deponentes hermana de la accionante, incluso manifestó que cuando esta descansaba era ella quien hacía los reemplazos.

Conviene precisar que, aunque la demandada indicó que quien contrató a la demandante y a los demás enfermeros, así como a la persona que ayudaba en los quehaceres del hogar, era su padre, no demostró tal circunstancia. En todo caso, resulta poco creíble que una persona de 88 años que padece de múltiples enfermedades, inclusive alzhéimer, que requiere de la compañía permanente de enfermeras, pueda decidir de manera autónoma quien ingresa y permanece en la casa de habitación de una familia completa. Es más, la testigo Yenny Suarez Buitrago manifestó que quien la entrevistó para trabajar fue la demandada. Así las cosas, estima la Sala que quien fungió como empleadora fue la aquí demandada.

Sin embargo, en el *sub examine* la promotora del juicio no cumplió con su carga de probar el momento a partir del cual prestó sus servicios, pues aunque en el escrito introductorio indicó que lo fue a partir de 1º de octubre de 2014, ello no fue demostrado, pues aunque la demandada y las testigos reconocieron la prestación del servicio no indicaron fechas en las cuales se dio la misma, tampoco se refirieron a épocas con las cuales el Tribunal pudiera entrar a determinar el inició del vínculo laboral de manera aproximada.

Es oportuno indicar que el extremo inicial y final de la relación laboral no se presumen, por ende, constituye una obligación procesal de la parte demandante demostrarlos, so pena de asumir las consecuencias adversas, tal y como ocurre en el presente caso.

Así las cosas, ante la carencia de prueba de uno de los extremos del vínculo, es forzoso confirmar el fallo absolutorio analizado en grado jurisdiccional de consulta.

No se causan costas en la consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

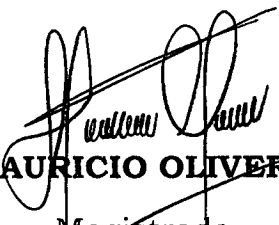
RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de agosto de 2019.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

TSJ SECRET. S. LABORAL
30822 28 JUL 20 PM 5:07

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 26 2017 00321 01.

DEMANDANTE: CLAUDIA MARTÍNEZ DÍAZ

DEMANDADO: CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL

Bogotá, D. C., Treinta y Uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad, el 29 de julio de 2019.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la Corporación Club El Nogal que inició el 17 de octubre de 2013 y finalizó el 14 de junio de 2015¹. En consecuencia, se condene al pago de las cesantías, las primas de servicios, los intereses de cesantías y las vacaciones, la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo Trabajo y la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indexación más costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró en síntesis, que se vinculó con la demandada el 17 de octubre de 2013 hasta el 14 de junio de 2015, su labor consistía en realizar peinados, cortes y tinturas de cabello, maquillar, labores de aseo, cepillar y planchar cabello. Cuenta que los

¹ Reforma de la demanda fl. 71

elementos con los que realizaba su labor eran suministrados por la demandada, cumplía un horario de 8 horas cuyo incumplimiento le acarreaba llamados de atención y llegó a ser inclusive suspendida, no podía ausentarse de la peluquería sin permiso y autorización, recibía órdenes de la supervisora del área y de la sala de belleza, que al final del vínculo no le fueron canceladas sus prestaciones sociales y vacaciones.

Al dar respuesta a la demanda (f.º 26 a 44 y 82 a 101), la convocada a juicio se opuso a las pretensiones y no aceptó ningún hecho. Manifestó que suscribió con la demandante dos contratos de concesión, de naturaleza civil, que tenía por objeto que la actora de manera autónoma e independiente, con sus propios recursos y sin sujeción a subordinación, podía hacer uso del espacio concedido en concesión para desarrollar la actividad de estilista y ofrecer sus servicios a quienes visitaban las instalaciones del Club, bajo las condiciones expresas definidas en el referido contrato, y en estricto cumplimiento de las normas que sobre su oficio expidiera la secretaría de salud.

Aclaró, con relación a los elementos empleados, que facilitaba las instalaciones y algunos elementos necesarios no solo por prestar el servicio sino para cumplir con los altos estándares de calidad y confort propios de los socios e invitados del club. No obstante, lo relativo al desarrollo de su actividad independiente como cepillos, secadores, peines, entre otros, eran suministrados por la propia demandante. En cuanto a los supuestos llamados de atención o falta disciplinario, adujo que esa afirmación carecía de sustento fáctico, que no exigía cumplimiento de horario sino, que atendiendo la franja de atención al público que manejaba el club, los servicios que prestaba la accionante debían establecerse en dichas franjas.

Señaló, que una vez afiliada la demandante al sistema como trabajador independiente, los pagos de aportes se realizaban mediante la planilla y que permite liquidar los aportes de trabajadores independientes con los que se tiene un contrato de naturaleza civil. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; buena fe y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de julio de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y condenó a las demandadas a pagar las prestaciones sociales reclamadas.

En sustento de su decisión, indicó que al encontrarse acreditada la prestación personal del servicio de la actora, se activó la presunción legal de subordinación, la cual no logró desvirtuar la demandada, por el contrario, de las pruebas documentales y testimoniales se verificaba que los elementos que envolvieron la relación no eran los propios de un contrato de concesión y sí, de una relación de índole laboral. Declaró probada la excepción de prescripción frente a las acreencias causadas con anterioridad al 8 de junio de 2014. En cuanto a las indemnizaciones moratorias, dijo que la demandada actuó bajo el convencimiento que se trataba de un contrato de concesión al igual que la demandante, conforme se extrae de los interrogatorios, es decir que la actuación fue de buena fe, por lo que no había lugar a imponer condena por estos conceptos.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte **demandante** interpuso recurso de apelación, con el fin que se condene a la accionada a pagar la indemnización moratoria por encontrarse acreditado con las pruebas documentales y testimoniales la mala fe en el actuar de la demandada. Algunos testigos quisieron hacer incurrir en error al despacho al relatar situaciones contradictorias. No se puede partir de la base de un contrato de concesión para eximir de la indemnización, cuando existen claros hechos que desde el primer día se impuso un horario, aparecía de bulto la existencia de una típica relación laboral.

Por su parte, la **demandada** inconforme con el fallo también presentó apelación, al manifestar que en la sentencia únicamente se hizo

relación a la presunta contradicción de los testigos pedidos por la demandada, restándole valor a la propia confesión de la demandante, cuando afirma en el interrogatorio de parte expresamente manifiesta no solo haber firmado los contratos de concesión sino, que las herramientas de trabajo eran propias, que ella misma elaboró la disponibilidad que tenía, que los contratos se ejecutaron con autonomía, no se evidencia ningún tipo de análisis respecto de las confesiones.

No se hizo referencia a las contradicciones de las testigos Alba Riaño y María Elina Celis quienes afirmaron que estaban sujetos a llamados de atención pero no pudieron individualizar alguna situación, pues posteriormente se refirieron a reuniones generales; es que se trataba de retroalimentación para todo el personal de la concesión, la última de ellas dijo que todos los elementos de trabajo los suministraba la corporación, cuando ya se había confesado por la activa que eran propios, de cada una de las concesionarias. Las concesionarias podían dejar un remplazo, diferente es que no lo hayan hecho o que les quedara difícil hacerlo.

Adujo, que atendiendo a la operación y a la dinámica del sitio y de las personas, la demandante de forma autónoma y libre autorizó al club para realizar el recaudo de la facturación, que es de donde se deriva la supuesta inexistencia de autonomía financiera que señala el A quo.

Refuta la afirmación del juzgado de que el club asignaba a la demandante las personas que debía atender, pues los testigos fueron claros en señalar que era directamente el socio cuando llamaba quien elegía quién le prestaba el servicio, quien era de su interés. En cuanto al supuesto cumplimiento de horario, dijo que la demandante confesó que había notificado a la corporación sobre su disponibilidad, por tanto era quien de manera autónoma decidía si hacía uso de ésta o si por el contrario por razones personales, necesitaba hacer cambio del mismo. Refiere que no existía cláusula de exclusividad, pues ella podía prestar sus servicios con personas externas al club, a domicilio, en otros sitios.

Por último, pide que en caso de confirmarse la existencia del vínculo laboral, se valide el tema de las condenas en términos de montos, confirmando la absolución que frente a la indemnización y sanción moratoria se hizo, pues siempre actuó de buena fe.

Para resolver los recursos presentados, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación.

Del recurso de apelación de la parte demandada

Por razones de método, se estudiará inicialmente el recurso de alzada presentado por la parte demandada.

Reprocha la parte pasiva, la declaratoria de existencia de contrato de trabajo que hiciere la juez de primer grado, bajo el argumento, que por la dinámica de la operación, con las pruebas se lograba desvirtuar la presunción legal de la subordinación, máxime, cuando la propia demandante confesó en el interrogatorio de parte que ejecutó el contrato de forma autónoma.

En esta instancia, no es materia de discusión la prestación personal del servicio por parte de Claudia Martínez, pues está se constata con los contratos de concesión (f.º 45 a 52), la certificación de los contratos (f.º 9 y 53), la certificación de los valores que le fueron facturados como estilista (f.º 54), el comunicado donde la demandante informa que no prestará sus servicios en cierto periodo (f.º 57), la misiva de terminación del contrato de concesión (f.º 58-59), lo que activa de inmediato la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., la cual conforme la jurisprudencia, debe ser desvirtuada por la demandada, pues así lo ha señalado la Corte Suprema

de Justicia, entre otras sentencias la SL 2746 de 2018, SL 2311 de 2018 y la SL 2875 de 2018, en la que se atemperó:

*“Para su concreción, se ha acudido a una presunción legal, el cual es un mandato del legislador en el que ordena tener por establecido un hecho, siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido demostrado», regulada en el artículo 24 del CST, que una vez **evidenciada la prestación personal de un servicio, apareja la predeterminación de estar frente a una relación contractual laboral**, que en todo caso admite prueba en contrario.”*

Es decir, que le corresponde a la parte demandada desvirtuarla, ya sea mediante la demostración de otro nexo contractual diferente al de trabajo, o acreditando la ausencia de subordinación. Bajo esa óptica, pasa esta Colegiatura a examinar los elementos de convicción que obran en el plenario. Veamos.

Se practicó la declaración de **Alba Riaño**, quien manifestó que prestó sus servicios al Club desde el 2010 a octubre de 2014, que había semanas en que coincidía con la demandante; que era la demandada quien asignaba el horario, los turnos de atención al cliente, ante la queja de un socio las reunían a todas para explicarles el servicio al socio, dijo que no sabía si alguna vez habían llamado la atención o suspendido a la actora, que debían pasarse los permisos por escritos, exigían el uso de uniformes, que la demandante no podía prestar sus servicios por fuera porque no había tiempo, la materia prima la adquirían en el club quien elaboraba las cuentas de cobro y descontada del servicio el valor de los productos, las herramientas de trabajo eran de la demandante.

Por su parte, **María Elina Celis**, refirió que trabajó con la accionada desde octubre de 2013 hasta noviembre de 2014; manifestó que la demandante tenía un horario que era estipulado por el club, quien además era el que asignaba la agenda, por lo que los clientes no podían pedir una cita directa con la actora, no sabe si la demandante fue objeto de llamados de atención, los implementos de trabajo todos eran suministrados por la enjuiciada. Cuenta que si debían faltar podían dejar un remplazo pero que nunca ocurrió porque debía tener seguro y pensión por lo que era difícil;

les indicaban el tiempo que debían utilizar para cada procedimiento, debían usar un uniforme antífuidos.

Igualmente, **Gloria González**, en su calidad de supervisora, relató que la demandante informaba la disponibilidad de su servicio dentro de la franja que estaba establecida por el área de servicio, que las reservas se hacían de acuerdo a la solicitud de los socios, cuando la estilista no iba en el horario informado debían reubicar los turnos, cuando el cliente no estaba contento con el servicio se hacía una retroalimentación; en cuanto a los uniformes se tiene estandarizado un protocolo de imagen y color que no tenían logotipo del club, no había restricción de celulares, las herramientas son propias de cada concesionario, tienen protocolos de manejo del servicio, las concesionarias prestan el servicio y les hacen la facturación que es cancelada quincenalmente, que por temas de calidad ambiental y control de servicio vendían productos como el tinte que era descontados posteriormente de la facturación, que los concesionarios podían hacer sus domicilios fuera del servicio, si querían tomar un receso simplemente lo informaban.

La testigo **Vilma Sierra**, supervisora del salón de belleza, cuenta que los concesionarios informan quincenal o mensualmente su disponibilidad dentro de la franja horaria que el club maneja, la demandante podía enviar a otra persona para que cumpliera el turno, los implementos de trabajo eran de ella (haciendo referencia a la actora), que vendían el tinte a los concesionarios, quienes además comentan si necesita cerrar la agenda; podían atender a los socios del club en otro sitio, no había restricción para almorzar ni ir al baño, en cuanto a la limitación del uso del celular dijo que de pronto no era viable cuando estuvieran en corte de cabello porque podía pasar un accidente, exigían el uso de uniforme, tapabocas, guantes por normas de bioseguridad; ante irregularidades en el servicio se hacía una retroalimentación; el pago de la seguridad social se hacía con la planilla, pero lo pagaban ellos (concesionarios); el requerimiento del servicio lo hacía el socio, que por bioseguridad manejaban dos casas de tintes.

Por su parte, **Ángela Maritza López**, asistente de servicios generales, informó que en aquel momento era la persona que elaboraba las solicitudes de contrato, solicitando documentos, una carta donde se indicara la disponibilidad que tenía, para los cambios ella informaba a las personas que manejan la agenda; no tiene conocimiento que la demandante haya presentado alguna objeción al club respecto de la naturaleza del contrato, tiene entendido que el contrato de la concesión terminó porque la actora se iba para Estados Unidos; no había restricción para ir al baño o almorzar ni para el manejo del celular, pues las veía en un espacio atrás de la sala usándolo; cuando había alguna queja por algún socio hacían una retroalimentación; las concesionarias debían usar uniforme porque es un requisito de la Secretaría de Salud, que no hubo subordinación, los descansos eran asignados por la propia demandante.

A su turno, **Jenny Alexandra Tafur**, supervisora, manifestó que al personal de concesión se le entregaba un espacio dentro de la sala de belleza para que explotara su especialización de estilista; los concesionarios informan la disponibilidad de acuerdo a como van a laborar, la cual podía ser cambiada verbalmente; la demandante podía enviar un remplazo conforme los parámetros establecidos; ante el bloqueo de agenda simplemente se conversaba con el socio y se reubicaba la cita con la persona que estuviera disponible; no había restricción de celulares; para el almuerzo informaban a qué horas lo tomarían conforme a los horarios establecidos por el club para ello; nunca dieron órdenes a la demandante; las herramientas de trabajo eran de propiedad de las concesionarias; los descansos los disponen las personas de concesión; no manejaban dinero en efectivo; cuando existía alguna queja se hacía una retroalimentación en conjunto; por bioseguridad debía usar uniforme; en la secuencia del día a día podía solicitar cambio de horario; la socia es quien elige que estilista quiere que la atienda; el espacio y los muebles son del club.

La testigo **María Ignacia Aguilera**, supervisora, relató que la demandante tenía un contrato de concesión de espacio, siempre era el mismo cubículo, la actora llevaba sus implementos de trabajo excepto los

tintes que por normas de bioseguridad los facilita la sala de belleza; en el espacio arrendado solo podía atender a las personas del club; no se hacen llamados de atención; cuando hay un PQR se hace una retroalimentación que no genera la cancelación del contrato; deben cumplirse las normas de bioseguridad establecidas por ley, como el uso de tapabocas guantes, recogido del cabello; debe usar uniformes antilíquidos por norma de bioseguridad; no recuerda si una persona externa pudiera remplazar a la concesionaria; que se podía bloquear la agenda con libertad; si no se presentaba a prestar el servicio reasignaban la cita; generalmente usaban siempre el mismo tocador de lo contrario se asignaba otro; el concesionario informa que día no va a prestar el servicio; los precios de los servicios están establecidos por el club conforme la demanda que hay por fuera; los tintes son los establecidos por el club por tema de seguridad, si algo llega a pasar saber la trazabilidad del producto; cada concesionario asume el costo del uniforme; el mobiliario utilizado por la demandante es del club.

Obra a folio 57, documento dirigido por la demandante a la Corporación Club El Nogal, en el que le informa que del 17 de junio al 15 de julio estaría cumpliendo con unos compromisos personales en el exterior, razón por la cual no podría prestar sus servicios como concesionaria.

Ahora, existe además, la confesión de la promotora vertida en el interrogatorio de parte, específicamente cuando al responder a la pregunta referida a si había remitido una comunicación a la demandada donde manifestaba su disponibilidad para prestar sus servicios como estilista, dijo: "Sí". Asimismo, cuando al dar respuesta a las preguntas de si las herramientas de trabajo eran de su propiedad y si ejercía con autonomía técnica los servicios de estilista, señaló que "Sí". De acuerdo a lo anterior, puede inferirse que la demandante confesó hechos que le eran adversos a sus intereses en este juicio de contrato realidad, como que las herramientas de trabajo eran de su propiedad y gozaba de autonomía **técnica** en la ejecución de sus actividades.

Como puede verse, la afirmación de las testigos Alba Riaño y María Elina Celis, en cuanto a que a la demandante se le asignaba un horario por el Club, queda sin sustento, pues es la propia accionante quien manifiesta que pasó a la enjuiciada su disponibilidad para prestar sus servicios. En otras palabras, las manifestaciones sobre el caso particular de Claudia Martínez constituyen meras conjeturas o suposiciones.

Así mismo, resulta contradictoria la manifestación de Alba Riaños cuando declara que se debía pasar un “*permiso*” por escrito, cuando del documento en mención visto a folio 57, se verifica que la demandante simplemente informaba cuando se iba a ausentar, es decir disponía del tiempo, era autónoma para determinar qué días prestaba o no el servicio objeto del contrato de concesión, lo cual ratificó en su confesión.

Se resalta también que cuando a la testigo María Elina Celis, se le preguntó sobre quién suministraba los implementos de trabajo de la demandante, manifestó “*el club era el que nos daba todo*”, mientras que la accionante confiesa lo contrario, que eran propios.

En cambio, lo confesado por la demandante es confirmado con las declaraciones de Gloria González, Vilma Sierra, Jenny Alexandra Tafur, María Ignacia Aguilera, quienes manifestaron que no existía subordinación, que Claudia Martínez informaba la disponibilidad de sus servicios dentro de la franja horaria que estaba establecida por la corporación, que los elementos de trabajo eran propios de la demandante, es decir que era autónoma en la ejecución de sus actividades.

Sumado a lo anterior, todas las testigos coincidieron en afirmar que la demandante asumía los gastos y costos relacionados con los materiales, en este caso la tintura que debía emplear para parte de su gestión, que si bien por cuestiones de organización y calidad eran ofrecidas por la corporación enjuiciada, lo cierto es que, eran adquiridas por la demandante, costo que era descontado del servicio facturado, circunstancia que respalda aún más el hecho de que la demandante debía

hacerse cargo de los elementos necesarios para la ejecución de su labor como estilista.

También se dijo por María Celis que una persona ajena al club podía hacer un remplazo, *"siempre y cuando tuviera todos los requisitos"*, es decir, que no era una condición u obligación que el servicio fuera prestado exclusivamente por la demandante.

De otro lado, en cuanto a la tesis de la demanda, relativa a que existía subordinación y fue objeto de llamados de atención, lo cierto es que frente a la primera, la confesión de la demandante lo desvirtúa y, respecto la segunda, ninguna de las testigos pudo dar fe de ello.

Con todo, resulta menester anotar, que si bien los servicios prestados por la demandante no se cancelaban directamente a ésta, lo cierto es que ello obedeció al acuerdo de voluntades que sobre ese aspecto pactaron las partes en las cláusulas séptima y novena de los contratos No. 283 y 335 (f.º 45 a 52).

Ahora, en cuanto a las reuniones en las que aluden se les hacían llamados de atención y se les hablaba sobre el servicio al cliente, por un lado como se dijo, las testigos no pudieron presenciar en ningún momento que a la demandante le hubiese llamado la atención y, por otro lado, el tema del servicio al cliente no puede interpretarse en un contexto diferente al del cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por las partes, en las que se acordó de manera voluntaria en la cláusula tercera de los referidos contratos, la calidad del servicio en los siguientes términos:

*"TERCERA: CALIDAD DEL SERVICIO: El CONCESIONARIO se obliga a utilizar el espacio para prestarlos servicios de Estilista al nivel de la más alta categoría que hay en esta ciudad y atendiendo siempre los estándares de excelencia del Club. (...) PARÁGRAFO: Teniendo en consideración que se trata de un contrato de concesión, EL CONCEDENTE tendrá siempre la facultad de exigir los **correctivos** necesarios para conseguir la categoría del servicio que se promete,*

conforme los estándares de excelencia y calidad del CLUB." (negrilla de la Sala)

Es decir, que en aras que el servicio prestado en las instalaciones del Club El Nogal fuera con los estándares de excelencia, era viable que se exigieran correctivos por parte de la demandada a quienes ofrecieron sus servicios como es este caso, de estilista, sin que pueda entenderse que se trataba de subordinación.

Conforme todo lo dicho, estima la Sala que las pruebas reseñadas y los razonamientos que las acompañan, máxime la confesión de la actora, son suficientes para concluir que los servicios desplegados por Claudia Martínez, fueron realizados con apego al contrato suscrito con la demandada, en el marco de un contrato con estirpe diferente al laboral, que su oficio lo desempeñaba con autonomía técnica e independencia, que podía, sin intervención de la demandada, designar a un reemplazo cuando tuviere que asuntarse.

En ese orden se impone concluir, que el elemento subordinación que es propio de los contratos de trabajo conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, no se presentó en la ejecución de las actividades de la demandante, dada la autonomía con que las ejecutó, al punto de ser la propietaria de los elementos o herramientas con la que desarrollaba la labor, lo cual desvirtúa la presunción prevista en el artículo 24 del mismo estatuto del trabajo. Por tanto, no era viable como lo consideró la jueza de conocimiento declarar la existencia del contrato de trabajo.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, relevándose la Sala del estudio del recurso de apelación presentado por la parte demandante en virtud de lo resuelto.

Sin costas ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de julio de 2019, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada Corporación Club El Nogal de todas las pretensiones incoadas en su contra por Claudia Martínez Díaz, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 036 2017 00876 01

DEMANDANTE: GLADYS VALDERRAMA DAZA

DEMANDADAS: COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A Y AFP PROTECCIÓN S.A

Bogotá, D. C., Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad, el 10 de julio de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al RAIS, materializado el 1° de noviembre de 1995, pues fue engañada y o confundida, por cuanto no le fue informado cuál era el mejor régimen pensional siendo beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Se declare que las APF COLFONDOS y PROTECCIÓN le causaron perjuicios patrimoniales. En consecuencia, se condene a la AFP POTECCIÓN a realizar el traslado de todos los recursos que haya en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y a esta última a reconocerle y pagarle **pensión de vejez** a partir del 1° de agosto de 2016, que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, solicitó condenar a COLPENSIONES a reconocerle pensión de vejez a partir del 1º de agosto de 2016. También de forma subsidiaria, pidió condenar a las AFP a pagarle perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante futuro, calculado con la diferencia de la mesada pensional que hubiera pagado COLPENSIONES y la pagada en el RAIS desde que se reconozca y hasta el cumplimiento de expectativa de edad de acuerdo a tabla establecida por la Superfinanciera.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de noviembre de 1958 y el 19 de enero de 1981, se afilió al Instituto de Seguros Sociales. Que al 1º de abril de 1994, contaba con más de treinta y cinco años de edad, por lo que era beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad.

Aduce que los promotores de COLFONDOS durante el mes de septiembre de 1995, le plantearon la posibilidad de obtener una mesada pensional más favorable y en menor tiempo, siempre y cuando se trasladara al RAIS y a ese fondo de pensiones; no obstante, los asesores no cumplieron con el deber de brindar información completa y comprensible, ni le explicaron cuál era el régimen pensional que más le favorecía. El 19 de junio de 2002, solicitó el traslado a la AFP PROTECCIÓN y a partir del 1º de agosto de 2002, ha venido realizando sus aportes pensionales a dicho fondo, al momento de llevar a cabo este traslado, no recibió la información y asesoría sobre cuál era el régimen pensional que más le favorecía.

Refiere que al 22 de julio de 2005, contaba con más de 750 semanas cotizadas en pensiones, por lo que le era extensivo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014. Que según la proyección realizada por la AFP PROTECCIÓN el 21 de junio de 2016, la mesada pensional a la que accedería en COLPENSIONES sería superior en más de \$1.500.000, evidenciándose así un perjuicio en lucro cesante en más de \$600.000.000 conforme a la expectativa de vida. Además que el 4 de enero de 2017, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, en la misma fecha la

entidad le contestó de forma negativa indicándole que ya se encontraba pensionada o en trámite de pensión en el RAIS.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Colpensiones, se opuso a todas las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó que el traslado de régimen del accionante se consolidó a partir del 1º de noviembre de 1995, también que negó la solicitud de traslado elevada por el demandante. Frente a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle los mismos. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas y la innominada o genérica (Fls.152 a 173).

La AFP COLFONDOS dio respuesta a la demanda al señalar que se opone a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y a la imposición de costas del proceso. Frente a los hechos aceptó la vinculación del accionante a dicho fondo, respecto de los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y la innominada o genérica (Fls. 200 a 221).

Por su parte, la AFP Protección S.A. contestó el libelo introductorio señalando que dio la debida asesoría al momento de la afiliación y durante la permanencia del accionante en la AFP. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Fls. 232 a 249).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de julio de 2019, declaró ineficaz el traslado efectuado

por la demandante el 1º de noviembre de 1995, del régimen de prima media con prestación definida al RAIS. Condenó a PROTECCIÓN SA, a trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos que se hubieren causado, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora GLADYS VALDERRAMA DAZA la pensión de vejez a partir del 1º de agosto de 2016, en cuantía inicial de \$2.885.538,99, por trece mesadas por un año.

En sustento de su decisión, indicó relevante la circunstancia en que se encuentra el afiliado, es decir, si tenía o no cumplidos requisitos, si estaba cercano a ello o si era beneficiario o no del régimen de transición al momento del traslado, sino que lo trascendental es verificar cual fue la información, asesoría y acompañamiento que brindó la AFP y como quiera que las demandadas no cumplieron con el deber procede declarar la nulidad solicitada. Preciso que la corte ha dicho que tampoco debe el afiliado demostrar el perjuicio o menoscabo económico que se le puede causar con esa decisión de haberse trasladado de régimen, por cuanto lo importante es verificar si se le dio la información en ese momento concreto y por ende no se le puede exigir al afiliado que demuestre los vicios del consentimiento pues es claro que la figura que se debe acoger en esos casos de afiliación desinformada, es la ineficacia del traslado con la consecuente exclusión de todo efecto jurídico del acto en cuestión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP PROTECCIÓN SA interpuso recurso de apelación, al argumentar que debe ser autorizada a realizar descuentos correspondientes a los gastos de representación, ya que el traslado efectuado por la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN S.A., se llevó a cabo bajo los preceptos legales, y la demandante firmó de manera voluntaria espontánea y sin presiones. Alegó al punto, que PROTECCIÓN S.A., cumplió con su deber profesional y ha administrado los aportes

durante su permanencia en el fondo conforme y los mismos tuvieron rendimientos.

DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora, y el consecuente pago de la pensión de vejez.

Para atender la consulta y el recurso interpuesto, comienza la Sala por recordar que para atender el recurso, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el Art. 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma

corporación indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (posición reiterada en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo a la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y

asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica, el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

CASO CONCRETO

Pues bien, de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía de folio 17, la demandante nació el 13 de noviembre de 1958, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, y con 660.97 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, según reporte allegado a folio 47 (corresponde al aportado por COLPENSIONES en expediente administrativo Fl 180), por lo cual la actora **era beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.**

Ahora, revisado el formulario de folio 225, se tiene que la demandante solicitó el traslado a la AFP COLFONDOS el 24 de octubre de 1995, el cual se hizo efectivo el 1º de noviembre del mismo año, según reporte de Asofondos de folio 288, época para la cual acreditaba 746,14 semanas cotizadas en el régimen de prima media, según se desprende de reporte de COLPENSIONES de folio 47.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante, manifestó que se afilió a través del departamento de recursos humanos de la empresa que pertenecía al mismo grupo económico que la AFP; precisó que no asistió a la reunión grupal que brindó el fondo en su lugar de trabajo. Indicó también que su traslado se dio de manera libre y voluntaria, que no fue coaccionada para realizarlo, que era consciente que se trasladaba de un fondo público a uno privado, y señaló que no pasaba nada si decidía no

trasladarse. Advirtió también que, no se ocupó de pedir información ni asesorarse y que no leyó el formulario de afiliación.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP COLFONDOS S.A.** incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Corte Suprema haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al RPM, la asesoría e información objetiva, suficiente y clara en atención a su situación personal, sobre los efectos que este acarreaba. En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual no puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras.

Ahora bien, la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado, tal como acertadamente concluyó la jueza de conocimiento.

En el mismo sentido, se condenará a las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a cada fondo privado.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz del art 48 de la C. Pol., igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la

ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en SL361-2019 y SL1688-2019).

De la pensión de vejez

Establecido entonces que la demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición.

Al respecto, anota la Sala que el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollaran dicho régimen, **no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010**, con excepción, de los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de tal acto, a los cuales **se les mantendría el régimen de transición hasta el año 2014**.

En el presente caso, la demandante en principio era beneficiaria del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, ya que para la entrada en vigencia de dicha normativa, tenía más de 35 años de edad, como quiera que nació el 13 de noviembre de 1958, de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía (Folio 17), por lo que cumplió 55 años de edad el 13 de noviembre de 2013, esto es, **después** del 31 de julio de 2010. Ahora, en cuanto a las cotizaciones, de acuerdo con el resumen de aportes allegado por la AFP PROTECCIÓN S.A. a folios 277 a 279, la demandante realizó su última cotización para pensiones para el periodo junio de 2016 es decir, **con posterioridad** al 31 de julio de 2010. De conformidad con lo anterior, el requisito de cotizaciones por 750 semanas a la entrada en

vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, debe ser acreditado por la actora para mantenerse como beneficiaria del régimen de transición.

Al punto, realizadas las validaciones pertinentes con la ayuda del liquidador designado para esta Sala, cuyo trabajo se incorpora y hace parte de la presente providencia, se pudo establecer que para la entrada en vigencia del referido acto, la demandante había cotizado más de 1.100 semanas. En esas condiciones, el régimen de transición para la demandante se extendió hasta el año 2014.

Determinado entonces que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, la Sala concluye que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues en toda la vida logró acumular 1.171.42 semanas y de las cuales las primeras 1.000 exigidas por la norma, se cotizaron con anterioridad al 31 de diciembre de 2014.

Ahora, pese a que el último aporte fue realizado para el periodo junio de 2016 (Fl 279), la jueza ordenó el pago de la prestación a partir del 1º de agosto de 2016, por haber sido solicitado así en la demanda, por lo que la Sala no puede modificarla máxime cuando la promotora del juicio no se opuso a tal conclusión.

De otra parte, realizadas las validaciones correspondientes con la ayuda del liquidador cuyo trabajo se incorpora y hace parte de la presente providencia se pudo determinar que el ingreso base de liquidación de la promotora del juicio obtenido con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años asciende a la suma de \$3.435.274,20 que al serle aplicada la tasa del 84% correspondiente a las 1.171 semanas arroja como mesada inicial para el 1º de agosto de 2016, la suma de \$2.885.630, esto es una suma ligeramente superior a la determinada por la jueza de conocimiento que lo fue de \$2.885.538,99, por lo que la sentencia en este punto será confirmada, como quiera que la parte actora no manifestó inconformidad frente a la cuantificación realizada por la jueza de conocimiento.

Finalmente, estima la Sala al analizar la decisión de primera instancia, que en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, pues el último aporte se realizó para junio de 2016 y la presente demanda ordinaria se interpuso el 1 de diciembre de 2017, según consta en acta de reparto de folio 90.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso atendido el argumento de apelación de la AFP Protección relacionado con la prohibición de descontar gastos de administración, la Sala confirmará la decisión analizada.

No se causan costas en este grado de jurisdicción.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo emitido el 10 de julio de 2019, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

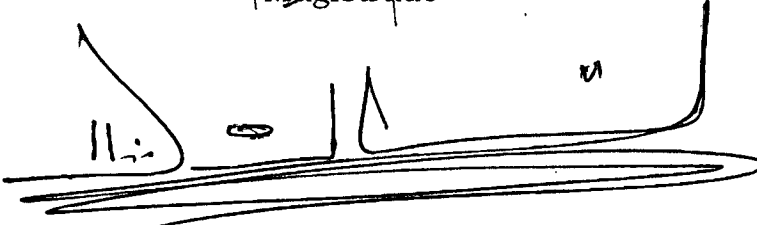
SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

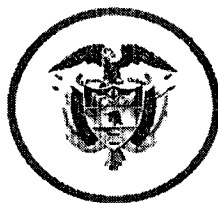


DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 037 2018 00530 01

DEMANDANTE: MARÍA CAMILA GUTIÉRREZ MONROY

DEMANDADO: COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad, el 17 de junio de 2019.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar debidamente indexada la pensión de sobrevivientes, a partir de 11 de agosto de 2017, fecha en que falleció de su padre Luis Humberto Rodríguez Falla, junto con los intereses moratorios, lo que se pruebe *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el ISS le reconoció a su padre pensión de vejez mediante Resolución No. 6289 de 1995. Que su progenitor falleció el 11 de agosto de 2017 y que para el momento del deceso, cursaba estudios de ciencias económicas en la Universidad Nacional de Colombia con intensidad horaria de 24 horas semanales. El 29 de agosto de 2017, solicitó el reconocimiento de la prestación de

sobrevivientes a la demandada, la cual fue negada en repetidas oportunidades, al argumentar que no acreditaba la intensidad horaria prevista en la ley. Refiere que la entidad no tomó en cuenta constancia de la dirección de personal de la Universidad Nacional, en la que certificaba 6 horas adicionales en calidad de becaria, en actividades netamente académicas (Fls. 2 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el reconocimiento de la pensión al causante y el monto. Aceptó además que la accionante elevó solicitud de pensión y que su negativa. Respecto de los demás hechos manifestó no ser ciertos o no constarle los mismos.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación por carencia de causa y título ara pedir, no configuración del derecho al pago de retroactivo, ni de indexación, cobro de lo no debido, buena fe, y las demás declarables de oficio (Fls. 58 a 68).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de junio de 2019, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante pensión de sobrevivientes a partir de 11 de agosto de 2017 hasta el 11 de diciembre de 2018, a razón de 14 mesadas al año. Igualmente, a cancelar por mesadas adeudadas la suma de \$153.591.372, debidamente indexada desde que cada mesada se causó y hasta que se verifique el pago.

En sustento de su decisión, encontró acreditados los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de sobrevivientes. Determinó que la actora solamente demostró que su carga académica fue de 18 horas semanales, esto es, un número inferior al exigido en la ley, que es de 20; sin embargo, las 6 horas semanales que probó como becaria sirven para acreditar el requisito de dependencia

económica e incapacidad para trabajar al momento del fallecimiento del causante. Fundamentó su decisión en lo señalado en la sentencia T664 de 2015.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con esta decisión, la demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que la demandante no acredita los requisitos necesarios para acceder a la pensión reclamada al momento del fallecimiento del causante, pues apenas acreditó 18 horas semanales en el programa de ciencias económicas. Alegó que no es posible equiparar la condición de becaria a la de estudiante, pues esta calidad no se requiere para el grado. Preciso que, en todo caso, la demandante tenía un ingreso económico.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar, si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su padre.

Se encuentra al margen la discusión en esta instancia que, la demandante María Camila Gutiérrez Monroy, es hija del pensionado Luis Humberto Gutiérrez Falla, pues ello consta en registro civil de folio 9.

Ahora, la ley aplicable para efectos de reconocimiento de pensión de sobrevivientes es la vigente en la fecha del fallecimiento del causante. En ese entendido, al fallecer Luis Humberto Gutiérrez Falla, el 11 de agosto de 2017, según consta en el documento de folio 10, el precepto legal que rige la pensión de sobrevivientes que ocupa la atención de la Sala, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, la cual dispone, que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

Ahora, como quiera que la demandante nació el 10 de octubre de 1995 (Fl 9), se tiene que para el 11 de agosto de 2017, cuando falleció el causante contaba con 22 años de edad, por lo que le corresponde demostrar que para esa data era estudiante, se encontraba en incapacidad de trabajar en razón a sus estudios y dependía económicamente de su padre.

Frente al punto de la calidad de estudiante, encontramos la Ley 1574 de 2012, la cual define las condiciones mínimas que se deben reunir para acreditar tal condición por parte de los hijos del pensionado, mayores de 18 y hasta los 25 años cumplidos, imposibilitados para trabajar por razón de sus estudios y dependientes económicamente del causante al momento de su fallecimiento a efectos del reconocimiento pensional.

Esta norma en su artículo 2º dispone que los hijos que tengan la calidad de estudiantes deberán acreditar mediante certificación expedida por el establecimiento educativo que cumplen con dedicación a actividades académicas curriculares, con una intensidad académica, no inferior a veinte (20) horas semanales.

Pues bien, la parte actora allegó a folio 11, certificado emitido por la Universidad Nacional De Colombia – Sede Bogotá, el 23 de agosto de 2017,

en la que se indica que la demandante se encuentra matriculada en el programa curricular de economía durante el segundo periodo académico de 2017, además que tiene inscritas dos asignaturas, que cursa en jornada diurna y corresponden a seis créditos.

Respecto del sistema de créditos, el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1574 de 2012, dispone:

“PARÁGRAFO 1o. *Para efectos de los programas diseñados sobre el sistema de créditos, se tendrán en cuenta las horas de acompañamiento directo del docente y las horas no presenciales, en donde el estudiante debe realizar las prácticas o actividades necesarias para cumplir sus metas académicas, siempre y cuando estas horas hagan parte del plan de estudios y estén debidamente certificadas por la institución educativa.”*

Ahora, la Universidad Nacional De Colombia mediante Acuerdo No. 033 de 2007, estableció los lineamientos básicos para el proceso de formación de los estudiantes a través de sus programas curriculares y definió el término crédito, así:

*“Un crédito es la unidad que mide el tiempo que el estudiante requiere para cumplir a cabalidad los objetivos de formación de cada asignatura y equivale a 48 horas de trabajo del estudiante. Éste incluirá las actividades presenciales que se desarrollan en las aulas con el profesor, las actividades con orientación docente realizadas fuera de las aulas y las actividades autónomas llevadas a cabo por el estudiante, además de prácticas, preparación de exámenes **y todas aquellas que sean necesarias para alcanzar las metas de aprendizaje**”*

En ese orden de ideas, en alcance al citado Acuerdo y conforme a lo certificado por la Universidad Nacional a folio 11, encuentra la Sala que la demandante logra acreditar 18 horas semanales, siendo estas inferiores al número mínimo establecido en la Ley 1574 de 2012, de 20 horas semanales. No obstante, existe certificación de la misma Universidad Nacional De Colombia, que permite acreditar las horas exigidas por ley para acceder a la pensión, así se colige cuando hace constar que vinculó a la actora para desempeñarse como “*becaria adscrita a la Escuela de Economía*”, con dedicación de seis horas semanales, entre otras, mediante

Resolución No. 423 del 15 de marzo de 2017 por el periodo comprendido entre el 17 de abril y el 02 de junio de 2017 y a través de Resolución No. 1114 del 14 de agosto de 2017, desde el 16 de agosto de 2017 y hasta el 01 de diciembre del mismo año (Fl 12), precisando la universidad que, tal calidad no implica ni genera ningún tipo de vinculación laboral ni contractual con la universidad, **por tratarse de una relación completamente académica.**

Así las cosas, estima el Tribunal que estas seis horas semanales pueden ser sumadas a las 18 ya probadas, por cuanto resulta evidente que las actividades desarrolladas como becaria por la demandante, son netamente de orden académico, tal como lo certificó la misma universidad, por lo que la promotora del juicio debía emplear este tiempo en actividades propias del giro académico, que no le representaron vinculación laboral alguna, sino de profundización en los conocimientos de materias propias de su carrera de economía a través de la colaboración a los docentes en la preparación de clases.

No pasa por alto el Tribunal que al absolver interrogatorio de parte la accionante aceptó que por la actividad de becaria, la institución educativa le canceló \$400.000 al semestre, lo cual no desvirtúa el carácter académico de la actividad.

En ese horizonte, se advierte que la demandante cumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, pues demostró la intensidad horaria en actividades académicas que exige la ley para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la prestación deprecada.

Así las cosas, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir de 11 de agosto de 2017, fecha en que falleció su padre (fl 10) hasta el 11 de diciembre de 2018, como quiera que acreditó la promotora del juicio actividades académicas en la Universidad de Los Andes por el primero y segundo semestre del 2018, finalizando las

mismas el 11 de diciembre de 2018 y, además confesó que a partir del año 2019, se vinculó laboralmente.

Ahora, como la accionante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá indexar las mesadas adeudadas desde que cada una se hizo exigible, hasta que se verifique el pago de la obligación, tal como concluyó el juez de conocimiento.

Finalmente, estima la Sala que como quiera que las mesadas pensionales deberán actualizarse al momento del pago, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, por lo que la demandada deberá cancelar el mismo teniendo en cuenta que la demandante sustituye en un 100% la mesada que venía disfrutando su padre, a razón de catorce mesadas al año, por lo que el fallo será modificado en este punto.

No se causan costas en este grado de jurisdicción.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo consultado y apelado, en el sentido de indicar que la demandada COLPENSIONES deberá cancelar a MARÍA CAMILA GUTIÉRREZ MONROY, el retroactivo pensional causado entre el 11 de agosto de 2017 y el 11 de diciembre de 2018, para el efecto deberá indexar las mesadas pensionales desde que cada una se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación. Del retroactivo pensional la demandada deberá descontar el porcentaje correspondiente a la cotización al sistema de salud.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo analizado.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



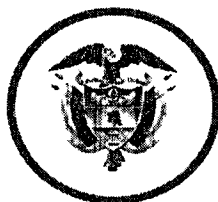
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2017 00169 01
DEMANDANTE: DIEGO ALEJANDRO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.
DEMANDADO: LUPATECH OFS S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de agosto de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que durante toda la vigencia del contrato de trabajo suscrito con la Sociedad Lupatech OFS S.A.S., le son aplicables los beneficios extralegales establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo de Ecopetrol, al haber prestado servicios a su favor como cliente de la demandada. En consecuencia, se ordene a Lupatech OFS S.A.S. a reliquidar los salarios conforme a las horas efectivamente laboradas, las prestaciones sociales legales y convencionales y la indemnización por despido injusto, todo lo anterior al tenor de lo dispuesto en la CCT. Así mismo, se condene al pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de cesantías de los años 2013, 2014, 2015 y 2016, al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que suscribió con Lupatech OFS S.A.S. un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Ingeniero de Campo, a partir de 5º de noviembre de 2013 con una asignación básica de \$2.100.000 más \$120.000 por cada día de campo. Cuenta, que en la misma calenda se suscribió un otrosí, donde se estipuló que prestaría sus servicios para el cliente Ecopetrol, por lo que su cargo sería homologado al de Ingeniero de Datos nivel vii (sic), conforme al catálogo de cargos, escalafón general, del régimen convencional vigente de Ecopetrol –USO, con el salario equivalente a dicha categoría, es decir, de \$3.566.280, de ahí, que no percibiría el salario ni el bono de campo establecido en el contrato primigenio, pues éste último sería sustituido por los beneficios extralegales de la convención del cliente Ecopetrol.

Refiere, que el 18 de agosto de 2015 suscribieron un nuevo otrosí en el que se disminuía el valor del bono de campo, estableciéndolo en la suma de \$100.000, no obstante, al haber prestado sus servicios siempre para Ecopetrol no le era aplicable el pago del bono de campo sino los beneficios convencionales, cuyo pago solicitó en diversas oportunidades a su empleador, sin que se haya resuelto la petición. Señaló, que el 14 de marzo de 2016, el empleador de manera unilateral terminó la relación laboral.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia del contrato de trabajo, los extremos laborales, la reducción del beneficio extralegal denominado bono de campo. Frente a los demás, adujo no ser ciertos. Anotó, que el bono de campo era un beneficio extralegal otorgado que se causaba siempre y cuando estuviera en campo; que cuando la prestación del servicio era en un lugar diferente a la ciudad de Neiva, la empresa suministraba el transporte. Refiere, que en el otrosí se estipularon una serie de condiciones especiales de carácter temporal y que eran aplicables solo si el cliente Ecopetrol lo exigía, de ahí que el demandante devengó el salario básico contemplado para el nivel y cargo asignado, único beneficio que le era aplicable.

Aclara que al ser el salario convencional superior al básico estipulado en el contrato de trabajo, el salario adicional por convención subsumía el valor de los bonos de campo que por mera liberalidad la demandada reconocía al actor y, en caso que el bono de campo fuera superior al beneficio convencional aplicable (salario), le reconocía el excedente.

Expone, que los beneficios relacionados en los hechos solo eran aplicables para los cargos establecidos en la Convención de Ecopetrol y la Guía Laboral para Contratistas, dentro del cual no figura el de ingeniero de campo, por consiguiente, lo único aplicable al actor era el salario mínimo por tabla de salarios y carreras técnicas y administrativas.

En cuanto al subsidio de alimentación, sostuvo que al demandante le era reconocida una suma diaria no constitutiva de salario a título de reembolso de alimentación; frente al subsidio de habitación, dijo que no era procedente porque la compañía brindó alojamiento cuando la prestación de los servicios era por fuera de su base en la ciudad de Neiva. Del Subsidio de transporte, sostuvo que reembolsó al actor los gastos en que pudo incurrir en desplazamientos. En relación con los recargos nocturnos, manifestó que éstos fueron liquidados con base en el salario básico convencional tal como se evidencia en los comprobantes de pago y, que, en todo caso, el valor que le era reconocido al demandante de mera liberalidad por bono de campo, que tenía entre sus finalidades compensar dichos recargos conforme lo acordado en el numeral 16 de la parte I del contrato de trabajo.

Resaltó de todas formas, que los beneficios pactados en el otrosí del 5º de noviembre de 2013 solo le eran aplicables si Ecopetrol lo exigía, condición que era de conocimiento del demandante. Sostuvo, que en la guía Laboral del Contratista, se hace una clasificación de regímenes de contrato: el convencional y el legal, dividiendo al primero de ellos en tres grupos de escalas salariales, estableciendo que solo se aplican los beneficios convencionales al personal operativo. Refiere, que conforme la tabla del documento la actividad que realiza es la de *“operación de*

subsuelo” y entre los cargos para los cuales se tiene previsto salario y prestaciones convencionales no se encuentra el del demandante.

En su defensa, propuso las excepciones de falta de integración del litisconsorcio necesario (previa) y perentoria (f.º 99 a 118).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de agosto de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, indicó que no estaba en controversia la vinculación laboral ni los extremos en que se desarrolló la misma. Adujo, que las condiciones temporales especiales pactadas en el otrosí del 5 de noviembre de 2013 no variaron durante la vigencia del contrato de trabajo, al mantenerse la prestación de los servicios para el cliente Ecopetrol, por lo que las únicas disposiciones aplicables en materia salarial eran las establecidas en ese otrosí, que correspondía a beneficios convencionales aplicables al cliente. Que de las documentales aportadas se verificaba que al actor le eran reconocidas sus acreencias laborales de acuerdo a los términos pactados en el contrato primigenio pero, además, se le reconocía una suma por concepto de salario adicional por convención para que se ajustara a los términos del otrosí, así como otros ítems adicionales con los que se cumplió el objetivo de retribuir al accionante en los términos que se había pactado en el otrosí.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, señaló que, si bien con los comprobantes de nómina se demuestra que le fue cancelado el salario convencional, lo cierto era que no ocurría lo mismo con el pago de los demás beneficios extralegales establecidos en la convención colectiva de Ecopetrol.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación.

No es materia de discusión en esta instancia, que el demandante se vinculó con la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 5º de noviembre de 2013, para desempeñarse como Ingeniero de Campo; que se pactó como salario básico la suma de \$2.100.000 más un bono de \$120.000 por trabajo en campo, el cual fue disminuido por acuerdo de las partes y fue enviado a prestar sus servicios para el Cliente Ecopetrol; además que el vínculo laboral finalizó por decisión unilateral del empleador el 14 de marzo de 2016. Situaciones que son verificables, además, con el contrato de trabajo (f. º 8 a 16 y 119 a 127), el otrosí de 5º de noviembre de 2013 (f. º 17 a 18 y 128 a 131) y del 18 de agosto de 2015 (f. º 19 a 20), y la misiva de terminación del contrato (f. º 135).

Ahora bien, teniendo en cuenta que lo pretendido por el demandante es el reconocimiento de prebendas convencionales establecidas en la convención colectiva de trabajo de Ecopetrol en virtud del otrosí suscrito con la demandada el 5º de noviembre de 2013, necesario es precisar, que el estudio que realizará la Sala versará sobre las condiciones contractuales pactadas entre las partes en aquella oportunidad.

Pues bien, para dilucidar la controversia se considera importante anotar que las relaciones laborales se rigen por las condiciones pactadas entre el trabajador y el empleador en el acuerdo de voluntades que da paso a la existencia del contrato de trabajo, indistintamente de si este se materializa de manera verbal o escrita; así mismo por las cláusulas adicionales concertadas, las estipulaciones y convenios que se fijan y de

existir, por el reglamento interno de trabajo, la convención o el pacto colectivo, siempre y cuando aquellas disposiciones no desconozcan o desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establece la legislación del trabajo a la luz de lo normado en el artículo 13, 14 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo.

De este modo, en el caso bajo examen, en el contrato de trabajo firmado entre el actor y la sociedad demandada el 5º de noviembre de 2013 (f. º 8 a 16 y 119 a 127), aquellos establecieron que Diego Rodríguez se desempeñaría como Ingeniero de Campo con una asignación de \$2.100.000 mensual, más un bono de campo de \$120.000. En la misma calenda, las partes suscribieron un otrosí, en el que se indicó que, por la actividad del empleador, el trabajador prestaría sus servicios de manera temporal al cliente Ecopetrol, siendo necesario establecer unas condiciones especiales durante el tiempo que se prestara el servicio para éste.

Las condiciones especiales fueron pactadas de la siguiente forma (f. º17 a 18):

3. Que las condiciones especiales a que se refiere el presente otrosí, dependen única y exclusivamente de las exigencias que haga el cliente ECOPETROL (...)

Previas las anteriores consideraciones, las partes desarrollan a continuación el presente Otrosí, el cual se regirá por las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA PRIMERA: Durante el periodo en el cual EL TRABAJADOR preste sus servicios para el cliente ECOPETROL, en virtud del contrato MA-0031503, su cargo será homologado al de Ingeniero de Datos y el Nivel será VIII – conforme al Catálogo de Cargos, Escalafón General, del Régimen Convencional Vigente de Ecopetrol – USO.

*Adicionalmente y **sólo** si el cliente ECOPETROL lo exige, EL TRABAJADOR devengará el salario básico contemplado para el nivel y categoría del cargo asignado, conforme el Catalogo de Cargos, Escalafón General Régimen Convencional Vigente de Ecopetrol – USO, garantizándole un salario básico de \$3.566.280 mensuales, salario que se pagará de forma proporcional al tiempo efectivamente trabajado para el cliente ECOPETROL. Este salario cubre el salario básico acordado entre las partes en el contrato primigenio.*

*PARÁGRAFO 1: Durante el periodo en el cual EL TRABAJADOR preste sus servicios para el cliente ECOPETROL **y sólo** si el cliente ECOPETROL lo exige, el TRABAJADOR tendrá derecho a las primas y prestaciones extralegales*

contemplados en la convención colectiva vigente para dicha categoría, de forma proporcional al tiempo efectivamente trabajado para el cliente ECOPETROL por lo que durante dicho periodo, los beneficios extralegales acordados entre las aportes en el contrato de trabajo primigenio, quedan sin efecto, como quiera, que estos son sustituidos por los consagrados en la convención colectiva de Ecopetrol.

Tales beneficios son:

(...)

Dichos beneficios se calcularán de manera proporcional al tiempo labotado para el cliente ECOPETROL.”

Deviene entonces de lo anterior, que el pago de las prebendas convencionales al demandante que hoy se reclaman, se encontraba sujeto a que el cliente Ecopetrol lo exigiera. Así las cosas, a efectos de establecer si se dio o no el hecho generador, esta Colegiatura pasa a examinar los elementos de juicio aportados.

Encuentra la Sala acreditado en el plenario, que entre la sociedad Lupatech OFS S.A.S. y Ecopetrol se suscribió el contrato No. MA-0031503 (fº 278 y ss), documento que en su “CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA” estableció:

“(...)

*El CONTRATISTA **se obliga** a:*

*1. Conocer y aplicar la normatividad laboral de ECOPETROL **a todo el personal vinculado mediante contrato de trabajo y con dedicación exclusiva al contrato de ECOPETROL (...).***

(...)

*4. El contrato tiene un régimen salarial y prestacional convencional, por efecto de la aplicación del Decreto 3164 de 2003 o actas de acuerdo ECOPETROL – USO del 12 de diciembre de 2008 y 22 de agosto de 2009, el CONTRATISTA se obliga a pagar **a todo** el personal que vincule de manera exclusiva a la ejecución de aquel, **como mínimo, los salarios y prestaciones previstos en el Régimen Convencional de ECOPETROL.** VER ANEXO.*

*Los salarios y prestaciones del personal no escalafonado del CONTRATISTA, serán los acordados por las partes, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, **pero en ningún caso serán inferiores a los establecidos en la Tabla de Niveles Salariales para Carrera Técnica y Administrativa de ECOPETROL (...)**”*

Por su parte, la “GUÍA DE ASPECTOS Y CONDICIONES LABORALES EN ACTIVIDADES CONTRATADAS POR ECOPETROL”, (f.º 189 a 203), en su numeral 3.3 (f.º 191) establece:

“El personal que sea vinculado por causa o con ocasión del contrato celebrado con ECOPETROL SA y tenga dedicación exclusiva a éste, independientemente del tiempo de duración de su contrato de trabajo, se le hará extensivo el régimen salarial prestacional del contrato.

(...)

Mediante Acta de Acuerdo, ECOPETROL y la Unión Sindical Obrera USO, de fecha 22 de agosto de 2014, las partes enlistaron las actividades que se reconocerán con salarios y prestaciones pactados en la convención colectiva de trabajo firmada entre ECOPETROL SA y la USO a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y con exclusividad al contrato celebrado con ECOPETROL.

(...)

En el siguiente cuadro se resumen los salarios y prestaciones de los trabajadores de Contratistas.

Régimen laboral del contrato	Personal	Salario básico mínimo	Prestaciones
Convencional	Operativo	Tabla de Salarios Convencionales (Anexo 1)	Convencionales
	No operativo	Los salarios que pacten las partes (empleador y trabajador) nunca inferiores al salario mínimo legal mensual vigente	
	Operativo (Aseo, Alimentación, Transporte y Vigilancia)	Tabla de Salarios Operativos del Régimen Legal para Actividades Contratadas por Ecopetrol S.A. (Anexo 2)	
Legal	Operativo	Tabla de Salarios Operativos del Régimen Legal para Actividades Contratadas por Ecopetrol S.A. (Anexo 2)	Legales
	No operativo	Los salarios que pacten las partes (empleador y trabajador) nunca inferiores al salario mínimo legal mensual vigente	

De todo lo anterior se concluye, que el contratista desde la suscripción del contrato comercial con Ecopetrol S.A. se encontraba en la obligación de aplicar su normatividad laboral, de ahí que, debía sujetarse a las disposiciones contenidas en la Guía de Aspectos y Condiciones Laborales en las Actividades contratadas por Ecopetrol, documento que determinó que solo a los cargos operativos señalados en el Anexo 1, le era aplicable el régimen prestacional convencional.

De acuerdo con lo señalado en precedencia, es indispensable que el cargo desempeñado por Diego Alejandro Hernández Rodríguez se enmarque dentro de los denominados “operativos” de conformidad con la tabla del anexo 1.

Ahora bien, una vez examinado el material probatorio, más exactamente el denominado anexo 1 (f.º 204 a 208), se verifica que dentro de los cargos relacionados en la tabla, no se encuentra en ninguna categoría el de Ingeniero de Campo o Ingeniero de Datos desempeñado por el demandante, y si bien, en la contestación de la demanda se manifestó que la actividad que realizaba la demandada en virtud del contrato suscrito con Ecopetrol era de la categoría de “Operación de Subsuelo” (f.º 112) y que el actor “se desempeñó en labores en la línea de Well Testing” (f.º 110), lo cierto es que se aclaró que “nunca realizó actividades relacionadas con la operación ni reacondicionamiento de un pozo”, situación que debió a todas luces desvirtuar el actor a efectos de demostrar que sus labores se enmarcaban dentro de las señaladas en el anexo 1, pero así no aconteció. (subrayado de Sala).

Conforme lo anterior, se concluye que conforme a las normas y disposiciones laborales de Ecopetrol, el demandante no es beneficiario de las prestaciones convencionales reclamadas, pues estas solo fueron dispuestas para los trabajadores vinculados por el contratista que ejercían cargos específicos, dentro de los cuales no está el desempeñado por el actor; además, no se acreditó en el plenario, conforme lo acordado en el otrosí de 5º de noviembre de 2013, que el cliente Ecopetrol hubiese exigido a la sociedad demandada la aplicación de las prerrogativas convencionales para el cargo al que fue vinculado el demandante.

De esta manera, es claro que al cargo desempeñado por el actor solo le era aplicable la tabla de salarios convencionales, rubro que en esta instancia no se encuentra en discusión, pues fue admitido por la parte que el mismo se cancelaba conforme la convención colectiva.¹

¹ Recurso de apelación “se realizaba a cabalidad con el salario convencional”...“la forma en que liquidaba LUPATECH correspondía y cubría escasamente lo que es el salario convencional”

De conformidad con las anteriores consideraciones, se confirmará el fallo de primera instancia, pero por las razones expuestas.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

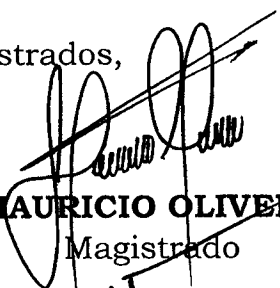
RESUELVE

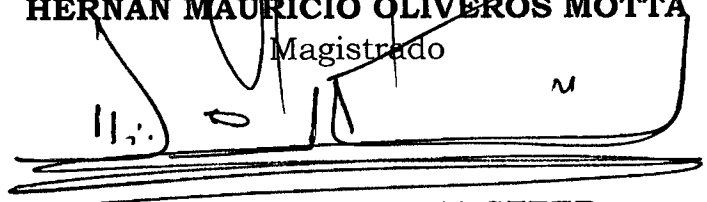
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de agosto de 2019, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia ante su no causación.

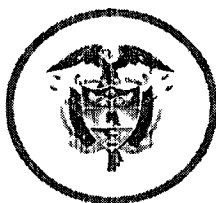
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 008 2015 00765 01.

DEMANDANTE: ESMERALDA ABONDANO LEÓN

DEMANDADO: SOCIEDAD COOPERATIVA ASMEDAS - COASMEDAS.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad, el 28 de junio de 2019.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde julio de 1991 hasta el 30 de noviembre de 2012, y que la indemnización por despido injusto debe calcularse conforme a los extremos antes señalados. Igualmente, se declare que el factor real prestacional a que tiene derecho asciende a 32.3888% y que el salario integral que le fue pagado durante todo el tiempo estuvo mal liquidado, por haberse reconocido apenas un 30% como factor prestacional.

En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la indemnización por despido injusto, en atención reales extremos laborales y el factor prestacional 32.88%; al reajuste de los salarios percibidos a lo largo del vínculo laboral con el factor prestacional 32.3888%; a realizar los aportes a pensiones correspondientes al periodo comprendido entre julio

de 1991 y abril de 1994; el pago de aportes de los periodos enero de 1997, julio, agosto y septiembre de 1.999, noviembre del año 2.000 y septiembre de 2.008. Asimismo, se conde al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, por no pagar la totalidad de salarios y prestaciones a la finalización del contrato, la indexación de las sumas que se lleguen a reconocer, lo que se pruebe *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró en 76 hechos que, en 1989 de manera independiente y desde su propia oficina prestó a la demandada servicios de consultoría y asesoría jurídica por evento. En julio de 1991 por instrucciones de la gerencia general empezó a acudir diariamente a las instalaciones de la demandada, donde le fue asignada una oficina entregada por el jefe de personal Edgar Yesid Orrego Escobar y los demás equipos necesarios para ejecutar sus funciones; que cumplió horario y recibió instrucciones del empleador, por lo que cerró su oficina personal.

Refiere que prestó servicios en atención de los procesos civiles, penales y laborales en los que era parte la cooperativa, los requerimientos, pliegos de cargos, inscripción de miembros del consejo de administración y juntas de vigilancia en Dancoop, como órgano de vigilancia y control de las cooperativas para la época, también realizó el acompañamiento a la gerencia general y a las comisiones designadas por el consejo de administración. Aduce que entre julio de 1991 y abril de 1994, por instrucción de la gerencia general y bajo su supervisión, además proyectó respuestas a derechos de petición formulados por los asociados, realizaba el cobro de cartera jurídica y prejurídica, asesoraba a la junta de vigilancia en procesos de exclusión de asociados, informes y quejas, participaba en comités de solidaridad de COASMEDAS, preparaba y proyectaba resoluciones y acuerdos expedidos por el consejo de administración y la junta de vigilancia.

Igualmente, debía desplazarse a las seccionales para atender asuntos jurídicos y administrativos; elaboraba, revisaba y proyectaba toda la contratación de bienes y servicios y lo relacionado con los proyectos y

anteproyectos de vivienda, participaba en comités ejecutivos; atendía acciones de tutela, realizaba inducción a los gerentes sobre temas de área jurídica; también en el periodo referido asesoró a la cooperativa en la compra de un lote en la calle 100, en el proyecto para asociados en Bucaramanga; diseñó e implementó todo el departamento jurídico; tenía a su cargo el estudio de títulos, el análisis constitución y elaboración de garantías presentadas en el área de crédito, cartera y cobranzas. Adicionalmente, debía atender las demás órdenes que se le dieran desde la gerencia general. Manifiesta que por los servicios prestados recibió como honorarios profesionales para el año 1991 \$90.000 y de marzo a abril de 1994 percibió \$966.240.

Indica que el 2º de mayo de 1994, suscribió con la demandada un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como directora jurídica nacional; sin embargo, en nada se modificaron las funciones o condiciones de trabajo que se adelantaban desde el año 1991, según consta en certificado expedido por la cooperativa el 19 de julio de 2013. Allí se pactó como salario la suma de \$1.283.100 y que para el año 2012 el salario correspondió a \$14.481.980. Aduce que, según certificado expedido por la demandada, el factor prestacional de la cooperativa corresponde al 32.3888%, por ello, su salario integral fue mal calculado ya que solo se incluyó como factor prestacional el 30%. En consecuencia, la indemnización por despido injustificado y las vacaciones fueron mal liquidadas.

Señala que, en el año 2012 se presentaron conductas constitutivas de acoso laboral que le ocasionaron disminución de su salud. Fue víctima de agresiones por parte de algunos consejeros y sus funciones se vieron disminuidas y debían contar con la aprobación del consejo para ejecutarlas. Para agosto de 2012 cuando se cumplían 50 años de la cooperativa, la demandante no estuvo de acuerdo con los gastos de la celebración en razón a que afectaba la liquidez, hecho que no fue del agrado del Consejo. Menciona que el 27 de noviembre de 2012, presenta comunicación para poner de presente asuntos relacionados con la gobernabilidad de la cooperativa y la situación general de esta, de la que

recibió como respuesta la terminación del contrato sin justa causa. Que de acuerdo con la liquidación final elaborada por la demandada el vínculo inició el 2º de mayo de 1994 y finalizó el 30 de noviembre de 2012, además la demandada incurrió en mora en el pago de los aportes a pensiones en algunos periodos (fº. 1 a 72).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia de la cooperativa y su objeto social, respecto de los demás manifestó no se ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica. (fº. 772 a 796).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de junio de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 31 de julio de 1991 y el 30 de noviembre de 2012, en el que desempeñó como último cargo el de gerente general. Determinó los salarios devengados y estableció que el último ascendió a \$14.461.980. Condenó a la demandada a cancelar \$296.129.127, por concepto de diferencia de la indemnización por despido injustificado. Ordenó a la demandada cancelar el cálculo actuarial correspondiente a los aportes del periodo comprendido entre el 31 de julio de 1991 y el 30 de abril de 1994. Igualmente, dispuso a la accionada a cancelar diferencias respecto de los aportes a pensiones para los periodos julio a septiembre de 1999 (fº. 1.235 y 1.236).

En sustento de su decisión, indicó que la demandante logró demostrar la prestación personal del servicio con anterioridad al 30 de abril de 1994 en idénticas condiciones a las que tuvo cuando suscribió el contrato de trabajo, por lo que era procedente determinar la indemnización por despido injusto con todo el tiempo laborado. Encontró que la demandada canceló a la actora como parte del salario integral el 30%

como factor prestacional, pues si se registraba un porcentaje mayor ello ocurría por la inclusión de las vacaciones, que no son factor prestacional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recursos de apelación.

Recurso apelación demandante

Sostuvo la parte actora que, al reconocer la vinculación de la demandante, era lógico inferir el reconocimiento de las cesantías y de la sanción contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1999. Arguyó que la indemnización no fue indexada, como correspondía. Sostuvo que el factor prestacional real es del 32.3888%, por lo que se debe condenar a la demandada a reajustar los pagos salariales que existieron a lo largo del contrato.

Igualmente que existían prestaciones extralegales, prima de navidad equivalente a una salario anual, prima de vacaciones equivalentes a 8 días de salario, prima de antigüedad mensual equivalente a \$300.000 incrementados por el mismo valor por cada tres años, prima de antigüedad cada 5 años, equivalentes a 5 años $\frac{1}{2}$ salario, 10 años 1 salario, 15 años 1 $\frac{1}{2}$ salarios y 20 años 2 salarios, lo que se prueba con los documentos obrantes en el proceso, en actas en las que se reglamentan estos beneficios y con el testimonio de **Carlos Julio Silva** quien pretende desdibujar el cálculo del factor prestacional, expresando que el error se debió a que tomaron en consideración las vacaciones.

Sostuvo que los testigos señalaron que la **prima de antigüedad** era tomada en cuenta como factor salarial para efecto de la liquidación del contrato de trabajo. De otra parte, alegó que la demandada debe ser condenada a reconocer y pagar sanción moratoria, por su actuar de mala fe, pues a sabiendas de que existió un vínculo laboral entre 1991 y 1994, ha pretendido negar su existencia. Alegó que la demandante tenía como superior al consejo de administración, órgano que tenía a su cargo fijar su

remuneración y cualquier otro pago o beneficio, siendo así que de manera unilateral no podía ordenar el pago para sí, de los conceptos que no le fueron cancelados en vigencia de la relación laboral.

Recurso Apelación demandada

El apoderado de la parte demandada señaló a su turno que deben ser revocadas todas las condenas. Arguyó que entre el 31 de julio 1991 y el 30 de abril de 1994, no existió un contrato de trabajo entre las partes, dado que conforme a las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que en ese periodo la demandante prestó servicios como asesora jurídica, lo cual efectuó en desarrollo de la profesión liberal de abogado en forma independiente. Arguyó que el juzgado restó importancia al testimonio de Angélica Leal quien para la fecha era la gerente de la sociedad demandada, quien adujo que la accionante no estaba sometida a subordinación y si bien en forma esporádica absolvía conceptos y adelantaba otras acciones de carácter jurídico, ello lo hacía como profesional independiente, sin estar sujeta a horario, instrucciones u órdenes, pues la testigo asegura que nunca se las impartió, con lo cual queda desvirtuado el elemento de subordinación.

Alegó que es equivocado concluir que a la actora le fue asignado una oficina y un parqueadero, pues la testigo Luz Miryam señaló que la demandante antes de 1994 nunca tuvo asignada una oficina y que tampoco se le pudo haber asignado un parqueadero porque solamente había dos y el local en el que funcionaba la cooperativa solo era utilizado por la gerencia y miembros del consejo de administración. Explicó que cuando la demandante asistía, desarrollaba sus funciones en una sala de juntas que había dispuesta en la oficina de la gerente.

Refirió que, con estos testimonios, se desvirtúa la subordinación y demuestra que la demandante actuó de forma autónoma e independiente. Refiere que es improcedente la condena a la reliquidación de la indemnización por despido injusto, como quiera que la cooperativa tomó en cuenta para determinarla el periodo en el que estuvo vigente el contrato

de trabajo y tampoco sería procedente el pago del cálculo actuarial por aportes causados entre julio de 1991 y abril de 1994, al no existir contrato de trabajo, por ello, no tenía la obligación de pagar los referidos aportes, por estar a cargo de la demandante en su condición de trabajadora independiente. Además, que no procede el pago del cálculo actuarial, por cuanto, la demandada en todo caso afilió a seguridad social a la promotora, por lo que a lo sumo y en el hipotético caso de que se considere la existencia de contrato, procedería otro tipo de pago, pero nunca un cálculo actuarial, que solo está previsto en la ley para ciertas circunstancias.

De otra parte, alegó que, en relación con los aportes del año 1999, al revisar la audiencia en la cual se fijó el litigio, se puede concluir que esa pretensión fue desistida por la parte demandante, por considerar que conforme a la documental aportada por la cooperativa no había ningún reclamo al respecto.

Para resolver los recursos presentados, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

1. DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO DE TRABAJO

Por razones de método la Sala en primer término atenderá el recurso interpuesto por la parte demandada, el cual se contrae a solicitar la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al argumentar en un primer plano que, entre las partes no existió un contrato de trabajo a partir de julio de 1991 hasta abril de 1994, como quiera que en este periodo la gestora del proceso prestó servicios profesionales de abogada, en forma autónoma e independiente, sin que mediara subordinación alguna.

Pues bien, para dilucidar tal cuestionamiento, anota la Sala que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Esta disposición se entiende en el sentido que al trabajador le basta demostrar que prestó el servicio para que se presuma que existe dicha vinculación. Es decir, no es necesario que el trabajador demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral ni la remuneración a la misma, criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de vieja en Rad. 24476 del 7 de julio de 2005; SL 16528-2016; SL2480-2018.

En el presente caso, para demostrar la existencia del contrato de trabajo entre julio de 1991 y abril de 1994, la demandante aportó los siguientes documentos: Comprobantes de pago de honorarios mensuales (fls.86 a 111); comprobantes de pago de viáticos (fls.113 y 114); Acta No.752 del 8 de mayo de 1992, en la que se indica que el Consejo analiza el concepto jurídico presentado por la demandante quien opinó que el recurso presentado por la Dra. Cecilia Romero no cumplió con las disposiciones que sobre legalización se encontraban vigentes (fls. 682 a 692); Acta No. 754 del 5 de junio de 1992, en la que se precisa que, para el estudio del recurso de reposición de la asociada Cecilia Romero Parra “se contó con la asesoría legal de la Dra. Esmeralda Abondano León” (fls.705 a 707); Acta No. 758 del 21 de agosto de 1992, en la que consta que se leyó concepto jurídico elaborado por la demandante (fls.707 a 711); Acta No. 767 del 6 de febrero de 1993, en la que se consignó concepto jurídico emitido por la accionante y el pago de la correspondiente indemnización; Actas No. 778 779 780 781 785 786 787 suscritas entre el 20 de agosto de 1993 y el 4 de marzo de 1994 en las que se relaciona indistintamente a la promotora del juicio como asesora legal o asesora jurídica (fls.722 a 756).

A solicitud de la parte demandante, fueron practicados los testimonios de Oswaldo Barrera Guauque, Fernando Jiménez Gómez y Edgar Yesid Orrego Escobar.

El primero de ellos, Oswaldo Barrera Guauque, dijo que conoció a la demandante en el año 1990, específicamente en la reunión en que fue elegido **miembro del consejo de administración de COASMEDAS, encargo que ostentó hasta el año 2.000**. Señaló que le consta que desde el primer momento la accionante lo acompañó de manera permanente en todas las reuniones del consejo de administración, incluso cuando se realizaban en las regionales; aseguró que ella realizó acompañamientos en las salidas de capacitación que ordenaba el consejo y que se gestionaban a través de la gerencia; también en las visita a los proyectos de vivienda, las cuales eran ordenadas directamente por el testigo, por ser él, el encargado del comité de vivienda de la cooperativa y precisó que era la gerencia que tenía a su cargo el ordenamiento de gastos, quien enviaba a la demandante. Al punto, trajo como ejemplo los proyectos de Bucaramanga y Pereira, el primero que duró dos años a partir de 1991 y el segundo que arrancó en 1992, extendiéndose por tres años.

Manifestó que, en todos los procesos laborales, civiles, tributarios, era la demandante la responsable jurídica de la cooperativa. Dijo que él pasaba después de las 4:00 p.m. y visitaba las instalaciones de la demandada hasta las 7:00 p.m. y la accionante siempre estaba allí, y le colaboraba en lo que era objeto de su trabajo. Adujo que la libelista tenía asignada su oficina, un lugar de trabajo, precisó al respecto que inicialmente la cooperativa funcionaba en un lugar el cual les *“quedó estrecho”*, por lo que compraron el edificio del lado y en donde se organizó, formalizó y estructuró las diferentes áreas de la cooperativa, lo que sucedió más o menos a mediados del año 1990, y allí se asignó una oficina a la demandante en el tercer piso, en la que en cualquier momento podía ser ubicada; lo que no sucedía con asesores como Belisario Guarín, que solamente se presentaba cuando le era solicitado un concepto. Dijo que la demandante estaba siempre para atender y apoyar como abogada de la cooperativa, los consejos de administración y los comités. Además, tenía que responder por todos los procesos jurídicos, realizaba todo lo relacionado con contratación, la implementación de los proyectos de vivienda apoyaba la junta de vigilancia.

Precisó *“ella dependía directamente de la gerencia general de la cooperativa, que era su jefe natural y su jefe único, no tenía ninguna otra persona que le estuviera determinando, sus horarios, su actividad o sus obligaciones”* expresó también que *“por parte de ella no había autonomía ni independencia”*; sobre el particular, también indicó que presenció como la accionante llamaba a la gerente Angélica Leal para pedirle permisos.

Igualmente, aseguró que en el año 1994 se dio la formalización del contrato laboral, pese a que antes, de manera repetitiva, se solicitó, incluso por parte del deponente la formalización del vínculo laboral. Aseguró que *“permanentemente el revisor fiscal les recomendaba en los consejos de administración que se legalizara el contrato de ella, dado que ella no era una asesora, sino una funcionaria permanente, era una persona que permanecía en la cooperativa todo el tiempo”*. Preciso que las funciones de la promotora del juicio cuando inició el contrato de trabajo en 1994, no cambiaron y *“desde el principio no hubo absolutamente ninguna diferencia entre el primer día que me apoyó hasta el día en que se formalizó el proceso”* *“se le adicionaron fue más funciones de las que tenía como abogada de la cooperativa”*. Dijo recordar que se pactó con la demandante el pago de salario integral que tuviera un factor prestacional, que incluyera todos los beneficios que recibían los demás trabajadores, para que fuera equivalente y en igualdad a los demás empleados.

Por su parte el testigo Fernando Jiménez Gómez, aseguró que conoció a la demandante en el año 1987, porque compartía oficina privada con ella, más o menos hasta el año 1991, cuando a ella *“le salió un puesto”* con una entidad de salud y el deponente se hizo cargo de varios procesos que accionante llevaba. Dijo que adelantó para COASMEDAS varios procesos ejecutivos en los años 1992 y 1993 por lo cual, visitaba las instalaciones de la demandada para informar a la señora Esmeralda Abondano cómo iban los mismos, para tal efecto la visitaba en su oficina ubicada en el 2º o 3º piso.

El testigo Edgar Yesid Orrego Escobar, dijo haber trabajado con la demandante en COASMEDAS desde el año **1988 y hasta el año 1996**,

cuando fue despedido. Aseguró que la promotora del juicio entró en 1991, porque antes trabajaba como asesora externa jurídica con el *“Dr, Vargas”* quien sufrió un accidente y en ese momento la doctora Angélica Leal *“fue nombrada como gerente”* *“ahí la doctora Angélica me llamó para que le diera una oficina a la doctora Esmeralda que ella iba a ser la asesora jurídica por tiempo completo, también que le asignara su sitio de parqueadero, que le diera línea telefónica, todos los elementos para que ella desarrollara la labor, que le presentara las sucursales de COASMEDAS, los funcionarios, las agencias”*. Manifestó que posteriormente en el año 1994, fue nombrada como directora jurídica y en ese momento lo llamaron y le dijeron que explicara cómo era lo de la carga prestacional para el salario integral, pues la cooperativa tiene varias primas extralegales, que ascendían al 33% de factor prestacional, sin embargo, *“la doctora Olga Duarte decía que era del 30%”* *“se le hizo un contrato 70/30”*. Preciso que no vio el contrato.

Dijo también el testigo que por instrucción de la doctora Angélica la demandante debía asistir todos los días y que él mismo le explicó el horario, le dio la inducción de la cooperativa y también las llaves de la oficina que previamente le había entregado, ubicada en el tercer piso del edificio. Mencionó que en la cooperativa había varias secretarías que podían colaborarle a la demandante y estas eran remuneradas por COASMEDAS. Aseguró que las funciones de la accionante, en lo que a él correspondía **como jefe de personal**, se relacionaban con el apoyo en procesos laborales, el cambio a la Ley 50 de 1990, realizaba contratos de prestación de servicios, daba capacitación a los gerentes y a las empresas en la parte de cartera. Dijo que para el año 1991, a la actora se le cancelaban honorarios, estos que casi, mensualmente, se le incrementaban debido a las reclamaciones que ella misma hacía bajo la premisa de existir un contrato de trabajo que tenían que legalizarle, *“entonces la doctora Angélica en cambio le hacía incrementos”*. Manifestó que entre los años 1991 y 1994, era la doctora Angélica quien impartía instrucciones a la demandante, quien no podía actuar con total autonomía.

Precisó igualmente el deponente que para la época existía un timbre para marcar la entrada; señaló que él llegaba temprano y ya la demandante estaba en las instalaciones de la empresa y que siempre trabajaban hasta tarde, especialmente cuando se realizaban reuniones. Refirió que si la promotora del juicio quería ausentarse en este periodo debía decirle a la Doctora Angélica para donde iba y de ser necesario para atender asuntos personales, pedir permiso. Explicó que él, el revisor fiscal y varios miembros del consejo de administración, de manera insistente solicitaron la formalización del vínculo laboral de la demandante, pero ello, sólo sucedió después de un atraco en el que ella resultó herida y pasaron un gran susto, pues no estaba afiliada a seguridad social.

De otra parte, a solicitud de la demandada COASMEDAS fueron practicados los testimonios de Angélica Leal Olaya, Carlos Julio Silva López y Luz Miriam Rodríguez Parra.

Angélica Leal Olaya, manifestó haber sido **gerente general** de COASMEDAS durante 20 años, dijo que ella misma vinculó a la promotora del juicio mediante un contrato de prestación de servicios el que se extendió entre julio de 1991 y abril de 1994, para realizar asesorías jurídicas por escrito. Puntualizó que por esas asesorías no se le exigía presentar una cuenta de cobro y lo que se hacía era pagarle mensualmente. Preciso que, al principio la demandante visitaba la cooperativa de forma esporádica, solo cuando se le necesitaba y señaló que, si estaba en la cooperativa todos los días, era porque ellas dos tenían una amistad y almorzaban juntas, incluso lo hacían con la gerente de la época. Aseguró que la demandante no tenía oficina porque el lugar era muy estrecho, así que cuando iba, se reunían como en una sala de juntas y allí, en esta, en ocasiones cuando había reunión del consejo esperaba la demandante, por si había que hacer alguna aclaración sobre los conceptos jurídicos que ella emitía. Que la actora no cumplió horario o pedir permiso para ausentarse. La deponente sostuvo que esporádicamente confirió poder a la demandante para que representara judicialmente a COASMEDAS.

Señaló, que en varias ocasiones invitó a la accionante a capacitaciones fuera de la ciudad relacionadas con el crecimiento de la cooperativa y lo hacía porque pensaba en ella como jefe del departamento jurídico. Dijo que nunca se le exigió el pago de seguridad social para cancelar los honorarios, porque era la asesora jurídica y fue ella misma quien indicó como debía hacerse el contrato; además que el valor de los honorarios era incrementado en atención a la canasta familiar y a que la demandante le dijo *“que no le estaban entrando muchos clientes, que tenía problemas económicos”* y le pedía un aumento, a lo que la testigo no le mereció ninguna objeción entonces *le preguntaba cuáles son sus pretensiones, ella me ponía sus pretensiones y lo acordábamos*”, y que para evitar la negociación el consejo luego fijó el aumento en un 20%. Aseguró que solo se vinculó a Esmeralda Abondano mediante contrato de trabajo en el año 1994, cuando hubo una reestructuración y se creó el departamento jurídico.

El testigo Carlos Julio Silva López, dijo que labora en la cooperativa demandada desde el año 1992, cuando ingresó como digitador, que desde hace 4 años es el contador. Adujo inicialmente que no sabía que actividades desempeñó la demandante entre los años 1991 y 1994, tampoco cuanto le pagaban por honorarios, pero precisó que ella ejerció los cargos de directora jurídica, secretaria general, gerente encargada y después gerente en propiedad. Dijo que cuando inició como contador de la cooperativa en el año 2013, la accionante era la secretaria general. Aseguró que la libelista y otros empleados de la parte administrativa y algunas gerencias devengaban salario integral, el que incluía un 30% de factor prestacional. Además, mediante acuerdo del consejo, se estableció la prima extralegal de antigüedad.

A su turno, Luz Miriam Rodríguez Parra expresó que trabajó en la cooperativa **39 años, entre los años 1976 y 2015**. Que en 1990 estuvo en el área de contabilidad, **en 1991 como secretaria de la subgerencia** y a finales de esta anualidad fue nombrada secretaria de la gerencia hasta el año 2.009. Igualmente, con posterioridad y hasta el retiro laboró en el área de cartera. Afirmó que conoció a la accionante más o menos en 1989 –

1990, porque era amiga del gerente y otras personas, entonces visitaba con frecuencia la oficina. Aseguró que se le pedían esporádicamente conceptos y la demandante los emitía por escrito y a veces iba a la cooperativa, que esto lo hacía a través de un contrato de prestación de servicios, pero anotó no conoció los detalles de dicho contrato, pero sabía que la demandante no cumplía horario y que presentaba cuentas de cobro.

Dijo la testigo desconocer quien apoyó jurídicamente a COASMEDAS cuando se dieron los cambios con la Ley 50 de 1990. Aseguró que la demandante solo tuvo oficina a partir de 1994, cuando se dio la reestructuración de la cooperativa y en este momento ya estaba de tiempo completo, precisó aquí que tampoco tenía parqueadero porque estaba el espacio de la gerencia y unos pequeños para los asociados. Refirió que la gerencia general era la que asignaba funciones y le ordenaba desplazamientos a la promotora del juicio, en el periodo comprendido entre los años 1991 y 1994. Más adelante señaló que ella en el año 1991, como secretaria de la subgerencia trabajaba en el 4º piso del edificio, dijo que luego se dio la reestructuración y tuvieron que trasladarse a otros lados y que finalmente a partir del año 1994 la demandante quedó ubicada en el tercer piso del edificio.

Ahora, dentro de los documentos traídos al proceso por la demandada se encuentran la hoja de vida de la demandante, en la cual se evidencia que en la experiencia laboral se relaciona el cargo de asesora jurídica a COASMEDAS, entre los años 1988 y 1994 y el cargo de jefe de división jurídica de la misma cooperativa entre los años 1994 y 1996; además se señala en un solo cuerpo las funciones desempeñadas en ambos cargos y en los dos periodos (fls. 840 a 845). Obra solicitud de conceptos a la demandante (fls 888 a 897). Allegó también, comunicación del 24 de diciembre de 1993 suscrita por Angélica Leal Olaya como gerente general de la demandada, en la que le solicita a la accionante, informar directamente a los revisores fiscales Ernst & Goung Colombia sobre la situación de los litigios y /o reclamos pendientes o potenciales que judicial o extrajudicialmente adelantara como apoderada o sobre los cuales tuviera conocimiento (fl 898). Acta No. 788 del 18 de marzo de 1994 en la que se

relaciona a la accionante como asesora jurídica (fls. 929 a 937); Acta No. 796 del 9 de septiembre de 1994 en la que se transcriben conceptos jurídicos por Esmeralda Abondano Leal ya como jefe de división jurídica; cuentas de cobro presentadas por la demandante para los meses de abril y junio de 1991 y enero de 1992 (fls. 945 a 947); planilla de pago de salarios de COASMEDAS en la que se relaciona el pago de honorarios a la demandante para abril de 1994 (fl. 948); comprobantes de pago de honorarios profesionales para agosto y octubre de 1992, enero, febrero, marzo, julio y noviembre de 1993 (fls. 1054 a 1064).

En ese horizonte, analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario conforme el artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Sala que la parte actora, tal como se lo impone el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, logró demostrar la prestación personal del servicio en favor de la demandada COASMEDAS en el periodo comprendido entre julio de 1991 y abril de 1994. Por tal motivo, era carga de la prueba de la demandada conforme el artículo 167 del Código General del Proceso, demostrar la ausencia de subordinación durante la ejecución de las labores efectuadas por la promotora del juicio, lo cual no ocurrió, dado que la tesis sostenida por la parte pasiva, según la cual la señora Esmeralda Abondano León ejerció su profesión de abogada de forma autónoma e independiente mediante un contrato de prestación de servicios, carece de respaldo probatorio.

En efecto, véase como la demandada ni siquiera aportó el contrato de prestación de servicios, pues se limitó a allegar a folio 847, otro sí, en el cual se modificó el término a nueve meses a partir del 1º de enero de 1992. Es más, la testigo Angélica Leal Olaya, quien para los años 1991 a 1994, se desempeñó como subgerente y gerente de la demandada, manifestó que la demandante no presentaba cuentas de cobro, que se le pagaba por lo que hacía, no obstante, más adelante al ser cuestionada por los constantes y muy significativos aumentos en los honorarios reconocidos a la demandante, que pasaron de ser en el año 1990 de \$90.000 a \$966.240 en 1994, dijo que se daban porque la demandante pedía aumento, ante el Incremento del costo de la canasta familiar y le exponía situaciones de

dificultad económica, entonces, la testigo como gerente se los otorgaba, explicación esta que no resulta lógica, ni racional para la Sala.

Asimismo, aunque los testigos Angélica Leal Olaya, Carlos Julio Silva López y Luz Miriam Rodríguez Parra, señalaron que la demandante entre los años 1991 y 1994, se presentaba a la cooperativa con frecuencia, ello sucedía porque tenía vínculos de amistad con varias personas allí y en ocasiones a rendir algún concepto, también manifestaron que en esa época la demandante no tenía oficina, ni parqueadero, tampoco puesto y elementos de trabajo. Sin embargo, su dicho al menos, en lo que respecta a los testigos Silva López Y Rodríguez Parra se dio desde los cargos que ejercían, el primero, como digitador y la segunda, como secretaria de la subgerencia que para la época que importa al proceso no tenían mayor contacto con la promotora del juicio. Respecto de la testigo Angélica Leal Olaya, hay que señalar que, aunque se desempeñó como gerente, lo cierto es que su dicho resultó inconsistente en varios apartes, pues no fue precisa, ni coherente en relación con las anualidades a que hacía referencia en sus manifestaciones. Por el contrario, trató de hacer ver que la prestación del servicio en esta primera etapa se dio conforme a las reglas que la hoy accionante impuso.

Se advierte en este caso que la declaración de los testigos referenciados anteriormente, pierden suficiencia y solidez al contrastarlos con los testimonios de Oswaldo Barrera Guauque y Edgar Yesid Orrego Escobar, quienes tuvieron contacto directo con la accionante entre los años 1991 y 1994, el primero, como miembro del consejo de la cooperativa, quien señaló haber trabajado con la accionante de manera directa, principalmente en los proyectos de vivienda que este tenía a su cargo fuera de Bogotá, para lo cual requirió de su constante asesoría y acompañamiento, incluso en desplazamientos fuera de la ciudad. El segundo, aseguró haber sido la persona que entregó la oficina y equipos de trabajo a la demandante en el año 1991, por ser el encargado de recursos humanos. Estos dos testigos, además de tener un trato directo con la accionante, expresaron que ellos mismos solicitaron a la gerencia la regulación de la relación laboral con la señora Abondano León, mediante

contrato de trabajo. Es más, los deponentes coincidieron en enumerar varias funciones a cargo de la demandante, relacionadas con las ocupaciones y roles que ellos mismos cumplían dentro de la cooperativa, de manera organizada cronológicamente y coherente, lo cual encuentra respaldo en los documentos aportados, tales como, la representación judicial, el apoyo a los consejos y la preparación de asuntos que requerían la disponibilidad de tiempo.

También llama la atención para el Tribunal, el hecho que para 1994 se materializara un contrato de trabajo entre las partes, lo que deja entrever aún más, no solamente la coherencia de los testigos Oswaldo Barrera Guauque y Edgar Yesid Orrego Escobar, cuando afirman que siempre procuraron por la formalización de las funciones de la trabajadora mediante un contrato de trabajo, sino que esas labores desplegadas por la actora, eran de gran relevancia e imprescindibles para el funcionamiento de la cooperativa, lo que desvirtúa la supuesta autonomía e independencia.

Así las cosas, como quiera que la realidad se impone a las formas contractuales asumidas o acordadas por las partes, según lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Nacional, habrá de declararse la existencia de contrato de trabajo entre la demandante y la demandada COASMEDAS, a partir de **31 De Julio De 1991 hasta el 30 de noviembre de 2012**, como acertadamente concluyó el *A quo*, por lo que no hay lugar a revocar la sentencia en este punto, en consecuencia, tampoco en cuanto ordenó la reliquidación de la indemnización por despido injusto, pues esta encontró fundamento en la declaratoria de existencia del vínculo laboral en los extremos antes indicados. Valga señalar aquí, que ningún reparo mereció a las partes la liquidación de la indemnización, por lo que la Sala se releva de realizar verificación alguna al respecto.

2. DEL CÁLCULO ACTUARIAL

En otro punto de apelación, argumenta la demandada que no procede la condena por concepto de cálculo actuarial correspondiente a los

aportes causados entre julio de 1991 y 1994, ante la ausencia de contrato laboral, y de haber existido, se encuentra probado que la demandada afilió a la accionante a pensiones, por lo que otro sería el pago al que habría lugar, pero insiste no un cálculo actuarial.

Sobre el particular, ha de precisar la Sala que el pago de aportes en mora está previsto para aquellos eventos en los que los empleadores incumplen su obligación de cancelar oportunamente las cotizaciones a sus trabajadores, previo reporte oportuno de la vinculación de su empleado. Por otro lado, al pago del cálculo actuarial concurre aquellos patronos que omitieron notificar a la administradora de pensiones de la existencia del vínculo laboral en un periodo determinado.

En relación con el asunto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14388-2015, precisó:

“Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores. Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro

(...)

*Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, **con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.**”*

En este horizonte, como quiera que se encuentra probada la relación laboral en el periodo señalado, estima la Sala que es procedente condenar

a COASMEDAS a cancelar el cálculo actuarial correspondiente, pues entre el 31 de julio de 1991 y el 1º de mayo de 1994, no reportó al Instituto de Seguros Sociales la vinculación de la trabajadora, hecho que solo fue notificado a partir de 2º de mayo de 1994, según consta a folio 825.

Así las cosas, tampoco en este punto le asiste razón a la demandada por lo que habrá de confirmarse la condena analizada.

3. DE LAS DIFERENCIAS EN LOS APORTES PENSIONALES

Finalmente, expone en el recurso la demandada que no hay lugar a cancelar diferencias en el pago de los aportes correspondientes a julio, agosto y septiembre de 1999, pues en la etapa de fijación del litigio la parte accionante, desistió de esta pretensión.

Pues bien, escuchado el audio correspondiente a la audiencia celebrada el 4º de mayo de 2017 que milita a folio 1.106 del expediente, se encuentra que a partir del minuto 08:00, tal como se argumenta en el recurso, el apoderado de la parte accionante desistió de las pretensiones relacionadas con el pago completo de aportes a pensión, al señalar que dicha situación ya había sido corregida e informada por la demandada. En este orden de ideas, este asunto no debió ser objeto de pronunciamiento por parte de la jueza en su sentencia.

No pasa por alto la Sala que el apoderado de la promotora del juicio señaló que no había lugar a pronunciarse sobre las pretensiones novena y décima, no obstante, tomando en contexto sus manifestaciones se entiende que solo desistió del pago de los aportes posteriores al año 1994, no así, del pago de los aportes causados entre julio de 1991 y abril de 1994, pretensión esta que corresponde a la novena declarativa.

Dicho lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia, en cuanto condenó a la demandada a reconocer y pagar diferencias de aportes en pensión junto con los respectivos intereses de mora para los

periodos: julio, agosto y septiembre de 1999 y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

4. DE LAS CESANTÍAS Y LA SANCIÓN POR SU NO CONSIGNACIÓN

Pasa ahora la Sala a atender el recurso de apelación de la parte demandante, el cual argumenta, en primer lugar, que al reconocer la vinculación de la demandante era lógico inferir el reconocimiento de las cesantías y de la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Frente al particular, el Tribunal acota que las pretensiones indicadas en el recurso no se encuentran relacionadas en el escrito de demanda visible a folios 1 a 76, y el reconocimiento de las mismas no fue abordado por el juez de primera instancia, por lo que la Sala no está llamada a analizarlas al atender la apelación.

Lo anterior en atención a que las facultades *ultra y extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segunda instancia, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y además no se puede sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el art. 29 de la Constitución Nacional. En consecuencia, la Sala no puede condenar a la demandada COASMEDAS a reconocer auxilio de cesantías o la sanción por su no consignación a un fondo, por lo que este argumento de apelación no conduce a modificar la decisión analizada.

5. DEL FACTOR PRESTACIONAL

En segundo lugar, la promotora del juicio que la demandada debe ser condenada a reajustar los salarios cancelados a lo largo del vínculo laboral con fundamento en el factor prestacional del 32.388%, el cual debe ser aplicado a las prestaciones extralegales correspondientes: prima de navidad, vacaciones y antigüedad, las que se encuentran probadas con los documentos aportados y con el testimonio de Carlos Julio Vargas, quien pretendió desvirtuar el factor prestacional indicado, al señalar que fue certificado el mismo, pues se tomó en cuenta como factor las vacaciones.

Para dilucidar tal tópico, conviene precisar que conforme lo indica el Código Sustantivo del Trabajo, las partes puede convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, al disponer el numeral 2º de su artículo 132, que:

“....., cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

Pues bien, de conformidad con el contrato de trabajo suscrito por las partes el 2º de mayo de 1994 (Fls 118 a 121), se tiene que estas pactaron acogerse al sistema de salario integral al indicar que para la fecha sería en cuantía única y total de \$1.283.100 y dejaron consignado: *“Se deja expresa constancia que el salario integral pactado en este contrato tiene en cuenta el factor prestacional de la empresa y que en todo caso supera el monto de los diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incrementado en un 30% y que dicho factor prestacional será calculado por la empresa a como lo establece la ley”.*

Así la cosas, conviene precisar que, al leer el escrito de demanda, la parte accionante insiste en que el factor prestacional que le debió ser cancelado asciende al 32.388%, pues así le fue certificado por COASMEDAS, sin embargo, no se detiene a señalar cuáles son las

prestaciones extralegales que han detenerse en cuenta en su caso para determinar dicho factor.

Al hacer el análisis de esta pretensión, la jueza concluye que por un error el porcentaje alegado en la demanda, se extrae de un certificado expedido por la demandada de fecha 21 de agosto de 2014; sin embargo, al remitirse la Sala al expediente, se verifica que el certificado realmente fue emitido el 2º de octubre de 2013 (Fls 532 y 533) y concluye que si bien de todos los factores allí relacionados se obtiene un factor prestacional del 32.388%, ello obedece a que fue incluido de manera equivocada el monto correspondiente a vacaciones, que excluye la ley del factor prestacional para este tipo de salario.

No obstante, encuentra la Sala que lo que pretende la parte accionante en el recurso, es que en esta instancia se valide si la prima de antigüedad debía incluirse en el cálculo del factor salarial, pretensión que no se encuentra incluida en el libelo introductorio, tampoco abordada por la jueza al hacer el análisis respectivo, por lo que como se explicó antes, la Sala no puede pronunciarse al carecer de facultades *ultra y extra petita*.

Es de anotar que el hecho que algunos testigos hayan sido interrogados sobre la inclusión de esta prima en su factor salarial, no habilita a la Sala para abordar el asunto. En todo caso, no se desconoce ningún derecho mínimo a la promotora del juicio, pues a lo largo del escrito introductorio se confiesa que COASMEDAS siempre canceló el factor prestacional del 30%, circunstancia que encontró probada la jueza de primera instancia al realizar los cálculos para cada año, conclusión que no mereció reparo alguno a la promotora del juicio.

Así las cosas, no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia con base en el argumento analizado.

6. DE LA SANCIÓN MORATORIA

Como tercer punto de apelación, expone que la demandada debe ser condenada a cancelar sanción moratoria, como quiera que actuó de mala fe, pues pretendió desnaturalizar un verdadero contrato de trabajo.

Sobre el punto, dispone el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo que *“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los **salarios y prestaciones** debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.*

Conforme al precepto legal enunciado, se advierte que la indemnización moratoria solo se causa cuando a la terminación del contrato el empleador se abstiene de cancelar salarios y prestaciones. En el asunto bajo examen, la única suma que al fenecimiento del vínculo adeuda la encartada es la deferencia entre la indemnización por despido injustificado pagada y la realmente debida, en atención a los verdaderos extremos temporales declarados en este proceso.

Así las cosas, como quiera que esta indemnización no corresponde a una prestación social y tampoco al salario de la trabajadora, no es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria, ni aún en el evento en el que, COASMEDAS hubiese querido disfrazar un verdadero contrato de trabajo, bajo la figura de un contrato de prestación de servicios profesionales, como efectivamente se demostró.

Como consecuencia de lo anterior, no hay lugar a imponer la condena solicitada.

7. DE LA INDEXACIÓN

Finalmente, arguye la parte actora que la indemnización por despido injusto debe ser indexada, pues no se impartió tal orden.

Pues bien, como quiera que la demandada no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación de la moneda por el paso del tiempo, es procedente condenar a la demandada a cancelar debidamente indexada la indemnización por despido injustificado desde el 30 de noviembre de 2012, fecha en que finalizó el contrato de trabajo y hasta el momento en que se verifique el pago de la obligación, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala modificará la decisión apelada en la forma anunciada.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el literal c) del numeral segundo del fallo proferido 28 de junio de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, absolver a la demandada de pagar la diferencia de aportes efectuados en pensión para los ciclos julio a septiembre de 1999, y de los respectivos intereses moratorios, conforme quedó expuesto.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero del fallo apelado, para en su lugar, condenar a la demandada a indexar la indemnización por despido injustificado desde el 30 de noviembre de 2012 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

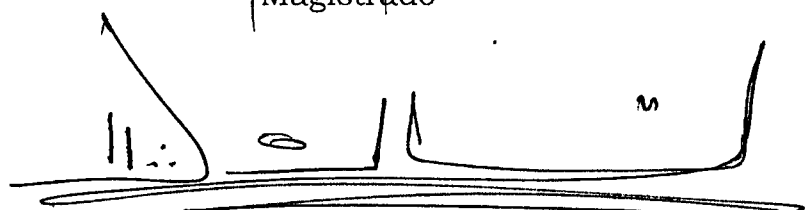
CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá - Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -

MAGISTRADO: DR. HERNAN MAURICIO OLIVEROS

RADICADO: 110013105036201787601

DEMANDANTE: GLADYS VALDERRAMA

DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2016, aplicando el 84% para obtener el valor de la primera mesada.

Tabla Semanas cotizadas toda la Vida			
Fecha Inicio	Fecha Final	No. Días (Días 365)	No. Semanas
		0	\$ 0,0
19/01/1981	15/05/1984	1213	\$ 173,3
30/11/1984	31/12/1994	3684	\$ 526,3
		0	\$ 0,0
Fecha Inicio	Fecha Final	No. Días (Días 360)	No. Semanas
		0	\$ 0,0
01/01/1995	31/12/1997	1081	\$ 154,4
01/01/1998	31/12/2000	1080	\$ 154,3
01/01/2001	31/05/2003	870	\$ 124,3
Subtotal al 25/7/2005		7928	\$ 1.132,6
01/10/2015	30/06/2016	270	\$ 38,6
		0	\$ 0,0
Total Toda la Vida		8.198,00	\$ 1.171,2

Promedio Salarial Anual							
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
07/03/94	31/03/94	25	415.499,00	13.849,97	\$ 346.249,2		
01/04/94	30/04/94	30	415.499,00	13.849,97	\$ 415.499,0		
01/05/94	31/05/94	31	415.499,00	13.849,97	\$ 429.349,0		
01/06/94	30/06/94	30	415.499,00	13.849,97	\$ 415.499,0		
01/07/94	31/07/94	31	415.499,00	13.849,97	\$ 429.349,0		
01/08/94	31/08/94	31	415.499,00	13.849,97	\$ 429.349,0		
01/09/94	30/09/94	30	415.499,00	13.849,97	\$ 415.499,0		
01/10/94	31/10/94	31	415.499,00	13.849,97	\$ 429.349,0		
01/11/94	30/11/94	30	415.499,00	13.849,97	\$ 415.499,0		
01/12/94	31/12/94	31	415.499,00	13.849,97	\$ 429.349,0		
Total días		300	-		\$ 4.154.990,0	\$ 13.849,97	\$ 415.499,00
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	566.000,00	18.866,67	\$ 566.000,0		
01/02/95	28/02/95	30	377.000,00	12.566,67	\$ 377.000,0		
01/03/95	31/03/95	30	392.000,00	13.066,67	\$ 392.000,0		
01/04/95	30/04/95	30	406.000,00	13.533,33	\$ 406.000,0		
01/05/95	31/05/95	30	406.000,00	13.533,33	\$ 406.000,0		
01/06/95	30/06/95	30	406.000,00	13.533,33	\$ 406.000,0		
01/07/95	31/07/95	30	406.000,00	13.533,33	\$ 406.000,0		
01/08/95	31/08/95	30	493.000,00	16.433,33	\$ 493.000,0		
01/09/95	30/09/95	30	493.000,00	16.433,33	\$ 493.000,0		
01/10/95	31/10/95	30	493.000,00	16.433,33	\$ 493.000,0		
01/11/95	30/11/95	30	1.494.670,00	49.822,33	\$ 1.494.670,0		
01/12/95	31/12/95	30	1.656.178,00	55.205,93	\$ 1.656.178,0		
Total días		360			\$ 7.588.848,0	\$ 21.080,13	\$ 632.404,00
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	1.005.595,00	33.519,83	\$ 1.005.595,0		
01/02/96	29/02/96	30	641.277,00	21.375,90	\$ 641.277,0		
01/03/96	31/03/96	30	641.278,00	21.375,93	\$ 641.278,0		
01/04/96	30/04/96	30	641.278,00	21.375,93	\$ 641.278,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/05/96	31/05/96	30	641.278,00	21.375,93	\$ 641.278,0		
01/06/96	30/06/96	30	763.001,00	25.433,37	\$ 763.001,0		
01/07/96	31/07/96	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,0		
01/08/96	31/08/96	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,0		
01/09/96	30/09/96	30	802.360,00	26.745,33	\$ 802.360,0		
01/10/96	31/10/96	30	792.280,00	26.409,33	\$ 792.280,0		
01/11/96	30/11/96	30	1.571.760,00	52.392,00	\$ 1.571.760,0		
01/12/96	31/12/96	30	785.880,00	26.196,00	\$ 785.880,0		
Total días		360			\$ 9.811.987,0	\$ 27.255,52	\$ 817.665,58
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	1.912.308,00	63.743,60	\$ 1.912.308,0		
01/02/97	28/02/97	30	785.880,00	26.196,00	\$ 785.880,0		
01/03/97	31/03/97	30	785.880,00	26.196,00	\$ 785.880,0		
01/04/97	30/04/97	30	785.880,00	26.196,00	\$ 785.880,0		
01/05/97	31/05/97	30	785.880,00	26.196,00	\$ 785.880,0		
01/06/97	30/06/97	30	785.880,00	26.196,00	\$ 785.880,0		
01/07/97	31/07/97	30	785.880,00	26.196,00	\$ 785.880,0		
01/08/97	31/08/97	30	1.326.421,00	44.214,03	\$ 1.326.421,0		
01/09/97	30/09/97	30	934.250,00	31.141,67	\$ 934.250,0		
01/10/97	31/10/97	30	934.250,00	31.141,67	\$ 934.250,0		
01/11/97	30/11/97	30	2.974.581,00	99.152,70	\$ 2.974.581,0		
01/12/97	31/12/97	30	950.562,00	31.685,40	\$ 950.562,0		
Total días		360			\$ 13.747.652,0	\$ 38.187,92	\$ 1.145.637,67
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	1.416.205,00	47.206,83	\$ 1.416.205,0		
01/02/98	28/02/98	30	934.250,00	31.141,67	\$ 934.250,0		
01/03/98	31/03/98	30	934.250,00	31.141,67	\$ 934.250,0		
01/04/98	30/04/98	30	934.250,00	31.141,67	\$ 934.250,0		
01/05/98	31/05/98	30	934.250,00	31.141,67	\$ 934.250,0		
01/06/98	30/06/98	30	934.250,00	31.141,67	\$ 934.250,0		
01/07/98	31/07/98	30	934.250,00	31.141,67	\$ 934.250,0		
01/08/98	31/08/98	30	1.554.500,00	51.816,67	\$ 1.554.500,0		
01/09/98	30/09/98	30	1.141.000,00	38.033,33	\$ 1.141.000,0		
01/10/98	31/10/98	30	1.141.000,00	38.033,33	\$ 1.141.000,0		
01/11/98	30/11/98	30	2.282.000,00	76.066,67	\$ 2.282.000,0		
01/12/98	31/12/98	30	1.141.000,00	38.033,33	\$ 1.141.000,0		
Total días		360			\$ 14.281.205,0	\$ 39.670,01	\$ 1.190.100,42
Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	1.711.500,00	57.050,00	\$ 1.711.500,0		
01/02/99	28/02/99	30	1.141.000,00	38.033,33	\$ 1.141.000,0		
01/03/99	31/03/99	30	1.832.584,00	61.086,13	\$ 1.832.584,0		
01/04/99	30/04/99	30	1.141.000,00	38.033,33	\$ 1.141.000,0		
01/05/99	31/05/99	30	1.141.000,00	38.033,33	\$ 1.141.000,0		
01/06/99	30/06/99	30	1.711.500,00	57.050,00	\$ 1.711.500,0		
01/07/99	31/07/99	30	1.141.000,00	38.033,33	\$ 1.141.000,0		
01/08/99	31/08/99	30	1.252.590,00	41.753,00	\$ 1.252.590,0		
01/09/99	30/09/99	30	1.252.690,00	41.756,33	\$ 1.252.690,0		
01/10/99	31/10/99	30	1.252.580,00	41.752,67	\$ 1.252.580,0		
01/11/99	30/11/99	30	2.505.180,00	83.506,00	\$ 2.505.180,0		
01/12/99	31/12/99	30	1.252.590,00	41.753,00	\$ 1.252.590,0		
Total días		360			\$ 17.335.214,0	\$ 48.153,37	\$ 1.444.601,17
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	1.252.590,00	41.753,00	\$ 1.252.590,0		
01/02/00	29/02/00	30	1.252.590,00	41.753,00	\$ 1.252.590,0		
01/03/00	31/03/00	30	1.252.590,00	41.753,00	\$ 1.252.590,0		
01/04/00	30/04/00	30	1.474.000,00	49.133,33	\$ 1.474.000,0		
01/05/00	31/05/00	30	1.400.000,00	46.666,67	\$ 1.400.000,0		
01/06/00	30/06/00	30	2.100.000,00	70.000,00	\$ 2.100.000,0		
01/07/00	31/07/00	30	1.400.000,00	46.666,67	\$ 1.400.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/08/00	31/08/00	30	1.544.000,00	51.466,67	\$ 1.544.000,0		
01/09/00	30/09/00	30	1.544.000,00	51.466,67	\$ 1.544.000,0		
01/10/00	31/10/00	30	1.544.000,00	51.466,67	\$ 1.544.000,0		
01/11/00	30/11/00	30	3.089.000,00	102.966,67	\$ 3.089.000,0		
01/12/00	31/12/00	30	2.383.000,00	79.433,33	\$ 2.383.000,0		
Total días		360			\$ 20.235.770,0	\$ 56.210,47	\$ 1.686.314,17

Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	1.544.000,00	51.466,67	\$ 1.544.000,0		
01/02/01	28/02/01	30	1.544.000,00	51.466,67	\$ 1.544.000,0		
01/03/01	31/03/01	30	1.544.000,00	51.466,67	\$ 1.544.000,0		
01/04/01	30/04/01	30	4.662.000,00	155.400,00	\$ 4.662.000,0		
01/05/01	31/05/01	30	1.544.000,00	51.466,67	\$ 1.544.000,0		
01/06/01	30/06/01	30	2.317.000,00	77.233,33	\$ 2.317.000,0		
01/07/01	31/07/01	30	1.876.000,00	62.533,33	\$ 1.876.000,0		
01/08/01	31/08/01	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
01/09/01	30/09/01	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
01/10/01	31/10/01	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
01/11/01	30/11/01	30	3.800.000,00	126.666,67	\$ 3.800.000,0		
01/12/01	31/12/01	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
Total días		360			\$ 26.431.000,0	\$ 73.419,44	\$ 2.202.583,33

Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
01/02/02	28/02/02	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
01/03/02	31/03/02	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
01/04/02	30/04/02	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
01/05/02	31/05/02	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
01/06/02	30/06/02	30	2.850.000,00	95.000,00	\$ 2.850.000,0		
01/07/02	31/07/02	30	1.900.000,00	63.333,33	\$ 1.900.000,0		
01/08/02	31/08/02	30	2.042.000,00	68.066,67	\$ 2.042.000,0		
01/09/02	30/09/02	30	2.042.000,00	68.066,67	\$ 2.042.000,0		
01/10/02	31/10/02	30	2.042.000,00	68.066,67	\$ 2.042.000,0		
01/11/02	30/11/02	30	4.085.000,00	136.166,67	\$ 4.085.000,0		
01/12/02	31/12/02	30	4.085.000,00	136.166,67	\$ 4.085.000,0		
Total días		360			\$ 28.546.000,0	\$ 79.294,44	\$ 2.378.833,33

Año 2003							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/03	31/01/03	30	2.042.000,00	68.066,67	\$ 2.042.000,0		
01/02/03	28/02/03	30	2.042.000,00	68.066,67	\$ 2.042.000,0		
01/03/03	31/03/03	30	4.274.000,00	142.466,67	\$ 4.274.000,0		
01/04/03	30/04/03	30	2.043.000,00	68.100,00	\$ 2.043.000,0		
01/05/03	31/05/03	30	3.685.185,00	122.839,50	\$ 3.685.185,0		
Total días		150			\$ 14.086.185,0	\$ 93.907,90	\$ 2.817.237,00

Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/10/15	31/10/15	30	644.375,00	21.479,17	\$ 644.375,0		
01/11/15	30/11/15	30	644.375,00	21.479,17	\$ 644.375,0		
01/12/15	31/12/15	30	644.375,00	21.479,17	\$ 644.375,0		
Total días		90			\$ 1.933.125,0	\$ 21.479,17	\$ 644.375,00

Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	644.375,00	21.479,17	\$ 644.375,0		
01/02/16	28/02/16	30	689.456,00	22.981,87	\$ 689.456,0		
01/03/16	31/03/16	30	689.456,00	22.981,87	\$ 689.456,0		
01/04/16	30/04/16	30	689.456,00	22.981,87	\$ 689.456,0		
01/05/16	31/05/16	30	689.456,00	22.981,87	\$ 689.456,0		
01/06/16	30/06/16	30	689.456,00	22.981,87	\$ 689.456,0		
Total días		180			\$ 4.091.655,0	\$ 22.731,42	\$ 681.942,50

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

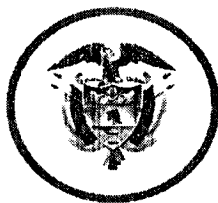
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1994	300	21,328	126,15	5,915	\$ 415.499,0	\$ 2.457.596	\$ 24.575.962
1995	360	26,147	126,15	4,825	\$ 632.404,0	\$ 3.051.121	\$ 36.613.451
1996	360	31,237	126,15	4,038	\$ 817.665,6	\$ 3.302.102	\$ 39.625.224
1997	360	37,997	126,15	3,320	\$ 1.145.637,7	\$ 3.803.548	\$ 45.642.580
1998	360	44,716	126,15	2,821	\$ 1.190.100,4	\$ 3.357.431	\$ 40.289.171
1999	360	52,185	126,15	2,417	\$ 1.444.601,2	\$ 3.492.120	\$ 41.905.442
2000	360	57,002	126,15	2,213	\$ 1.686.314,2	\$ 3.731.909	\$ 44.782.906
2001	360	61,989	126,15	2,035	\$ 2.202.583,3	\$ 4.482.320	\$ 53.787.844
2002	360	66,729	126,15	1,890	\$ 2.378.833,3	\$ 4.497.128	\$ 53.965.534
2003	150	71,395	126,15	1,767	\$ 2.817.237,0	\$ 4.977.831	\$ 24.889.155
2015	90	118,152	126,15	1,068	\$ 644.375,0	\$ 687.993	\$ 2.063.980
2016	180	126,149	126,15	1,000	\$ 681.942,5	\$ 681.943	\$ 4.091.655
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2016	\$ 412.232.903,81
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 3.435.274,20
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					84%
		Primera mesada					\$ 2.885.630,33
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2016					\$ 689.454,00

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso.
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

martes, 30 de junio de 2020

Recibe:



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 026 2018 00429 01

DEMANDANTE: DEISY CAROLINA LÓPEZ BARBOSA

DEMANDADO: FONBIENESTAR

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad, el 15 de agosto de 2019.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente a partir de 5° de julio de 2011 al 5° de abril de 2018, el cual fue terminado por causas imputables a la empleadora; que el auxilio extralegal de alimentación y las primas extralegales de servicios pagadas son constitutivas de salario. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar la indemnización por despido injusto, a reliquidar el salario básico mensual correspondiente a noviembre y diciembre de 2017 y enero, febrero, marzo y abril de 2018. Igualmente, a reliquidar el auxilio de cesantías y los respectivos intereses correspondientes a los años 2011 a 2013 y 2015 a 2018, la prima legal de servicios de diciembre de 2017 y junio de 2018, las vacaciones comprendidas entre el 5° de julio de 2015 y el 5° de abril de 2018. Además, a pagar la sanción por pago incompleto de intereses a las cesantías, indemnización moratoria prevista en el artículo

99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a razón de \$98.117 diarios desde el 6º de abril de 2018 hasta que se efectúe el pago, la indexación de todos los derechos reconocidos, lo que se pruebe *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que el 5º de julio de 2011 se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, para desempeñarse como asesora de mercadeo, bajo la denominación de auxiliar administrativo, con un salario de \$870.608. Que el 2º de marzo de 2012, la accionada le informó que el contrato se modificaba a término indefinido y durante el año 2012 devengó como salario básico \$896.726.

Refiere que, a partir de enero de 2013, fue ascendida al cargo de técnico de apoyo a bienestar, en el que percibió como salario la suma de \$1.222.527, el cual fue aumentado en los años 2014 y 2015. Desde el 1º de enero de 2016 y el 19 de junio de 2016, devengó como salario básico mensual \$1.405.346. Menciona que, a través de comunicación de 15 de junio de 2016, la demandada la encargó como líder de gestión social entre el 20 de junio y el 19 de agosto de 2016, periodo en el que ganó \$2.783.470; que continuó ejerciendo dicho cargo y la remuneración para el 2017 fue de \$2.943.520. Asimismo, que mediante comunicación de 30 de octubre de 2017, le comunicaron que a partir de 1º de noviembre debía regresar a su cargo de técnico de apoyo a gestión social, por lo que redujo el salario a \$1.486.153. Desde el 1º de enero de 2018 y el 5 de abril de 2018, devengó \$1.563.433.

Relata que en vigencia del vínculo laboral no le fue cancelado de manera completa las cesantías, para el periodo 2011 se omitió incluir el auxilio extralegal de alimentación, el trabajo realizado en horas extras, dominicales y festivos. En el 2012, no se tuvo en cuenta los conceptos más las horas extras diurnas festivas, las comisiones y la prima extralegal de servicios. En el 2013, se tuvo en cuenta las comisiones, las horas extras diurnas, la prima extralegal de servicios. Respecto de las cesantías

correspondientes al 2015 no fueron incluidos los dominicales y festivos, así como la prima extralegal de servicios. Que, al liquidar las cesantías de 2017, no tuvo en cuenta las primas extralegales (f.º 2 a 15).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones, excepto en lo relacionado con la existencia del contrato de trabajo, su modalidad y extremos. Respecto de los hechos aceptó los referentes con el cargo y la remuneración recibida por la accionante a lo largo del vínculo. Señaló que los pagos realizados por concepto de comisiones y auxilio de alimentación no eran constitutivos de salario. De otra parte, indicó que la liquidación de prestaciones sociales se hizo teniendo en cuenta el salario y el cargo desempeñado para cada anualidad.

En su defensa, propuso la excepción de prescripción (f.º 153 a 162 y 302 a 305 subsanación).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de agosto de 2019, condenó a la demandada a pagar la suma de \$180.244,75 por concepto de reliquidación de cesantía de los años 2011 y 2012 (f.º 346).

Como sustento de su decisión, señaló que la empleadora no estaba en la obligación de mantener a la trabajadora en el cargo superior al cual la vinculó y una vez esta regresó al cargo para el cual fue contratada, debía devengar el salario previsto para el mismo, por lo que no debe imponerse condena por reliquidación alguna. Respecto de la terminación del contrato concluyó que la parte accionante no demostró que la demandada hubiese adelantado las conductas invocadas en la renuncia como justificativos de la misma.

Encontró que la prima extralegal no es constitutiva de salario, pues, no obra documento alguno en el que se pruebe que así lo pactaron las partes, además encontró que el rubro fue cancelado por mera liberalidad

de manera ocasional. Estableció que el auxilio de alimentación fue pagado en los años 2011 y 2012 y las partes no acordaron que el mismo no fuera constitutivo de salario, por lo que ha de tenerse como tal, lo que lleva necesariamente a reliquidar las cesantías, pues sobre esta prestación solo inicia a contarse la prescripción a la finalización del contrato.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que la empresa encargó a la trabajadora por el término de dos meses para ejercer el cargo de líder de gestión social, sin embargo, al finalizar el plazo la empleadora guardó silencio al permitir que la accionante continuara desempeñando el cargo por aproximadamente 15 meses más hasta el 31 de octubre de 2017, cuando la empleadora sin razones objetivas válidas, de forma arbitraria, caprichosa y subjetiva la decide regresar a su cargo anterior, pues mientras ejerció el cargo la empresa no tuvo reparo alguno con respecto a su rendimiento y desempeño. En consecuencia, alega que la demandada abusó de facultad *ius variandi*, por lo que debe ser revocada la sentencia en cuanto a la reliquidación salarial y la indemnización por despido injustificado.

Arguyó que conforme a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo, las primas extralegales deben tenerse como constitutivas de salario y precisó que se demostró que fueron reconocidas en los años 2012, 2015, 2016 y 2017, en los últimos tres años se observa la periodicidad en el mes de diciembre de cada anualidad. Alegó que las primas extralegales, además, retribuyeron el servicio e ingresaron a su patrimonio.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

1. De la inclusión de factores salariales

Conforme al recurso de apelación comienza la Sala por determinar si las primas extralegales pagadas a la accionante en el año 2012 y en el mes de diciembre de 2015, 2016 y 2017, son constitutivas de salario.

Al respecto, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte; como primas, sobre sueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras; valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Ahora bien, el artículo 128 *ibidem* establece que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Ahora bien, de los preceptos legales citados se concluye que el ordenamiento jurídico autoriza la exclusión de pagos que reciba el trabajador de la base de liquidación de prestaciones sociales, en aquellos casos en que exista una duda razonable sobre su naturaleza salarial. Si por el contrario, se demuestra que dichos pagos tenían un claro carácter retributivo y que ingresaban periódicamente al patrimonio del trabajador (por oposición a los gastos de representación o similares) tendrán naturaleza salarial y por ello, carecerá de validez el acuerdo que lo excluye de la base de liquidación de las prestaciones sociales del trabajador, que por mandato legal se tasa con base en el salario devengado.

En este orden de ideas, solamente cuando exista una duda razonable sobre la naturaleza salarial del pago que recibe el trabajador, podrán las partes acordar la exclusión salarial bajo la previsión de los artículos 15 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Nacional, que permiten transigir –es decir renunciar– derechos laborales inciertos y por ello discutibles.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si la denominada “*prima extralegal*” único pago en discusión, tiene carácter salarial por haber remunerado la prestación del servicio.

Pues bien, al suscribir el contrato de trabajo las partes acordaron en su cláusula novena lo siguiente:

“NOVENA: *No tendrán la calidad de salario dentro de los términos y las previsiones del Artículo 128 CST, modificado por el Artículo 15 de la ley 50 de 1990, los reconocimientos o beneficios económicos , los auxilios ocasionales o habituales, los reconocimientos en especie por alimentación, transporte habitación y vestuario **las primas extralegales de servicios**, vacaciones semestrales o de cualquier otro orden que el EMPLEADOR reconozca al TRABAJADOR o su familia por libre voluntad, convenio contractual, convención colectiva, pacto o laudo arbitral como cualquier otro pago efectuado por mera liberalidad , dentro de la vigencia del presente acuerdo ya que se conviene que la remuneración directa del servicio esta retribuida por el salario pactado al comienzo de este contrato”*

Ahora, conforme a las pruebas obrantes en el expediente se pudo determinar que la demandada canceló a la actora la prima extralegal de manera habitual, así: enero a junio de 2012 (f. ° 91 y 177), julio a diciembre 2012 (f. ° 186), enero a junio de 2013 (f. ° 195), julio a diciembre 2013 (f. ° 202) enero a junio de 2014 (f. ° 209), julio a diciembre 2014 (f. ° 216) enero a junio de 2015 (f. ° 105, 225), julio a diciembre 2015 (f. ° 234) enero a junio de 2016 (f. ° 117, 246), julio a diciembre 2016 (f. ° 124, 254) enero a junio de 2017 (f. ° 132, 261) y de julio a diciembre 2017 (f. ° 139, 269).

No obstante, a pesar de verificarse una periodicidad en la percepción de aludida prestación, ello, no conlleva automáticamente a declarar como

factor salarial la prima extralegal de servicios, dado que no existe prueba acerca de su finalidad, la forma como estaba concebida y si ingresó o no al patrimonio de la trabajador, elementos que resultan determinantes para establecer si una suma pagada puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual no puede presumirse. Así lo puntualizó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 32657 de 27 de mayo de 2009, al indicar que:

pues si bien en ese precepto se establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, entre los que se incluyen la prima de vacaciones, ello no significa que si no lo hacen respecto de determinado beneficio, forzosamente éste adquiera naturaleza salarial.

Y ello es así porque, en tratándose de un pago al que la ley no le otorgue directamente la índole de salario, habrá que determinar si esa naturaleza se presenta por reunirse los elementos de que trata el artículo 127 de ese código y que identifican el salario.

De lo que viene de decirse se concluye que el fallador de la alzada coligió automáticamente la naturaleza salarial de la prima de vacaciones, sin analizar siquiera si estaban presentes o no los elementos fácticos que le pudieran dar este carácter, de manera prioritaria, si realmente se trataba de un beneficio que retribuyera directamente el servicio o, de igual modo, la periodicidad y la regularidad en su pago, su finalidad y la forma como estaba concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador, elementos que resultan ser determinantes al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al amparo de las anteriores reflexiones, la demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, dado que no demostró que la prima extralegal remunerara directamente la prestación del servicio, tal como acertadamente lo concluyó el *A quo*, por tanto, no hay lugar a tener este concepto como factor salarial a efectos de reliquidar sus prestaciones sociales, por lo que la sentencia apelada no será modificada en este punto.

2. Del *Ius Variandi*

Igualmente, en atención al recurso de apelación también corresponde a la Sala validar si la accionante tenía derecho a continuar percibiendo la remuneración prevista para el cargo de líder de gestión social, una vez finalizó la designación del mismo, por haberse excedido el plazo sin que hubiese ningún tipo de reparo sobre su gestión y si esta incurrió en abuso del *ius variandi*.

Para resolver tal tópico, ha de tenerse en cuenta que no es materia de controversia y se encuentra demostrado en esta instancia que: **i)** la promotora del juicio prestó sus servicios a la demandada desde el 5º de julio de 2011 hasta el 5º de abril de 2018; **ii)** fue contratada para desempeñar el cargo de técnico de apoyo de gestión social; **iii)** mediante comunicación de 15 de junio de 2016, Fonbienestar encargó a la accionante en el cargo de líder de gestión entre el 20 de junio y el 19 de agosto de 2016 (f.º 23 a 25); **iv)** que pasó de devengar \$1.405.346 a \$2.783.470; **v)** la demandada mediante comunicación de 30 de octubre de 2017, le informó que a partir del 1º de noviembre de 2017, daba por terminado el encargo (f.º 27) y **vi)** la trabajadora dio por terminado el contrato de trabajo el 5º de abril de 2018 (f.º 46 a 51).

Frente a la facultad del empleador de variar las condiciones del contrato de trabajo conforme al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL838-2019 al recordar la sentencia CSJ SL18157-2016, la cual citó la providencia radicado 1258 de 29 agosto 1987, señaló:

[...] con el ordinal b) del artículo 23 ibídem, se origina el ius variandi que en Derecho Laboral se refiere a la facultad de dirección del patrono, quien en virtud de ella puede, por ejemplo, cambiar las funciones por necesidades del servicio o por falta de trabajo en la ocupación específica, ordenar ascensos, cambios en el horario habitual de trabajo, así como también puede ordenar cambios de lugar en sus dependencias empresariales, en las que se incluyen, como es lógico, los de población. El trabajador puede oponerse al ius variandi del patrono cuando éste hace uso de ese derecho, con el propósito de

perjudicar u ofender al trabajador, de ejercer represalia o persecución contra él, o en suma con móviles de mala fe.

Paralelamente, advirtió la alta Corporación que el *ius variandi* “no es una atribución arbitraria e ilimitada del empleador en relación con el trabajador y está limitada a realizar las modificaciones necesarias para mejorar las condiciones laborales, pero no puede afectar la dignidad ni los derechos del trabajador (CSJ SL16964-2017). Esta potestad, entonces, es legítima en la medida en que resulta necesaria para que el empresario pueda organizar y dirigir el recurso humano en aras de optimizar el resultado de la empresa (CSJ SL4427-2014, SL12593-2017)”

En *sub examine*, se tiene que la accionada tomó la decisión de encargar de manera provisional a la accionante, quien venía desempeñándose como técnico de apoyo de gestión social, en el cargo de líder de gestión social para el periodo comprendido entre el 20 de junio y el 19 de agosto de 2016, aclarándole que “*terminado dicho encargo*” volvería a desempeñar aquel que ejecutaba inicialmente (f. °23 a 25).

Ahora, de conformidad con la misiva de 30 de octubre de 2017 el encargo finalizó hasta el 1º de noviembre de 2017, data a partir de la cual la demandante continuaría desempeñando el cargo de técnico de apoyo de gestión social que venía ocupando antes de haberse encargado.

En este horizonte, estima la Sala que la demandada en ejercicio del *ius variandi* bien podía encomendar a la trabajadora de manera temporal para ejercer un cargo que le representaba una mayor remuneración para la que fue contratada y, el hecho que se pusiera fin a dicho encargo en una fecha posterior a la inicialmente señalada, en manera alguna puede entenderse como una extralimitación en la facultad del empleador de variar las condiciones del contrato. Tampoco podría comprenderse como una degradación a la trabajadora porque evidentemente las condiciones de cargo y salario para las cuales fue vinculada inicialmente le fueron mantenidas.

Ahora, de conformidad con la comunicación de folios 23 a 25 y la certificación de folios 30 a 39, unas son las funciones y responsabilidades previstas para el cargo de técnico de apoyo de bienestar y otras las correspondientes al de líder de gestión, por lo que en manera alguna es dable predicar que la accionante fue desmejorada, pues pasó a devengar el salario acorde con las funciones que volvió a desempeñar y para las cuales valga reiterar, fue contratada.

Así las cosas, la encartada no estaba obligada a mantener en el cargo de líder de gestión y tampoco tenía que justificar su decisión de reincorporarla al cargo para el cual fue vinculada, como quiera que el aumento de salario se dio en virtud del encargo temporal y no a un ascenso que implicaría la modificación del contrato de trabajo.

3. De la indemnización por despido injustificado

Al punto, se encuentra probado que la Deysi López mediante misiva de 5º de abril de 2018, informó a la demandada su decisión de terminar de forma unilateral el contrato de trabajo, al exponer:

“El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte de FONBIENESTAR de sus obligaciones legales; la exigencia de FONBIENESTAR sin razones válidas, de la prestaciones de un servicio distinto al cual venía prestando hasta el mes de octubre de 2017; la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben a FONBIENESTAR de acuerdo con los artículo 57 y 59 del Código Sustantivo de Trabajo”

Del contenido del escrito se colige que el incumplimiento al que hace referencia la actora está orientado en dos sentidos. El primero en relación con el cambio de cargo y remuneración de líder de gestión a técnico de apoyo a bienestar para el cual fue inicialmente contratada, asunto ya analizado por la Sala concluyéndose que no le asiste razón a la demandante.

En segundo lugar, pone de relieve que *“en el mes de febrero de 2013 FONBIENESTAR consignó en el Fondo de cesantías Porvenir SA la suma de*

\$982.585, por concepto del auxilio de cesantías causado durante el año 2012, debiendo ser la cantidad de \$1.110.806. Posteriormente, el 18 de febrero de 2015, consignó en el Fondo Nacional del Ahorro la suma de \$128.021 por concepto de la reliquidación a que había lugar, debiendo ser dicho valor la suma de \$128.221 con todo lo cual incumplió para con la suscrita sus obligaciones legales en materia prestacional, causando un detrimento en mi patrimonio”.

No obstante lo anterior, esta circunstancia no fue tema de apelación, en todo caso, en manera alguna constituiría una causa justa para dar por terminado el contrato, pues de haberse dado un incumplimiento parcial por parte de la empresa, esta misma concurrió a su subsanación en vigencia del contrato de trabajo y con mucha anterioridad a su finalización.

En consecuencia, para el Tribunal la demandante incumplió con la carga probatoria a su cargo, al no demostrar los supuestos en los que fundo sus pretensiones. En efecto, aunque indica que decidió finalizar el contrato de trabajo por causas imputables al empleador, no logró probar la ocurrencia de las mismas, razón por la cual no hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a la demandada de reconocer y pagar indemnización por despido injustificado.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de agosto de 2019.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada