

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALVARO IVÁN OBREGÓN SABOGAL CONTRA ECOPETROL S.A. Y EL CONSORCIO MK integrado por KONIDOL S.A. y M&C S.A.S, trámite al que se vinculó como llamada en garantía a ALLIANZ SEGUROS (RAD. 33 2015 000254 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante (folios 505 a 511), ECOPETROL (folios 499 a 504) y ALLIANZ SEGUROS (folios 492 a 498), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de M&C S.A.S, ECOPETROL S.A. y ALLIANZ SEGUROS S.A., contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019) (Cd a folio 480, récord 31:12, acta a folio 486 a 488), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre **ÁLVARO IVÁN OBREGÓN SABOGAL**, y el **CONSORCIO MK** constituido por **KONIDOL S.A.**, y **M&C S.A.S.**, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 29 de junio y el 15 de agosto del año 2013.

**SEGUNDO: DECLARAR** solidariamente responsable a **KONIDOL S.A.**, a **M&C S.A.S.**, y a **ECOPETROL S.A.**, de las obligaciones objeto de condena en el presente asunto.

**TERCERO: DECLARAR** que como consecuencia de lo anterior las demandadas **KONIDOL S.A.**, a **M&C S.A.S.**, y **ECOPETROL S.A.**, deben cancelar al demandante las siguientes sumas de dinero:

- A. Salarios del 29 de junio al 15 de agosto de 2013: \$9.400.000.
- B. Prestaciones sociales del 29 de junio al 15 de agosto de 2013: \$1.578.939.
- C. Vacaciones 29 de junio al 15 de agosto de 2013: \$391.667.
- D. Sanción de cesantías \$12.272.

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad y cobro de lo no debido y prescripción, elevadas por las demandadas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones planteadas por la parte demandante.

**SEXTO: CONDENAR** a las demandadas KONIDOL S.A, a M&C S.A.S., y ECOPETROL S.A., a cancelar en favor del demandante los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, del periodo comprendido del 29 de junio al 15 de agosto del año 2013 a Porvenir o al Fondo de Pensiones que indique el demandante al momento de pago previo calculo actuarial teniendo como IBC la cifra de \$6.000.000.

**SÉPTIMO: CONDENAR** a las demandadas KONIDOL S.A, a M&C S.A.S., y ECOPETROL S.A., a reconocer y pagar en favor del demandante indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en cuantía de 1 día de salario y por cada día de retardo en el pago de prestaciones sociales, que liquidado hasta el 26 de febrero del año 2016, fecha en que se admitió en reorganización a M&C S.A.S., la cifra de \$185.000.000.

**OCTAVO: CONDENAR** ALLIANZ SEGUROS S.A., a garantizar el pago de las condenas aquí descritas hasta el monto del valor asegurado de acuerdo a la póliza 101802166, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO, perdón, NOVENO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de las demandadas de manera proporcional al monto de las mismas, se fija como agencias en derecho 6 SMLMV, será proporcionalmente para la cantidad de demandados en el presente asunto.”

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales de M&C S.A.S, KONIDOL, ECOPETROL y ALLIANZ SEGUROS, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, el apoderado de M&C S.A.S, refiere, como bien lo consideró el Juzgado, la solidaridad de Ecopetrol proviene del contrato suscrito con el Consorcio MK; sin embargo, en su sentir, no debió impartirse condena alguna en su contra por cuanto, conforme al acta de liquidación del contrato suscrito entre ECOPETROL y el CONSORCIO MK, era la primera la encargada de asumir el pago de las obligaciones pues se encontraba autorizada y facultada para ello, con cargo a la fiducia constituida con ese fin, dada la carencia económica del Consorcio que derivó en el inicio de los procesos de reorganización de las empresas integrantes del mismo.

En ese orden, dice, es ECOPETROL la única llamada al pago en los términos de la cláusula cuarta del contrato suscrito entre esa empresa y el consorcio<sup>1</sup> (Cd a folio 480, récord 36:15, acta a folio 486 a 488).

Por su parte el curador *ad litem* de la sociedad KONIDOL, considera, del clausulado del contrato celebrado entre el Consorcio MK y ECOPETROL S.A., no se deriva una solidaridad entre esta última y la empresa que representa. En su criterio, lo que existe es una obligación exclusiva en cabeza de Ecopetrol de prever el pago de las obligaciones insolutas por el Consorcio, y no una solidaridad por no estar la misma expresamente establecida en la cláusula contractual<sup>2</sup> (Cd a folio 480, récord 39:01, acta a folio 486 a 488).

A su turno, ECOPETROL S.A., señala, si bien el juzgado reconoció que la solidaridad no está determinada por el artículo 34 del C.S.T, plantea el *a quo* que la misma deviene del supuesto incumplimiento de una cláusula contractual; no obstante, tal situación no es, ni fue objeto de debate del proceso pues el incumplimiento del referido contrato no fue pedido.

---

<sup>1</sup> “Gracias su señoría.

*Pues no comparte el suscrito en representación de la empresa M&C S.A.S., la parte resolutive del despacho, por cuanto, de manera muy respetuosa considero que no guarda relación la parte considerativa con la resolutive, por cuanto, como lo ha manifestado el despacho en la parte considerativa ha indicado o sostiene que la solidaridad de parte de Ecopetrol, proviene de lo pactado en la liquidación de los contratos en la cláusula 4 del contrato suscrito entre el Consorcio MK, y Ecopetrol y de allí deriva el despacho a indicar que si existe la solidaridad de Ecopetrol, pero considero que fue un poco más allá el despacho, por cuanto, como Juez estableció dentro de estas actas de liquidación del contrato, Ecopetrol era la encargada o quien debía asumir el pago de las obligaciones de dichos contratos, en razón, a que existía la imposibilidad por parte del Consorcio de pagar dichas obligaciones ante la carencia económica de la cual sostenía para ese momento el Consorcio MK, y que posteriormente derivó en el inicio de los procesos de reorganización de las empresas que conformaban el Consorcio MK.*

*Por tanto, Ecopetrol tenía la facultad, tenía la autorización de cancelar las obligaciones derivadas de ese contrato con cargo a la Fiducia que se había constituido para ello.*

*Entonces por tal motivo, su señoría, considero que no existe obligación por parte de la empresa que represento M&C S.A.S., en el pago de la condena que emite su despacho, sino, única y exclusivamente por parte de Ecopetrol quien tenía esa obligación conforme la prueba documental que se aporta y que hace parte del expediente, que es el acta de liquidación del contrato y el contrato mismo suscrito entre Ecopetrol y el Consorcio MK, cláusula 4, donde establece las obligaciones derivadas del contrato por parte de Ecopetrol S.A.*

*Conforme a lo anterior, su señoría, considero que ya ha sido el sustento del recurso que presento. Muchas gracias.”*

<sup>2</sup> “Su señoría, en virtud del artículo 66 del CPT y la SS, interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida, en el sentido, que del clausulado del contrato celebrado entre el Consorcio MK y Ecopetrol S.A., no se deriva una solidaridad entre dicha empresa y mi representada.

*En ese sentido su señoría, lo que se deriva es una obligación por parte de Ecopetrol, de una vez cancelado el contrato prever el pago de las obligaciones insolutas por parte del Consorcio, en ningún caso, puede derivarse una solidaridad cuando no está expresamente establecida en la cláusula contractual.*

*De esta manera solicito respetuosamente que mi defendida sea absuelta pues al no generarse solidaridad es Ecopetrol quien al momento de la liquidación debía velar por el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas a sus trabajadores. Muchas gracias su señoría.”*

Bajo tal entendido, aunque coincide con la inexistencia de la solidaridad con fundamento en el artículo 34 del C.S.T., se aparta de la condena solidaria, insiste, con fundamento en un supuesto incumplimiento contractual, advirtiendo una falta de competencia de esta jurisdicción para pronunciarse en el sentido que se hizo<sup>3</sup> (Cd a folio 480, récord 39:55, acta a folio 486 a 488).

Finalmente, ALLIANZ SEGUROS S.A., pide se revoque el numeral octavo de la sentencia proferida, pues estima, el Juzgado no tiene clara la ocurrencia del siniestro que se aseguró dentro de la póliza. Así, argumenta, el seguro contratado por parte del Consorcio MK, en el cual es beneficiario ECOPETROL, contemplaba como condición general la existencia de la solidaridad en los términos del artículo 34 del C.S.T., que como se vio, no existe, siendo declarada la misma de carácter contractual por el incumplimiento de la asegurada de las obligaciones adquiridas al momento de la liquidación del contrato, por lo que, en esos términos, no ha existido algún tipo de siniestro al que pueda aplicarse la cobertura contratada en la póliza emitida por esa aseguradora, debiendo por tanto analizarse las normas que regulan el contrato de seguro y la póliza individual junto con sus condiciones particulares<sup>4</sup> (Cd a folio 480, récord 43:30, acta a folio 486 a 488).

---

<sup>3</sup> “Gracias Señor Juez.

*Muy brevemente y siendo la oportunidad procesal pertinente, presento recurso de apelación respecto de la condena y los valores que ha sido condenado o reconocidos, o que debe reconocer Ecopetrol y sustento brevemente el recurso en los siguientes términos:*

*Si bien es cierto, que el despacho reconoció que la solidaridad no está determinada en el presente asunto en consideración al artículo 34 del CST, plantea el despacho en sus consideraciones y resuelve en la sentencia que Ecopetrol es responsable solidariamente por el supuesto incumplimiento de una cláusula contractual y ahí es donde se presentan las observaciones o yerros que pongo de presente en el siguiente termino:*

*El supuesto incumplimiento del contrato de prestación de servicios entre el Consorcio MK y Ecopetrol, no era ni fue objeto de estudio en el presente proceso, claro y contundente es que dentro de las pretensiones de la demanda no fue solicitado ni siquiera el incumplimiento o no de este contrato.*

*Segundo, el incumplimiento o no de este contrato que no fue objeto, reitero, dentro del transcurso del proceso porque así no fue solicitado pues ni siquiera está probado. Y más importante aún, dicho incumplimiento controversia sobre el mismo no es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, pues si existiera una controversia respecto del incumplimiento o no de obligaciones contractuales, pues esta no es la jurisdicción competente para pronunciarse sobre ese aspecto.*

*Razón por la cual, Ecopetrol, reitera, que está de acuerdo con los argumentos del despacho respecto de la inexistencia de la solidaridad legal del artículo 34, que es la que nos compete en este proceso, pero se aparta de un todo a la condena respecto de la solidaridad por el hecho del supuesto del incumplimiento contractual. Así las cosas, es claro y contundente que el Juzgador de instancia debió haber declarado las excepciones propuestas por Ecopetrol en la contestación de la demanda, y comedidamente solicito se sirva conceder el recurso de apelación en el término solicitado y sustentado y se remita el expediente al Tribunal competente para que se surta el trámite de segunda instancia oportunidad procesal, en la cual, se sustentara ante el Tribunal el recurso que aquí se está interponiendo. Mil gracias, señor Juez.”*

<sup>4</sup> “Muchas gracias su señoría, comedidamente me permito interponer recurso de apelación para que el Honorable Tribunal, se sirva revocar el numeral 8 de la sentencia que acaba de ser proferida, toda vez que el despacho de conformidad a las consideraciones que dio, digámoslo así, no tiene clara la ocurrencia del siniestro que se aseguró dentro de la póliza, esto lo manifiesto bajo los siguientes argumentos:

*La póliza de seguros que se contrató por parte del Consorcio MK, en la cual, se tenía como beneficiario a Ecopetrol efectivamente fue de tipo comercial, es decir, que ejercía o empezaban a ejecutarse las garantías*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

**Constituyeron los anhelos del demandante ALVARO IVÁN OBREGÓN SABOGAL las pretensiones visibles a folio 4 a 7, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 2 a 4, aspirando de manera principal se declare que entre este y KONIDOL S.A. y M&C S.A.S como integrantes del CONSORCIO MK existieron dos contratos de trabajo, el primero a término inferior a un año entre el 27 de marzo y el 28 de junio de 2013 y el segundo, por duración de la obra o labor entre el 29 de junio y el 15 de agosto de 2013, los cuales terminaron sin justa causa. En consecuencia, se condene a las demandadas y solidariamente a ECOPETROL S.A., a pagar a su favor, los salarios causados entre el 29 de junio y el 15 de agosto de 2013, las cesantías, intereses a las cesantías y su sanción por no pago, prima de servicios y vacaciones, junto con la indemnización moratoria, la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización por despido sin**

---

*que allí se habían contratado a partir del momento en que un siniestro se configurara durante la vigencia de la póliza.*

*Lo que hay que tener presente y lo que el Juzgado no analizó fue que el artículo 1056 del Código de Comercio, faculta a las sociedades aseguradoras para que delimiten el estado del riesgo que van a asegurar, dentro del presente contrato como se puede analizar en las condiciones generales, específicamente en el acápite en que se describe la cobertura de pago de salarios y acreencias laborales, se estableció me permito leer, textualmente:*

*“Mediante este amparo al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del CST, se cubre contra el riesgo de incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones de carácter laboral adquiridas por este, para con el personal empleado en la ejecución del contrato, objeto del amparo bajo esta póliza”.*

*En ese orden de ideas, es claro que el despacho no tuvo en cuenta, el riesgo asegurado por Allianz Seguros S.A., ya que las condiciones generales son claras en que se tenían que cumplir dos condiciones, en primera medida, que tenía que existir una solidaridad bajo los argumentos o bajo las causales establecidas en el artículo 34 del CST, circunstancia que efectivamente el despacho deprecó en el entendido que como bien lo manifestó, no existía ningún tipo de solidaridad patronal establecida en el artículo 34, sino por el contrario, lo que existía era una solidaridad de carácter contractual ya que Ecopetrol al momento de suscribir el contrato comercial junto con el Consorcio MK, adquirió unas obligaciones las cuales no cumplió al momento de la liquidación del contrato, motivo por el cual, no se cumple una de las causales para que proceda la configuración del siniestro que se aseguró en la póliza.*

*En segunda medida, las condiciones generales, se establece que lo que se aseguró a Ecopetrol del incumplimiento por parte del Consorcio MK, como bien lo expuso el despacho dentro de sus consideraciones, aquí se condena a Ecopetrol, no por el incumplimiento por parte del Consorcio MK, sino por el incumplimiento mismo por parte de Ecopetrol de las obligaciones contractuales que él había adquirido al momento de la suscripción del contrato.*

*En ese orden de ideas, no ha existido ningún tipo de siniestro que de motivo para que se de aplicación a las coberturas contratadas en la póliza que emitió Allianz Seguros S.A., por lo cual, el Tribunal tendrá que entrar a analizar las normas comerciales que regulan el contrato de seguro, además, de la póliza individual junto con sus condicionados particulares y generales, y quedará más que demostrado que no existe ningún tipo de obligación por parte de Allianz Seguros S.A., de venir a indemnizar un siniestro que no ha sido asegurado por parte de esta compañía.*

*Muchas gracias su señoría.”*

justa causa, los salarios causados a partir del 15 de agosto de 2013 por no darse estricto cumplimiento a lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 65 del C.S.T., la suma de \$700.000 por concepto de gastos en los que incurrió para su traslado a la ciudad de Bogotá derivado del cambio de domicilio en la prestación personal del servicio, la indexación, los intereses legales del 6% anual, los aportes a pensión desde el 29 de junio al 15 de agosto de 2013, los intereses por mora en pago del aporte a pensión y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y el CONSORCIO MK por el periodo comprendido entre el 29 de junio y el 15 de agosto de 2013, condenando a las integrantes del mismo y solidariamente a ECOPETROL S.A. a pagar a favor del demandante los salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, vacaciones, sanción por no pago de interés a las cesantías por todo el tiempo laborado y la indemnización moratoria, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Adicionalmente, en virtud del llamamiento en garantía efectuado por ECOPETROL, condenó a ALLIANZ SEGUROS a pagar al actor las condenas impartidas hasta el monto del valor asegurado en la póliza 0101802166. Lo anterior, tras considerar que con los elementos arrojados al expediente estaba clara la existencia del contrato de trabajo y como quiera que no se allegó prueba alguna de los pagos realizados al trabajador durante dicho interregno, debía ordenarse la cancelación de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones pedidos en la demanda, así como aportes a seguridad social.

Frente a la indemnización moratoria, no encontró justificación alguna de los ex empleadores en la omisión en el pago de lo adeudado al trabajador, imponiendo dicha sanción a razón de un día de salario por día de retardo desde la finalización del contrato hasta la fecha en que se declaró la apertura del proceso de reorganización de las convocadas.

Respecto a la solidaridad invocada, luego de analizar los objetos de las sociedades integrantes del consorcio y de Ecopetrol, estimó que no se encontraba configurada la solidaridad a que se refiere el artículo 34 del C.S.T. por no cumplir los requisitos allí previstos; sin embargo, atendiendo lo pactado en el contrato No. 52067704 suscrito por ECOPETROL y el CONSORCIO MK y lo consignado en el acta de liquidación final unilateral del mismo, concluyó la existencia de una

solidaridad de carácter contractual, particularmente por cuanto dentro de sus obligaciones se encontraba la verificación del pago de acreencias laborales de los trabajadores del consorcio, la cual, asegura, incumplió.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

En el presente asunto no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre el demandante y el CONSORCIO MK integrado por las sociedades KONIDOL S.A. y M&C S.A.S. (folio 472 a 474), entre el 29 de junio y el 15 de agosto de 2013 a través del cual prestó sus servicios como trabajador a favor de ECOPETROL S.A., conclusiones a las que arribó el juez de primera instancia no discutidos y que se verifican de las documentales obrantes a folios 16, y 23 a 24.

Tampoco se controvierte en esta instancia que entre ECOPETROL y el CONSORCIO MK, se celebró contrato No. 5206704 el 2 de diciembre de 2009 (folios 59 a 79, 81 a 83 y 196 a 206) el cual finalizó el 29 de junio de 2013, según se verifica del acta de liquidación final unilateral (folios 208 a 219).

En ese orden de ideas el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se contrae a determinar si ECOPETROL S.A. es la responsable directa del pago de las condenas impuestas a cargo de las integrantes del CONSORCIO MK o si por el contrario es responsable solidaria de estas, en virtud de un eventual incumplimiento contractual. Definido lo anterior, de ser procedente, se analizará la lo atiente a la condena a cargo de ALLIANZ SEGUROS S.A., para establecer si el riesgo se encuentra cubierto por la póliza otorgada.

Así las cosas debe indicar la Sala, conforme los argumentos de la alzada propuesta por las sociedades M&C S.A.S y KONIDOL S.A. es claro que estas pretenden que se les absuelva de las condenas proferidas y en su lugar se imponga el pago de las mismas únicamente a cargo de ECOPETROL.

Para solventar tal situación, valga decir, como quedó visto, no es objeto de debate la calidad de empleadores que ostentaron M&C S.A.S y KONIDOL S.A. como integrantes del CONSORCIO MK, respecto del demandante, ni tampoco que las mismas omitieron cancelar a favor del trabajador los emolumentos salariales y prestacionales y demás acreencias de carácter laboral durante la vigencia del contrato declarado, lo que dio lugar, como se dijo, a que se ordenara su pago a cargo de estas.

Ahora, aunque en virtud del contrato celebrado con ECOPETROL pretenden los integrantes del consorcio trasladar la responsabilidad directa del pago de los emolumentos adeudados al trabajador, lo cierto es que dicha carga no puede ser transferida en esos términos pues conforme al artículo 57 del C.S.T. el pago de la remuneración al empleado es una obligación especial del empleador, que en el asunto resultan ser precisamente las integrantes del consorcio.

Adicionalmente, téngase en cuenta que el contrato de trabajo suscrito con el actor (folio 23 y 24), estaba ligado a la liquidación del contrato 5206689 suscrito entre el CONSORCIO MK y ECOPETROL S.A. (folios 85 a 105) en cuya cláusula quinta, el primero se obligó expresamente a pagar la remuneración de las personas que vinculara mediante relación laboral para la ejecución de dicho contrato. Puntualmente, la estipulación señala:

*“5. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. El CONTRATISTA se obliga a ejecutar integralmente el objeto del **Contrato**, por lo cual tendrá las siguientes obligaciones, además de las que se desprendan de otras cláusulas de este **contrato** o de los **DPS**.*

*(...)*

*2) A las personas que vincule mediante relación laboral, para la ejecución del **Contrato** pagarles la remuneración de acuerdo con la normativa interna de **ECOLPETROL** en materia de salarios (...)*

En ese mismo sentido, a pesar que con ocasión del contrato de prestación de servicios suscrito entre las traídas a juicio antes mencionado (folios 85 a 105), debía conformarse una fiducia mercantil con cargo a la cual la contratante – ECOPETROL- podía efectuar el pago directo a terceros relacionados con obligaciones dinerarias que correspondían al contratista – Consorcio MK- (parágrafo 1, Cláusula 4 Forma de Pago, folio 90), lo cierto es que en el asunto no

se acreditó en manera alguna la celebración de dicho contrato mercantil y la existencia de recursos dentro de esta.

Con independencia de lo anterior, lo cierto es que la pretensión de estas recurrentes guarda más correspondencia con aquella que hubiera podido formularse en virtud del llamamiento en garantía que eventualmente pudieran hacer respecto de ECOPETROL, figura procesal a través de la cual se habilita al llamante a convocar a un tercero o a otro demandado (demanda de coparte) que le proteja y pague por él o le reembolse lo que erogó por razón de la condena<sup>5</sup>, invocando como garantía el referido contrato.

Sin embargo, tal relación sustancial no puede entrar a ser estudiada si no se formula la demanda (llamamiento en garantía) con el lleno de los requisitos que establece la ley (artículo 65 del C.G.P.), esto es, si no se aduce la existencia de la garantía, pues esta es una discusión que se resuelve entre el llamado y el llamante solo cuando este último es vencido en juicio, luego de agotarse el debate jurídico y probatorio respectivo, con el respeto de la garantía al debido proceso que le asiste a ambas partes, entre ellas, el derecho de defensa y contradicción.

Como tal discusión no se promovió en el asunto, no es posible atender los argumentos de la alzada.

Precisado lo anterior y en lo que respecta a la solidaridad contractual declarada por el Juez, y para responder a los reparos presentados por ECOPETROL, es importante precisar, aunque el juez de primer grado tuvo en cuenta para resolver este punto el contrato 5206704 suscrito entre esa sociedad y el CONSORCIO MK

---

<sup>5</sup> “(...) como el vocablo mismo así lo indica, para que proceda el llamamiento en garantía requiérese que la halla; es decir, que exista un afianzamiento que asegure y proteja al llamante contra algún riesgo, según la definición que de garantía da la Real Academia Española. O, en otras palabras, que el llamado en garantía, por ley o por contrato, esté obligado a indemnizar al llamante por la condena al pago de los perjuicios que llegare a sufrir, o que esté obligado, en la misma forma, al "reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia", según los términos del artículo 57 del C. de P. Civil”.

Agregó además que “el llamamiento en garantía se produce, al decir de Guasp, «cuando la parte de un proceso hace intervenir en el mismo a un tercero, que debe proteger o garantizar al llamante, cubriendo los riesgos que se derivan del ataque de otro sujeto distinto, lo cual debe hacer el tercero, bien por ser transmitente: llamado formal, o participante: llamado simple, de los derechos discutidos». En uno y otro caso precisase, como se dejó dicho antes, que haya un riesgo en el llamante, que por ley o por contrato deba ser protegido o garantizado por el llamado; o según palabras del Art. 57 ya citado, que el llamante tenga "derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia" Sentencia Sala de Casación Civil, CSJ. radicado 2393 del 14 oct. 1976, reiterada en sentencia SC1304 de 2018.

(folios 59 a 80 y 196 a 206), así como el acta de liquidación final unilateral del mismo (folios 208 a 219), lo cierto es que acorde a este último documento tal relación contractual solo estuvo vigente entre el 17 de diciembre de 2009 y el 29 de junio de 2013 (folio 210), es decir, había expirado su vigencia para el periodo que estuvo vinculado el demandante con el consorcio<sup>6</sup>, debiendo advertir además, la duración del contrato laboral del actor estaba supeditada a la “*duración del proceso de liquidación del contrato N° 5206689*”, esto es, no tenía relación alguna con el contrato 5206704.

Aclarado ello, indica la Sala, tal como lo aduce en su recurso el apoderado judicial de ECOPETROL S.A., el posible incumplimiento de las obligaciones a su cargo como contratante en el marco de la ejecución del contrato celebrado con el CONSORCIO MK (folios 85 a 105), que para el caso debía ser el 5206689 y no el 5206704, no fue objeto del debate, pues la solidaridad que se invocó en la demanda tenía asidero en lo regulado en el artículo 34 del C.S.T. (folios 11 y 12, fundamentos y razones de derecho) la cual no se encontró acreditada, de allí que se sorprendió a la parte al resolverse sobre un asunto respecto del cual no había tenido oportunidad de formular contradicción alguna.

Además, el eventual incumplimiento del contrato por parte de ECOPETROL, no conlleva necesariamente a su responsabilidad solidaria frente a las condenas impuestas a cargo del contratista como empleador, por cuanto en ninguna cláusula del contrato (el cual es ley para las partes) se estableció dicha responsabilidad ante un eventual incumplimiento, menos aún por conceptos laborales, dejando solo abierta la posibilidad de reclamar el pago de los posibles perjuicios (cláusula 13, folio 78), lo que debía hacerse como se ilustró, a través del llamamiento en garantía, o agotando los mecanismos judiciales respectivos.

En consonancia con lo que viene de decirse, para la Sala no había lugar a declarar la solidaridad con fundamento en un “*incumplimiento contractual*”, por lo que habrá de revocarse la sentencia en este punto.

Consecuencialmente, la inexistencia de solidaridad en cabeza de ECOPETROL conlleva a la revocatoria de las condenas impuestas en su contra y conduce igualmente a dejar sin efecto la condena en contra de ALLIANZ SEGUROS S.A.,

---

<sup>6</sup> Los extremos del contrato corresponden del 29 de junio al 15 de agosto de 2013.

por ser la declaratoria de la solidaridad de ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO MK lo que dio origen a las obligaciones a cargo de la aseguradora.

Debe señalarse, pese a que el actor en sus alegatos refiere que el *a quo* “no descartó que se pueda dar también la solidaridad del artículo 34”, lo cierto es, tal aspecto no fue motivo de apelación y de sustentación, y solo en gracia de discusión, se tiene que en la sentencia sí se estudió la procedencia de la solidaridad con asidero en dicha norma, pero esta no la encontró configurada. Así, al haberse descartado tal declaración y dada la ausencia de apelación del demandante frente a dicha conclusión, es claro que esa determinación de ausencia de responsabilidad de la empresa beneficiaria -ECOPETROL-, queda en firme, viéndose imposibilitada la Sala para estudiar este aspecto en virtud del principio de consonancia

Por sustracción de materia la Sala se releva del estudio de la apelación propuesta por ALLIANZ SEGUROS S.A.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se revocará parciamente la providencia apelada para ABSOLVER a ECOPETROL y ALLIANZ SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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**

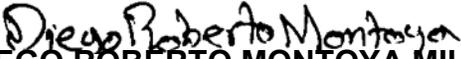
**PRIMERO: REVOCAR** los numerales SEGUNDO y OCTAVO de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** los numerales TERCERO, SEXTO y SÉPTIMO, únicamente en el sentido de excluir de la condenas allí impuestas a ECOPETROL S.A., conforme lo analizado en la parte motiva.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juez Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

  
RAFAEL MORENO VARGAS

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL  
BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL.**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HELEN SEMITH DE  
LAS SALAS ORTIZ CONTRA IPS VIRREY SOLIS S.A., MEDICALL TALENTO  
HUMANO S.A.S Y SALUD TOTAL E.P.S. (RAD. 34 2018 00446 01)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 699 a 703), así como por las demandadas SALUD TOTAL EPS (folios 704 a 708), VIRREY SOLÍS IPS (folios 709 a 712) y MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S (folios 713 a 720), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y de las demandadas VIRREY SOLIS IPS S.A., MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S, y SALUD TOTAL E.P.S. contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de febrero de 2020 (Cd a folio 696, record: 1:57:10 y acta a folio 693 a 695), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: NEGAR*** la tacha de sospecha formulada por la demandada ***SOCIEDAD VIRREY SOLÍS IPS S.A.S*** (sic) respecto a la declaración de ***LADY LISSETTE BENAVIDEZ***.

***SEGUNDO: DECLARAR*** que la ***SOCIEDAD VIRREY SOLÍS IPS S.A.S*** es la verdadera empleadora de la demandante ***HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ***

***TERCERO: DECLARAR*** que entre ***HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ*** y la ***SOCIEDAD VIRREY SOLÍS IPS S.A.S*** existió un contrato de trabajo pactado a

*término indefinido con vigencia entre el 23 de febrero de 2010 al 16 de noviembre de 2016.*

**CUARTO: DECLARAR** ineficaz la cláusula segunda y tercera del contrato de trabajo que fue suscrito por la demandante HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM el día 23 de febrero de 2010, así como la cláusula segunda parágrafo primero del contrato de trabajo celebrado por la demandante HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ y la sociedad MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S correspondiente al pacto de exclusión salarial de la remuneración denominada compensación ordinaria, compensación extraordinaria, auxilio de alimentos y auxilio de vivienda y en su lugar tener para todos los efectos como factor salarial los conceptos mencionados y conforme a lo expuesto por la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: DECLARAR** que los salarios realmente devengados durante la vigencia de la relación laboral por la demandante HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ son los siguientes:

*Para el año 2010 la suma de \$1,084.000, para el año 2011 la suma de \$5,200.000, para el año 2012 la suma de \$5,200.000, para el año 2013 la suma de \$5,200.000, para el primer semestre de 2014 la suma de \$5,200.000 para el segundo semestre de 2014 la suma de \$4,680.000, para el año 2015 la suma de \$4,914.000 y para el año 2016 la suma de \$5.166.000.*

**SEXTO: CONDENAR** a la SOCIEDAD VIRREY SOLÍS IPS S.A.S en solidaridad con las sociedades MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S y SALUD TOTAL EPS al reconocimiento y pago a favor de la demandante HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ por las siguientes diferencias salariales y por las siguientes sumas y conceptos:

*Por concepto de cesantías la suma de \$25.180.752, por intereses a las cesantías la suma de \$2,729.392, por las vacaciones liquidadas en la suma de \$990.150 y por el parcial de la prima de servicios por la suma de \$296.567.*

**SEPTIMO: CONDENAR** a la SOCIEDAD VIRREY SOLÍS IPS S.A.S y solidariamente a MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S y SALUD TOTAL EPS a reconocer y pagar a la demandante HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ la sanción contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 respecto a las cesantías parciales adeudadas para el año 2013 y liquidada a partir del 15 de febrero de 2014 y hasta el 15 de febrero de 2015 equivalente a un día de salario por cada día de retardo fijándolo en la suma de \$62. 853.000.

**OCTAVO: CONDENAR** a la SOCIEDAD VIRREY SOLÍS IPS S.A.S en solidaridad con la sociedad MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S y SALUD TOTAL EPS a consignar a la administradora de fondos de pensiones y cesantías a la que se encuentre afiliada la demandante HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ por el valor correspondiente a las diferencias sobre los aportes a pensión causados a favor de la demandante y por el tiempo que duró la relación laboral respecto de lo realmente devengado por la parte actora y previa realización del cálculo actuarial por parte de la administradora de pensiones correspondiente teniendo como IBC la suma declarada en el numeral tercero (sic) de la parte resolutive de la presente decisión.

**NOVENO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por VIRREY SOLÍS IPS S.A.S, MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S y SALUD TOTAL EPS y parcialmente probada la excepción de prescripción.

**DECIMO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra

**UNDECIMO: CONDENAR** a las demandadas en COSTAS procesales, inclúyase la suma de un salario mínimo legal vigente, valor en que se estiman las agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de la demandante y las demandadas, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, la apoderada de la actora se refirió puntualmente a tres aspectos: de una parte, reprocha que se hubiera incluido en la reliquidación de las cesantías lo cancelado por MEDICALL pues fue un pago hecho por un tercero, compensación que alude no procede por ser un pago irregular por parte de la demandada MEDICALL, aspirando no se tengan en cuenta esos conceptos.

De otro lado, pide se revise lo atinente a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T, ya que en su sentir sí existió mala fe por la demandada VIRREY SOLIS debido a que no se trató simplemente de una reliquidación o interpretación de cláusulas sino que se encubrió una verdadera relación laboral con el ánimo de eliminar ciertos pagos que debieron ser tenidos en cuenta, advirtiendo, la razón de esa forma de vinculación, particularmente la intermediación realizada con MEDICALL y de manera solidaria SALUD TOTAL, tuvo como objeto desconocer los tiempos suplementarios y sustraerse del pago adicional por la doble jornada.

Por último, se refiere a la cuantía de las costas las que considera insuficientes para asumir lo que implicó el desarrollo del proceso<sup>1</sup> (Cd a folio 696, récord: 2:03:18, acta a folio 693 a 695).

---

<sup>1</sup> “Siendo el momento procesal oportuno, interpongo recurso de apelación de manera parcial frente al fallo de primera instancia solicitándole a los honorables magistrados tener las siguientes consideraciones: En primer lugar, respecto al numeral sexto del fallo en comento, les solicito amablemente sea tenido en cuenta la reliquidación y la cuantificación de las cesantías teniendo en cuenta que para los años 2014 a 2016, el juzgado lo que debió proceder fue a una reliquidación completa, no solo en cuanto a la bonificación de \$574.000 que dio MEDICALL sino también teniendo en cuenta lo dado por esa entidad en su totalidad dado que el pago lo hizo distinta a VIRREY SOLÍS, en esa medida no es posible que de manera recurrente no se tenga en cuenta estos conceptos para el momento de la reliquidación por lo que el juzgado estaría haciendo sería proceder a una excepción de compensación frente a un pago irregular por parte de la demandada.

Ahora bien, en ese sentido también se revise el tema de la indemnización moratoria del artículo 65 en el entendido de condenar a VIRREY SOLÍS y de manera solidaria a SALUD TOTAL por cuanto sí existió

A su turno, el apoderado de la codemandada VIRREY SOLIS IPS S.A.S., solicita se revoque integralmente la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de las condenas incoadas en su contra. Con dicho fin, señala, al plenario se incorporaron documentales que dan cuenta de la oferta mercantil que efectuó la CTA TALENTUM y la aceptación de la misma por parte de esa IPS, así como el contrato de comodato por el cual se autorizó a la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum el uso de las sedes y los bienes muebles que se encontraban en las mismas.

En ese mismo sentido, menciona, mediante la Circular 067 de 2010 se autoriza a las instituciones prestadoras de salud a contratar con terceros la administración de procesos con autonomía, autodeterminación y autogestión, por lo que, si bien hubo una prestación de servicios por parte de la actora, no se configuraron todos los elementos constitutivos del contrato de trabajo, especialmente no existió subordinación, de allí que no puede entenderse que hubo contrato con esa sociedad entre el 23 de febrero de 2010 y el 30 de junio de 2014.

Por otra parte, considera, no se tuvieron en cuenta las pruebas documentales, testimoniales y los interrogatorios de parte que daban cuenta de la coexistencia de contratos de trabajo, el de la IPS y el de MEDICALL.

Con relación a la solidaridad declarada con SALUD TOTAL, alude, existe un conglomerado de normas que distribuyen el aseguramiento y la prestación del servicio, por lo que, aunque en el objeto de la EPS se incluye esto último, tal actividad no resulta ser la principal como si lo es en realidad el aseguramiento,

---

*mala fe por parte de la demandada en el entendido que no solo se trató de una reliquidación y un tema de interpretación de cláusulas como dijo el despacho, sino que hay que tenerse en cuenta que como el mismo fallo lo expresa en sus consideraciones, del año 2010 al año 2013 el mismo juzgado condenó de manera completa al pago de las cesantías y en ese caso no solo se trata de reliquidación, a su vez, es importante entender que lo que hizo la demandada durante todo este vínculo laboral fue tratar de encubrir una verdadera relación laboral y eliminar ciertos pagos que debieron ser tenidos en cuenta, la razón por la cual se realizó esta intermediación laboral, en especial con MEDICALL fue no tener en cuenta un tema de tiempos adicionales y sustracción de recargos por el tiempo adicional de doble jornada. En ese sentido no puede predicarse la buena fe por parte de la representada, es menester que el honorable tribunal conceda la indemnización moratoria del artículo 65.*

*De igual manera, solicito se reevalúe el tema de la condena en costas dado que por la cuantía del proceso el en las que fueron las condenas, una condena de un salario mínimo no es suficiente para asumir lo que en su momento se debió llevar por este proceso. Muchas gracias”*

la captación de aportes y la distribución de estos antes ADRES. Recalca la inexistencia de la exclusividad de la prestación del servicio a favor de SALUD TOTAL.

Insiste en la valoración de los medios de convicción, particularmente todo lo relativo a la contratación de la demandante con MEDICALL, y se evalué la exclusión del factor salarial suscrito entre esa sociedad y la actora en el que se acordó que el auxilio de vivienda no era retributivo del servicio, por lo que tal concepto no debe ser tenido en cuenta para la reliquidación de prestaciones a favor de la actora<sup>2</sup> (Cd a folio 696, récord: 2:06:27, acta a folio 693 a 695).

---

<sup>2</sup> “Su señoría, oportunamente interpongo recurso de apelación frente a la totalidad sentencia de primera instancia y solicito al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral que tenga en cuenta las siguientes consideraciones desde mi punto de vista:

*Primero que todo, lo que tiene que ver con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM, se allegaron por parte del apoderado de SALUD TOTAL al plenario, documentales como son la oferta mercantil que hizo la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM frente a mi representada, la orden de compra que realizó VIRREY SOLÍS para aceptar dicha oferta mercantil, que se tenga en cuenta por favor el contrato de comodato que obra en el plenario por medio del cual se le autorizaba a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM el uso de las diferentes sedes y de los bienes muebles con los que contaban dichas sedes para que pudiera dicha oferta mercantil que fue presentada a mi representada.*

*Que se tenga por favor en cuenta que la circular 067 de 2010 autoriza a las instituciones prestadoras de salud a ceder a título de administración de procesos y autorizar contratar con terceros que estos sean los encargados de dar el manejo correspondiente a autonomía, autodeterminación y auto gestión que le corresponde en cuanto a lo que son las cooperativas de trabajo asociado, que dicha situación se dio en mera libertad por lo cual declarar un contrato realidad, si bien es cierto que había una prestación personal por parte de la señora HELEN SEMITH DE LAS SALAS, no se configuraron la totalidad de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, puesto que en ningún momento VIRREY SOLÍS pagó o remuneró dichos servicios, esto lo hacía directamente la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO por medio de sus estatutos, de sus procesos, nunca hubo una subordinación por parte de mi representada, por lo tanto no se puede configurar un contrato realidad frente a lo que enmarca la contratación que se cuantifica de del 23 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2014*

*Frente a la declaración del contrato realidad en lo que es a la contratación de MEDICALL, los de las fechas estimadas del primero de julio de 2014 al 16 de noviembre de 2016, no se tuvo en cuenta en las consideraciones las pruebas documentales, testimoniales y los interrogatorio de parte solicitados por las demandadas, puesto como bien es claro, la doctora Ayda Rueda en su testimonio declaró que la encargada de entregar la dotación de los médicos era dicha empresa, MEDICALL, por lo cual también se entregó sendos contratos y sendas documentales en las cuales se podía acreditar que VIRREY SOLIS tenía su propio contrato con la galena HELEN SEMITH, en ningún momento se trasgredió el artículo 26 del código sustantivo del trabajo, el cual autoriza la coexistencia entre varios empleadores.*

*Es muy importante que el Tribunal precise o aclare el tema de la solidaridad, puesto que lo que es el tema de la seguridad social en salud, la ley 100 de 1993, ley 1122 de 2007 crea todo un conglomerado de normas donde la intención de la prestación de servicio es distribuir el aseguramiento con la prestación del servicio, si bien dentro del objeto social de SALUD TOTAL se incluye una prestación, esto no quiere decir que eso sea su objeto social principal, el objeto social principal de las entidades promotoras de salud es la aseguramiento, la captación de los aportes y es la distribución de los mismos frente a la administradora de recursos del sistema de seguridad social en salud ADRES, ese es el objeto social principal de SALUD TOTAL EPS.*

*¿Cuál es el objeto de VIRREY SOLIS, de mi representada? Es la prestación de los servicios, por eso es que se suscriben contratos de prestación de servicios con diferentes modalidades, al despacho en primera instancia se le acredita un contrato de prestación de servicios de modalidad de capital, también se le hace llegar como prueba documental, contratos con Coomeva, contratos con Capital, lo que demuestra que no hay en ningún momento exclusividad. En el interrogatorio de parte del doctor Henry Riveros se le expuso*

MEDICALL TALENTO HUMANO, por su parte, pretende con la alzada igualmente, se revoque la providencia pues es clara la relación laboral que tuvo la demandante con esa sociedad, enfatizando, del acervo probatorio se extraía con nitidez que la actora recibía órdenes directamente del personal vinculado a MEDICALL, lo que de hecho acreditó con los contratos de trabajo de las personas que fungían como jefes de la actora. Destaca el conocimiento que tenía la convocante respecto a su empleador tanto así que solicitó el retiro parcial de sus cesantías que fue autorizado precisamente por esa sociedad.

Frente al pacto de exclusión salarial, advirtió, la ineficacia del mismo no fue objeto de la demanda, y en todo caso, refiere al interrogatorio absuelto por la demandante en la que esta “confiesa” que suscribió este de manera libre y voluntaria por lo que no existió vicio del consentimiento, gozando dicho acuerdo de plena eficacia. Sobre este punto sugiere además, el auxilio de vivienda está sujeto a la rigurosidad de los artículos 128 del C.S.T y 30 de la Ley 1393 de 2010 pues se trataba de una suma “fija, invariable la cual no estaba atada a la prestación personal del servicio, ni mucho menos estaba sujeta a comisiones, atención a usuarios, pacientes, a evaluación de desempeño” subrayando el pago se efectuaba aún en periodo de vacaciones, incapacidades, licencias o permisos en un 100%, de allí que para esta, no constituya factor salarial y en esa medida, no hay lugar a la reliquidación de los conceptos ordenados por el a quo.

---

*ampliamente al despacho que además de tener contratos con diferentes aseguradoras también había una prestación de servicios de salud de manera particular.*

*Esto es muy importante que el tribunal lo tenga en cuenta, además que las señora HELEN SEMITH DE LAS CASAS era médico, era quien atendía a los usuarios, no era la persona encargada de la facturación, del ingreso, del diligenciamiento del tema de la facturación de los usuarios, por lo cual es reconocida la inexistencia de la exclusividad que ella alega y que se habla por parte de SALUD TOTAL EPS.*

*Por favor, que se amplíe por parte del tribunal la valoración de los medios probatorios presentados por VIRRESY SOLÍS pues considero que en el fallo de primera instancia no se les dio una valoración acertada de este material probatorio que se presentó y que por favor se tenga en cuenta y se evalúe todo el tema de la contratación de MEDICALL puesto que en el fallo de primera instancia se toma como factor salarial un auxilio que estaba pactado por ellos con total libertad y, conociendo esta situación la señora SEMITH DE LAS SALAS la acepta, dicho auxilio de vivienda no era directamente retributivo de la prestación del servicio, por lo cual considero que no se debe incluir como factor salarial para el momento de la reliquidación que se hizo en la primera instancia.*

*Desde este punto de vista le solicito respetuosamente al tribunal que se evalúen todas estas consideraciones que tengo frente al fallo y se absuelva de todas las pretensiones a mi representada. Muchas gracias su señoría.”*

Censura la ausencia de valoración del contrato de mandato suscrito entre Virrey Solís y Medicall, así como el comodato celebrado entre estas mismas partes, señalando, la Circular 067 de 2010 proveniente de la Superintendencia Nacional de Salud, habilita a la IPS a delegar en terceros la administración completa de un proceso que en este caso es asistencial, no siendo MEDICALL una empresa de servicios temporales sino un OUTSOURCING con amplia experiencia en el sector salud.

Enfatiza, en el asunto no se determinó que la demandante recibiera órdenes, directrices o lineamientos por parte de VIRREY SOLÍS, y menos aún, por parte de SALUD TOTAL<sup>3</sup> (Cd a folio 696, récord: 2:13:32, acta a folio 693 a 695).

---

<sup>3</sup> “Señora juez, de la manera más respetuosa interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el juzgado 34 laboral del circuito de Bogotá por las siguientes razones y solicito de la manera más respetuosa al honorable tribunal tenga en cuenta cada una de las consideraciones que voy a enunciar en el presente momento:

Primero, señores magistrados, a lo largo del debate probatorio por parte de MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S se logró demostrar sin lugar a dudas que existió una relación de índole laboral entre la demandante HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ y MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S, SEÑORES MAGISTRADOS, si analizamos realmente el acervo probatorio que como se observa en las consideraciones por parte del a quo fue vaga y no solo no tuvo en cuenta en su totalidad y máxime, no tuvo ni siquiera en cuenta los interrogatorios de parte absueltos por el representante legal de las pasivas y de las declaraciones de los terceros, se logró a través de ellos demostrar que durante ese vínculo la demandante recibía ordenes directamente por personal directamente contraído con MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S.

Nótese, señores magistrados, como se pudo allegar incluso los contratos de trabajo de los jefes inmediatos de la demandante por MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S estos son Vanesa Pinilla y Ángela Viviana Ruiz, incluso con los coordinadores de gestión humana de MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S Oscar Jair Varela entre otros. Nótese señores magistrados como en ese lapso se logró demostrar que la demandante tenía pleno conocimiento que su verdadero empleador era MEDICALL, tanto así, y como se le puso de conocimiento a la demandante con exhibición y reconocimiento de documentos, la demandante confiesa que suscribió un contrato de trabajo directamente con MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S, así mismo confiesa que presentó directamente a su empleador, esto es a MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S, incluso hubo una solicitud de retiro de cesantías para vivienda y como tal autorización del retiro de acuerdo con la ley, razón por la cual MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S acepta dicho retiro para los fines pertinentes establecidos en la ley.

Nótese señores magistrados como también se logró demostrar a través de los testimonios traídos a este proceso y de las declaraciones de las partes que la demandante incluso señores magistrados confesó, aceptó haber suscritos sendos pactos de exclusión salarial, y frente a esto me voy a detener un poco más señores magistrados, porque nótese como incluso dentro de las pretensiones de la demanda en ningún momento la parte activa solicita la declaración de nulidad o ineficacia de estos mismos, además, si nos vamos al interrogatorio de parte absuelto por la señora HELEN, esta confiesa que efectivamente ella suscribió dichos pactos, los cuales fueron de manera libre, voluntaria, en ningún momento se alegó aquí o se logró demostrar un vicio del consentimiento, razón por la cual estos gozan de plena eficacia, contrario a lo manifestado por al a quo por cuanto solamente hace alusión a una ineficacia pero no se exponen las razones por las cuales considera que son netamente salariales.

Ahora bien, si nos vamos nuevamente al interrogatorio de parte, la demandante confiesa poniéndole presente los folios 404, 405, 442, 489, 490, 492 entre otros, la demandante confiesa que el auxilio de vivienda, el cual no es salarial y está sujeto a la rigurosidad establecida en el artículo 128 del código sustantivo del trabajo, así como la ley 1393 de 2010 artículo 30, se logra demostrar que esta suma era fija, invariable la cual no estaba atada a la prestación personal del servicio de la demandante, ni mucho menos estaba sujeta a comisiones, atención a usuarios o pacientes, a evaluación de desempeño, tanto así que si nos vamos directamente a los desprendibles de nómina allegados directamente al plenario se logra demostrara y tal y como lo considera la demandante, que esta suma no salarial era pagada en eventos o lo

Por último, SALUD TOTAL E.P.S., advierte, en la sentencia se omitió el contenido del artículo 177 de la Ley 100 de 1993 en la que se estipula la naturaleza y objeto de las entidades promotoras de salud. En ese entendido, estima, se valoró equivocadamente el material probatorio y se dio un entendimiento incorrecto al artículo 34 del C.S.T. en cuanto derivó la responsabilidad solidaria partiendo únicamente de la atención de las personas afiliadas a esa EPS, sin tener en cuenta que dentro de la organización del sistema para la prestación del servicio de salud se contrata con instituciones prestadoras, no siendo esta actividad propia del objeto de esa entidad.

De igual forma, precisa, *“el objeto misional en el cual se ordena contratar una red prestadora de servicios no puede confundirse con un simple contrato de obra pues no se está entregando a un contratista una labor por voluntad por voluntad propia de la EPS sino por mandato de la ley”* razones por las cuales, a

---

*que se llama novedades de nómina, esto es, en vacaciones, recibiendo el 100% de ese auxilio, cuando estaba en incapacidad recibía dicho auxilio e incluso cuando estaba en licencias o permisos era otorgado sobre el 100% del valor del mismo, razón por la cual queda totalmente demostrado que esta no estaba atada a la prestación personal del servicio, razón por la cual dicha suma no es constitutiva de salario, razón por la cual no habría lugar a la reliquidación de los conceptos que declara y que condena el a quo.*

*Ahora bien, también llama la atención de esta apoderada que no se hace mención y mucho menos un estudio exhaustivo del contrato de mandato suscrito entre VIRREY SOLÍS EPS y MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S e incluso tanto al contrato de comodato precario suscrito entre estas. Señores magistrados, aquí estamos ante una situación que tiene na normatividad expresa, es decir, no es una normatividad genérica sino específica por cuanto la ley 100 de 1993 y en aplicación a la circular 067 de 2010 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud que incluso la corte constitucional plena validez, esta determina que tanto las EPS o IPS que en el presente caso VIRREY SOLÍS IPS puede delegar en un tercero a través de diferentes tipos de contratos, civil o comercial, como es el contrato de mandato y de comodato, delegar la administración completa de un proceso, aquí no estamos hablando de prestación personal del servicio sino netamente de un proceso asistencial.*

*Al estar ante esta delegación, que permite el Estado a través de la Superintendencia Nacional de Salud, VIRREY SOLÍS tenía la plena facultad de delegar dicha administración asistencial ante un tercero outsourcing que es MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S incluso se reitera una disconformidad con el a quo por cuanto en ningún momento MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S es una empresa de servicios temporales, razón por la cual no estamos hablando aquí ante un suministro de personal, es netamente una empresa y tal como se ve, se debe analizar su objeto social establecido en la cámara de comercio, en el certificado de existencia y representación, es un outsourcing netamente designado con amplia experiencia en el sector salud.*

*Al realizar este proceso o administración por parte de MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S, no se logró determinar que la demandante tuviera algún ordenes, directrices o lineamientos establecidos por personal directo de VIRREY SOLÍS IPS, nótese como la demandante y a través de los testimonios se logró establecer que dichas directrices estaban únicamente establecidas a través de jefes inmediatos que son colaboradores de MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S. Nótese como señores magistrados, tanto los representantes legales como los testigos lograron determinar que en ningún momento, ni VIRREY SOLÍS IPS ni la aquí codemandada SALUD TOTAL EPS tuvieron algún tipo de injerencia o participación, tanto en la actividad personal del servicio de la demandante a favor de MEDICALL, ni es subordinación, ni remuneración, ni mucho menos en temas disciplinarios como MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S sí llevó a cabo con la demandante.*

*Así mismo señores magistrados, por las razones anteriormente expuestas y de la manera más respetuosa solicito se revoque la sentencia proferida por el a quo y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones aquí solicitadas.”*

su juicio, no se cumplen los presupuestos fácticos de la norma sustancial<sup>4</sup> (Cd a folio 696, récord: 2:23:05, acta a folio 693 a 695).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ las pretensiones visibles a folios 95 a 97 vto., las cuales se sustentaron en los hechos narrados a folios 97 vto. a 102 vto., solicitando se declare que entre esta y la demandada VIRREY SOLIS IPS S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 23 de febrero de 2010 y terminó el 16 de noviembre de 2016 por causa imputable al empleador. Pide**

---

<sup>4</sup>“En este momento procesal me permito de manera respetuosa interponer recursos de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho y por medio de la cual se declaró la existencia de solidaridad de mi representada respecto de los rubros aquí impuestos a las codemandadas.

Para iniciar, es importante señalar que al momento de pronunciar fallo de primera instancia el a quo omitió el contenido del artículo 177 de la ley 100 de 1993 en la cual se establece y se señala con claridad cuál es el objeto y cuál es la naturaleza jurídica de las entidades promotoras de salud.

Frente a lo anterior, respetuosamente se considera que el juzgado procedió a realizar una valoración equivocada del material probatorio y especialmente una interpretación errónea de la norma establecida en el artículo 34 del ordenamiento laboral en cuanto se derivó dicha responsabilidad solidaria únicamente al hecho que una IPS atienda personas que se encuentran afiliadas de una u otra EPS, situación que contraría los elementos propios de la solidaridad, lo anterior por cuanto dicha conclusión pasa por alto lo establecido en los artículos 177 y 179 de la ley 100 de 1993 que disponen las obligaciones propias de las entidades promotoras de salud al organizar directa o indirectamente la prestación del plan obligatorio de salud a los afiliados y para garantizar la prestación servicios, contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales con el fin de ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de la oferta lo impida.

En ese orden de ideas, nótese que la prestación de los servicios asistenciales de salud no son propiamente el objeto social de la EPS sino que por asunción de la ley la EPS se encuentra facultada para la contratación con instituciones prestadoras de salud quienes a su vez tiene por objeto según el artículo 185 de la ley 100 de 1993 la de prestar los servicios de salud en su nivel de atención. Conforme a lo anterior se considera que el objeto misional en el cual se ordena contratar una red prestadora de servicios no puede confundirse con un simple contrato de obra pues no se está entregando a un contratista una labor por voluntad propia de la EPS sino por mandato de la ley, situación por la cual no se cumplen los presupuestos fácticos exigidos en la norma al ser necesario que las labores del contratista no sean ajenas al objeto comercial, lo cual como ampliamente se expone, no corresponde al objeto misional de la aseguradora en salud, máximo cuando se insiste que por prohibición legal de integración verticalmente las prestadoras y aseguradoras está prohibida por la ley 1122 del 2007.

Conforme lo expuesto, se relega entonces que la EPS es una aseguradora del servicio mientras que las instituciones prestadoras de salud, quienes tienen el encargo de la prestación asistencial a los afiliados siendo esta su actividad principal con IPS, situación que se debe insistir, dicha teoría de la demandante saliera adelante, significaría, y salió adelante, significó entonces que la falta de integración en la Litis debe de estar incluida todas y cada una de las EPS que se demostró en el devenir probatorio, tienen contrato con VIRREY SOLÍS IPS de los eventos SOAT que fueron atendidos por parte de la demandante, de otras aseguradoras de atención a personal particular y otros que la demandante hubiese atendido en virtud a la vinculación que tuviera con su empleador en su momento.

En este sentido, de manera muy respetuosa solicito al tribunal se revoque el fallo en lo que respecta a la solidaridad deprecada a hacia mi representada SALUD TOTAL EPS S.A. Mil gracias”

igualmente se declare que MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S. fungió como simple intermediaria y por tanto es responsable solidaria de las obligaciones a cargo de la IPS; que SALUD TOTAL fue beneficiaria de sus servicios personales y por ende es igualmente responsable en los términos del artículo 34 del C.S.T.; que lo devengado como “*compensación extraordinaria, auxilio de vivienda, auxilio de alimentación, rodamiento visitas, auxilio de vejez, compensación incapacidad, auxilio semestral y compensación de descanso anual*” eran constitutivos de salario por retribuir de manera directa sus servicios. En consecuencia, se condene a las demandadas a pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas entre el 23 de febrero de 2010 y el 16 de noviembre de 2016, liquidadas con el salario realmente devengado y la reliquidación de sus aportes a seguridad social junto con la indemnización por despido sin justa causa, la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** por cuanto se declaró la existencia de un único contrato de trabajo con la IPS VIRREY SOLÍS en los extremos peticionados en el libelo, teniendo como factores salariales devengados por la demandante la compensación ordinaria y extraordinaria que fueron canceladas por la CTA TALENTUM y los Auxilios de Alimento y de Vivienda pagados por MEDICALL TALENTO HUMANO, por lo cual dispuso la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, respecto de los cuales no operó la prescripción, así como de los aportes a seguridad social durante todo el tiempo laborado, junto con la sanción por no consignación de las cesantías. De igual forma, declaró la responsabilidad solidaria de MEDICALL y la EPS SALUD TOTAL, a la primera en calidad de simple intermediaria y a la segunda como beneficiaria de los servicios de la demandante, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar en primer lugar que la demandada VIRREY SOLIS no desconoció la vinculación laboral que sostuvo con la demandante entre el 1 de julio de 2014 y el 16 de noviembre de 2016, precisando, durante el lapso comprendido entre el 23 de febrero de 2010 y el 30 de junio de 2014, existió intermediación laboral por parte de la CTA TALENTUM, razón por la cual dicho vínculo debía entenderse como de naturaleza laboral, dado que la asociada no trabajaba directamente en su cooperativa, sino para un tercero de quien recibía órdenes,

relaciones que no tuvieron solución de continuidad y que versaron sobre el mismo objeto por lo que debían tenerse como una sola, puntualizando, se trató de un acto jurídico tendiente a encubrir la continuidad de la relación laboral para despojarse el empleador de la carga prestacional y demás obligaciones que emanan de las leyes sociales del trabajo.

Adicionalmente, con relación a MEDICALL TALENTUM, aunque esta vinculación fue concurrente con el contrato que sostuvo la demandante directamente con VIRREY SOLÍS, estimó que no se presentó en la realidad una coexistencia de contratos sino que esta sociedad solo fungió como simple intermediaria los servicios se prestaron realmente a VIRREY SOLÍS sociedad que entregaba su dotación con logotipo distintivo de esa institución, puntualizando, las actividades se desarrollaban en las instalaciones de dicha IPS.

Atendiendo tales conclusiones, y para efectos de determinar el salario realmente devengado por la trabajadora, tomó en consideración los rubros cancelados por la CTA y MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S, pues en su sentir operó la ineficacia de las cláusulas que establecían la “*desalarización*” de la compensación ordinaria, la compensación extraordinaria, el auxilio de alimentos y el auxilio de vivienda, en virtud precisamente de la intermediación de estas respecto de la verdadera empleadora, por lo que, consecencialmente, estos dineros debían ser tenidos en cuenta al momento de liquidar las prestaciones a favor de la demandante. Además, aunque no encontró prueba de la retribución de la demandante para las anualidades 2012 a 2014 (primer semestre), tomo como referencia el del año 2011.

Con relación al auxilio de vivienda reconocido por VIRREY SOLÍS IPS, concluyó que este concepto estaba válidamente excluido de la remuneración de la actora, en virtud del pacto de exclusión salarial suscrito por las partes en el contrato de trabajo y los otrosíes al mismo.

Frente a la solidaridad de la EPS SALUD TOTAL resolvió la existencia de la misma en los términos del artículo 34 del C.S.T dada la conexidad de las actividades de esta empresa con las desarrolladas por la IPS.

Respecto a la prescripción, la declaró probada parcialmente en lo atinente de las primas de servicios y vacaciones causadas en los 3 años anteriores a la presentación de la demanda, no así lo relativo a cesantías, intereses a las cesantías y aportes a seguridad frente a lo cual determinó no operó dicho fenómeno.

No encontró acreditada la buena fe en lo relativo a la consignación de las cesantías pero si a efectos de verificar la procedencia de la sanción moratoria, por lo que solo condenó al pago de la primera, respecto de las cesantías no consignadas del año 2013.

Establecido lo anterior, por razones de método, se abordará inicialmente el estudio del recurso de apelación interpuesto por las demandadas VIRREY SOLIS y MEDICALL TALENTO HUMANO, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar., precisando, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte demandante le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juicio desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia de la

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701<sup>5</sup>).

En ese sentido, destaca la Sala, no es objeto de controversia en esta instancia que el vínculo suscitado entre las actora y la IPS VIRREY SOLIS en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2014 y 16 de noviembre de 2016, tenía el carácter de laboral, situación que fue en esos términos establecida por la juez de primer grado, sin que frente a la naturaleza de tal vínculo se haya formulado objeción o reparo alguno en la alzada, y en todo caso, fue una situación aceptada por esa institución desde la contestación de la demanda (folio 139, respuesta al hecho 17), que encuentra soporte en la documental de folios 31, 181 a 208 y 212 a 222.

Así pues, la apelación de la encartada VIRREY SOLIS se concreta, inicialmente, en dos aspectos: de una parte, que se haya declarado la unidad contractual o la existencia de un único contrato de trabajo, teniendo en cuenta incluso el periodo laborado por la actora en la CTA TALENTUM, desconociendo su verdadera vinculación como trabajadora asociada a la misma y la relación comercial que existía entre las dos sociedades; y de otra, que no se haya establecido la coexistencia del contrato laboral suscrito por la demandante con ese extremo procesal y el celebrado con MEDICALL TALENTO HUMANO cuando, a su juicio, formalmente si existió este último, por lo que no debían entenderse integrados los rubros recibidos al salario de la actora, escenarios que pasan a dilucidarse por la Sala.

Bajo tales circunstancias, en lo que atañe a los extremos laborales, se analizara si en el periodo comprendido entre el 23 de febrero de 2010 y 30 de junio de 2014 la demandante fue trabajadora asociada o si, por el contrario, existió en dicho interregno una relación laboral con VIRREY SOLIS a partir de lo cual pueda entenderse la unidad contractual.

---

<sup>5</sup> “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

Conforme lo anterior, conviene memorar desde sus albores inspiró la filosofía cooperativista la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, se fijó como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en Sentencia C-211 de 2000<sup>6</sup>

Ahora, la figura de las cooperativas de trabajo asociado encuentra su regulación en la Ley 79 de 1988, que al respecto estipuló:

*“ARTICULO 70.- Las cooperativas de trabajo asociado son aquéllas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.”*

Frente a las diferencias que se susciten entre las cooperativas y sus asociados son de conocimiento de la justicia ordinaria laboral, o en su caso, del trámite arbitral, siendo la fuente del derecho pretendido las normas estatutarias de la cooperativa, por así disponerlo el art. 59 del mismo compendio normativo.

*“ARTICULO 59.- En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.”*  
(Subraya de la Sala).

Igualmente, debe recordarse la prohibición consagrada en el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, el cual prevé:

---

<sup>6</sup> “Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.”

*“1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado **no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.** En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.*

*2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.*

*3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, **serán solidariamente responsables por** las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incursoas en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica. (Resaltado de la Sala).*

*(...)”*

En la misma dirección, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, consagra:

*“Artículo 63. **Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes**”.* (Resalta la Sala)

Ahora bien, bajo los anteriores presupuestos, aborda la Sala el estudio del caso puesto a consideración, no sin antes advertir, no fue posible llamar a integrar el contradictorio a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM, dada la terminación de su existencia legal, aspecto así definido por la Juez de primer grado en la audiencia inicial llevada a cabo el 4 de septiembre de 2019 (CD folio 556) según la verificación del certificado de existencia respectivo. Preciado ello, para establecer la procedencia o no de las pretensiones incoadas, es menester el análisis íntegro del acervo probatorio, teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas recaudadas de las cuales resultan de especial relevancia para resolver.

Así, se tiene, al plenario se incorporó comunicación del 23 de febrero de 2010 suscrita por la actora en la que solicita el ingreso a la organización Cooperativa TALENTUM (folio 581) en los siguientes términos:

*“De la manera más atenta me permito presentarles mi solicitud de ingreso a su organización Cooperativa, manifestándole mi voluntad de asociación acatando los Estatutos y Regímenes de la Institución, y prestando mi aporte de trabajo personal.*

*Igualmente, declaro que aceptaré las condiciones establecidas en el CONVENIO DE ASOCIACIÓN.*

*Además, autorizo al Señor Tesorero, si fuere admitido, para deducir los valores estipulados en el régimen de compensaciones como aportes sociales para los fines determinados en el mismo”*

En esa misma fecha TALENTUM CTA comunica la aceptación de la admisión de la actora, informando que los estatutos vigentes estaban disponibles para consulta en la página web de esa organización (folio 582).

Del mismo modo, reposa copia del compromiso contractual asociativo suscrito entre la actora y CTA TALENTUM (folios 575 a 578) y anexo No. 001 (folios 579 a 580), en cuyo objeto primero se pactó:

*“PRIMERA: OBJETO: El trabajador asociado prestará los servicios personales para desarrollar las labores u oficios bajo el cargo de MÉDICO GENERAL, a partir del 23 de febrero de 2010, con un horario de LUNES A VIERNES DE 1:00 P.M. A 7:00 P.M. Y SÁBADOS CADA QUINCE DÍAS DE 7:00 A.M. A 3:00 P.M. labor que se desarrollará para la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM. No obstante lo anterior el servicio será prestado conforme las necesidades de la Cooperativa.”*

Allí también se contempló que, por su aporte en trabajo, el trabajador recibiría compensaciones.

También milita copia de los “*otrosí al compromiso contractual asociativo*” de 1 de febrero de 2011 (folios 572), 11 de agosto de 2010 (folio 573), 23 de febrero de 2010 (folio 574) en los que se efectúan ajustes al horario estableciendo que las labores se desarrollarán de lunes a viernes de 6:30 a.m. a 12:30 p.m. y de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. y sábados de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., se estipulan las compensaciones que recibirá el trabajador (compensación por descanso anual, compensación extraordinaria, auxilio semestral, auxilio de desvinculación, auxilio de vejez, auxilio de alimentos y auxilio de vivienda) y se establece la obligación para el trabajador asociado de asistir al diplomado denominado “*conocimiento*

total". Obra igualmente "Terminación por mutuo consentimiento con efectos transaccionales del compromiso contractual asociativo suscrito entre la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM y DE LAS SALAS ORTÍZ HELEN SEMITH" calendada 25 de junio de 2014 (folios 568 y 569) en las que las partes acuerdan:

**“PRIMERO:** Declarar que entre la CTA TALENTUM y EL TRABAJADOR ASOCIADO, existió únicamente una relación de naturaleza solidaria, cooperativa y de trabajo asociado orientada por lineamientos legales vigentes a nivel nacional, estatutarios, regímenes y señalados en el convenio contractual asociativo (sic).

**SEGUNDO:** Declarar que el trabajo asociativo desarrollado por EL TRABAJADOR ASOCIADO en la UNIDAD ESTRATÉGICA DE NEGOCIOS en el ámbito del proceso contratado, se ejecutó con total autonomía, autodeterminación, autocontrol y autogobierno.

**TERCERO:** Declarar que la única relación existente fue con la CTA TALENTUM para la cual se venía aportando toda la capacidad de trabajo por parte del trabajador asociado.

**CUARTO:** Declararse a PAZ Y SALVO por todo concepto derivado de la relación de trabajo asociado ya extinguida, renunciando dese ahora a presentar cualquier reclamación judicial o extrajudicial relacionada con las obligaciones pasadas, presentes y futuras que surjan como consecuencia de la relación que le caracterizó por lo que DE LAS SALAS ORTIZ HELEN SEMITH renuncia a cualquier acción en este sentido.

**QUINTO: EFECTOS TRANSACCIONALES:** En aplicación del o establecido por el artículo 1625 núm. 3 y 5 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto por el 1714 y siguientes del mismo, así como en observancia de lo establecido en los artículos 2469 y siguientes Ibidem, las partes reconocen y aceptan que en el (sic) presente documento surte los efectos de la transacción, declarándose por lo tanto recíprocamente a PAZ Y SALVO por toda obligación pasada, presente y futura que surja como consecuencia de la relación de trabajo asociado que les caracterizó y que recaiga sobre los derechos inciertos y discutibles (...)"

De igual forma se encuentra copia de las certificaciones expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias y la Corporación de Consultores Integrales para la Gestión y Educación Empresarial y Solidaria - CEPA- en agosto de 2012 (folio 592) y junio de 2011 (folio 593), en la que consta que la actora, asociada a TALENTUM CTA, "participó activamente en el Programa de Formación Continuada CURSO BÁSICO DE ECONOMÍA SOLIDARIA ESPECIALIZADO EN TRABAJO ASOCIADO".

Igualmente se observa “*cronograma de inducción*” a TALENTUM CTA suscrito por la demandante en la que se trataron temas como “*fundamentos básicos de Talentum CTA, código de ética, historia y Crecimiento Virrey Solís*” entre otros (folios 605 a 607); comunicación del 25 de febrero de 2011 dirigido a la demandante y remitido por la Coordinadora de Gestión Humana de Talentum en la que se informa la cita asignada para la realización de exámenes periódicos ocupacionales (folio 611); afiliaciones a Caja de Compensación COMPENSAR (folio 612), SALUDCOOP (folio 612) y SALUD TOTAL (folio 515) realizada por la CTA a favor de la actora; solicitud y autorización de licencias no remuneradas y permisos por calamidad doméstica dirigidas a la CTA (folio 616, 619, 620 a 628), peticiones de descanso anual y aprobación por la CTA (folios 617, 618, 629 y 630); evaluación de desempeño adelantada por TALENTUM Cooperativa de Trabajo Asociado a la actora (folios 631 y 632 a 634); autorización de retiro de Cesantías realizado por TALENTUM con destino PORVENIR (folios 635, 644, 648, 649 y 658); notificación a la demandante de revalorización de aportes decretado por la Asamblea de la Cooperativa y saldo acumulado (folios 643, 647 y 656); liquidación del convenio de asociación en el que se evidencia el reintegro de aporte social por valor de \$2.159.458. con centro de Costos Virrey Solís IPS S.A.

En este punto, se destacan las declaraciones de LADY LISSETTE BENAVIDES SÁNCHEZ<sup>7</sup> y HERNANDO ENRIQUE GARCÍA ACOSTA<sup>8</sup>, quienes fueron compañeros de la demandante y realizaron idénticas actividades a las de la actora como médicos generales, quienes fueron consistentes en señalar que la demandante ingresó a prestar sus servicios en el año 2010 para la IPS VIRREY SOLÍS, realizando la vinculación con la Cooperativa de Trabajo Asociado por ser una condición para laborar con esa IPS.

Conforme todo lo anterior, es claro que la demandante prestó sus servicios en VIRREY SOLÍS S.A, ejecutando la labor como MÉDICO GENERAL, por lo que inicialmente se encontraría cobijada por la presunción legal señalada al inicio de esta sentencia -artículo 24 del C.S.T.-, empero, conforme el análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos, a juicio de esta Sala la presunción fue

---

<sup>7</sup> Audiencia del 4 de septiembre de 2019, récord 1:57:02, Cd folio 556 y acta folios 557 a 560.

<sup>8</sup> Audiencia del 28 de noviembre de 2019, récord 19:07, Cd folio 678 y acta folios 679 a 680.

desvirtuada por la encartada VIRREY SOLIS, teniendo en cuenta que se acreditó la ausencia de subordinación por parte de esa IPS a la demandante, se probó, aunque la demandante desarrolló su labor en las instalaciones de la empresa VIRREY SOLIS, las edificaciones y muebles de la misma estaban entregadas en comodato a la Cooperativa junto con los elementos físicos y tecnológicos que allí se encontraban (folios 179 y 180), por lo que es claro, los medios y equipos de trabajo eran entregados por la CTA, advirtiendo en todo caso, las labores eran ejercidas allí en virtud del convenio comercial suscrito entre las dos personas jurídicas –VIRREY SOLIS IPS Y TALENTUM CTA- para *el manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos asistencial y administrativo* tal y como se constata con la documental visible a folios 160 a 177 y la aceptación de la misma que milita a folio 178.

Adicionalmente, quedó acreditado que fue precisamente con la CTA con quien se acordaron los horarios a ejecutar la actividad por parte de la demandante y era ante tal cooperativa que esta presentaba la autorización de permisos o licencias fueran estas remuneradas o no, las solicitudes para concesión del descanso anual y la aprobación para el retiro parcial de “cesantías”, situaciones que según se anota no eran ajenas a la activa, destacando igualmente, que la propia demandante confesó en el interrogatorio haber suscrito el convenio asociativo, cuya copia milita en el plenario (fol. 575 a 578), según las probanzas recibió capacitación en cooperativismo y efectuó los aportes a la CTA los cuales le fueron liquidados y entregados a la finalización del convenio (folio 567).

También se demostró que quien calificaba su desempeño era la CTA (folios 632 a 634).

No sobra agregar, de las pruebas obrantes en el plenario, se acredita la vinculación de HELEN SEMITH DE LAS SALAS ORTIZ, a la cooperativa de trabajo asociado TALENTUM, en calidad de socio, a partir del 23 de febrero de 2010 (folios 575 a 578) pues además de constatarse con la solicitud y aceptación de la vinculación de la actora (folio 581 y 582), se probó que la misma realizó actividades propias de los socios de una cooperativa de trabajo, tales como la asistencia al curso de cooperativismo (folios 592 y 593), lo que se y efectuó el pago de aportes sociales (folio 567)

En ese orden, en el caso de marras no se evidencia la existencia de un vínculo laboral entre el demandante y la IPS VIRREY SOLÍS durante el lapso que duró la vinculación de la demandante con la CTA TALENTUM, pese a prestar sus servicios a la primera.

Por consiguiente, a juicio de esta Sala, en autos quedó probado que la labor desempeñada por la demandante de MÉDICO GENERAL se ejecutó en virtud del contrato asociativo suscrito con la cooperativa de trabajo asociado TALENTUM, pues se itera, con las pruebas aportadas se demostró que la prestación del servicio por parte de la actora fue como trabajadora cooperada, a favor de la IPS VIRREY SOLÍS<sup>9</sup>, es decir como asociada de la cooperativa de trabajo y no por un contrato de trabajo con la IPS.

Lo anterior no logra derruirse bajo el argumento de un presunto desconocimiento del artículo 8° del Decreto 4588 de 2006<sup>10</sup>, esto es, que los medios de producción o de labor no eran de propiedad de la Cooperativa, pues entre la sociedad VIRREY SOLIS IPS S.A. y la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM, se suscribió un contrato de comodato en el que el comodante se obligaba a entregar al comodatario *bienes muebles que son de su propiedad para que fueran destinados exclusivamente en el manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos asistencial, servicios asistenciales de apoyo, servicios odontológicos y servicios administrativos contratados, en virtud de la aceptación de la oferta mercantil de 1 de mayo de 2004*, requeridos para cumplir

---

<sup>9</sup> Lo que impide dar aplicación a la presunción del artículo 24 del C.S.T respecto de la CTA demandada por cuanto la prestación personal del servicio fue en favor de la IPS, la que pese a ser demandada, fue vinculada en forma solidaria.

<sup>10</sup> **Artículo 8°.** *De los medios de producción y/o de labor de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. La Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado deberá ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo.*

*Si dichos medios de producción y/o de labor son de propiedad de los asociados, la Cooperativa podrá convenir con estos su aporte en especie, la venta, el arrendamiento o el comodato y, en caso de ser remunerado el uso de los mismos, tal remuneración será independiente de las compensaciones que perciban los asociados por su trabajo.*

*Si los medios de producción y/o de labor son de terceros, se podrá convenir con ellos su tenencia a cualquier título, garantizando la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa. Dicho convenio deberá perfeccionarse mediante la suscripción de un contrato civil o comercial.*

su objeto social (folios 170 y 180), situación aceptada por esa misma disposición para la ejecución de las obligaciones asumidas por la Cooperativa.

De lo que viene de decirse, habrá de revocarse la providencia de primer grado en tanto consideró que entre el 23 de febrero de 2010 y el 30 de junio de 2014 la demandante fue trabajadora de VIRREY SOLÍS.

Ahora bien, aducen las demandadas VIRREY SOLÍS y MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S, que entre esta última y la demandante existió un verdadero contrato de trabajo entre el 1 de julio de 2014 y el 16 de noviembre de 2016 que coexistió con aquel celebrado por la IPS con la activa durante ese mismo interregno.

Para solventar tales planteamientos, precisa la Sala, el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que *“un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más patronos, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo”*, advirtiendo, quien pretenda la declaración de coexistencia de contratos de trabajo con varias empresas, en el caso de que las labores sean de la misma índole, debe realizar una demarcación o identificación clara de los contratos de trabajo ejecutados a cada empresa<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Así lo refirió la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4682 de 2018, donde reitero la CSJ, SL2650-2018, rad. 57231, que rememoró la decisión CSJ SL, 12 mar. 1992, rad. 4812. En la que se indicó: *“Se afirma lo anterior por cuanto del estudio de las pruebas analizadas no es posible realizar una demarcación o identificación clara de los contratos de trabajo ejecutados por el demandante, como quiera que las labores desempeñadas para las dos sociedades eran de la misma índole y, por tanto, era necesario delimitar la jornada de trabajo dedicada a la prestación del servicio de ambos vínculos, respecto de los cuales se predica su coexistencia. Al efecto se trae a colación la sentencia CSJ SL, 12 mar. 1992, rad. 4812, GJ CCXXII, n.º 2461, pág. 271-285, cuyo texto reza:*

*[...] observa la Sala que si bien de ellos, en principio, se podría desprender la existencia de la relación laboral entre las partes -lo que haría viable la casación de la sentencia impugnada- esta Sala de la Corte se encontraría, al actuar en sede de instancia, que no se hallan acreditados los extremos de esa posible vinculación laboral, pues no puede predicarse, como lo hace la censura, que dichos extremos coincidan con los del contrato de trabajo que aquél y Conserva California S.A., por cuanto tal tiempo de servicios debe, en su límites, probarse perfectamente, y ello -se repite- no ocurrió en la litis.*

*Pero tampoco encuentra la Sala, del estudio probatorio realizado, que en el sub-examinie se diera un deslinde total de los contratos de trabajo del actor, ya que éste no podía, por la índole de la labor que ejecutaba, desempeñar simultáneamente el mismo oficio para las dos entidades en forma independiente, a menos que la delimitación de uno y otro fuera tan contundente que no dejara duda alguna en cuanto a que el trabajo realizado para la una hubiera sido diferente del que prestó para la otra, lo que no ocurrió en el presente caso. (Subraya la Sala)*

En lo que atañe a las exigencias para que proceda la coexistencia de contratos, cabe traer a colación lo adocinado en sentencia de la CSJ Laboral, 29 de mayo de 2012, Rad. 40079, en la que se puntualizó:

*“(.....) “Ha de observarse en primer lugar que no obstante el hecho de permitir el ordenamiento laboral la coexistencia de contratos (artículo 26 del C.S.T.), es indudable también que la multiplicidad de compromisos no deben coexistir ‘en la ocasión, momento u oportunidad’, es decir, que las actividades no sean coetáneas o contemporáneas, pues si ello ocurre desaparecería el elemento subordinación.*

*Debe, entonces, darse un deslinde que sea suficientemente claro, que no deje duda alguna en cuanto a que el tiempo, energía y dedicación que se vinculan a una actividad sean diferentes a las que se ejecutan en la otra función. Si esa separación no se da en forma concreta, puede deducirse razonadamente que la segunda actividad sea una derivación del desarrollo propio de la primera ocupación.*

*La Jurisprudencia ha expresado sobre el particular que ‘la legislación nacional, ni antes ni después del Código Laboral, no ha sido opuesta a la pluralidad de patronos. No sería lícito aprovechar los servicios de una persona ya obligada con otra, a sabiendas, para luego negarle las garantías y derechos provenientes de su trabajo.’”*

Partiendo de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se presenta en efecto, una multiplicidad de compromisos a partir de la relación de trabajo que surge de la prestación del servicio a cada empleador.

Descendiendo al análisis de dicha situación en el examine, preciso resulta acudir a los siguientes medios de prueba que son relevantes para la Sala a efectos de desatar la cuestión propuesta:

- Certificación expedida por el Gerente General de Medically Talento Humano S.A.S el cinco (5) abril de 2016 (folio 30), en la que consta que:

---

*Corroborar lo anterior el hecho de no haber reclamado nunca el demandante, a lo largo de la presunta relación, que fue prolongada en el tiempo (más de seis años según lo alegado), los salarios y prestaciones que naturalmente se desprendía de ella.*

*En consecuencia, si bien la Sala encuentra que existió error por parte del Tribunal al considerar que el actor no probó con suficiencia la ejecución de las funciones consagradas en el otrosí de contrato, las cuales fueron subordinadas, la verdad es que, ese dislate no tiene la entidad suficiente para quebrar la sentencia, como quiera que al no haberse demostrado el deslinde de los contratos de trabajo que no se podían desempeñar simultáneamente, sino en forma independiente, para que no quedara duda que el trabajo realizado para una sociedad era diferente y en distinta jornada del que se prestó para la otra, no resultaba procedente la declaración judicial de la relación laboral en los términos demandados, lo que da al traste con las pretensiones incoadas.”*

*“DE LAS SALAS ORTIZ HELEN SEMITH identificada con cédula de ciudadanía número 32789371 labora en Medicall Talento Humano S.A.S mediante contrato de trabajo a Término Indefinido desde el día 1 de julio de 2014, desempeñando el cargo de MEDICO GENERAL, con una remuneración mensual que se encuentra distribuida en los siguientes términos:*

- 1. Un salario básico equivalente a la suma de : DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS M/cte. (\$2.296.000).*
- 2. A título de auxilio no constitutivo de salario y/o factor prestacional la suma de QUINIENTOS SETENA Y CUATRO MIL Pesos M/cte. (\$574.000)”*

- Misiva de la demandante dirigida al Gerente de Medicall en la que pone en conocimiento su inconformidad frente a la negativa en el otorgamiento de una licencia no remunerada para los días 10, 11, 17 y 18 de noviembre de 2016 (folios 33 y 34).
- Copia de la carta de renuncia radicada el 16 de noviembre de 2016 por la demandante ante el gerente de Medicall TH (folio 35 y vto. y 391 a 392), la cual sustentó así:

*“Por medio de la presente manifiesto a usted, mi RENUNCIA POR JUSTA CAUSA a partir de la fecha 17 de Noviembre de 2016, al cargo que desempeño en calidad de MEDICO DE CONSULTA EXTERNA en la UNIDAD DE TOBERIN labor que venido realizando durante Seis (6) años, Diez (1) meses (sic) en la institución **VIRREY SOLIS PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD TOTAL**, en el horario de unes a viernes de 6:30 a.m. a 12:30 p.m. 1:00 pm a 7:00 p.m., y los días Sábados de 7:00 a.m. a 3:00 p.m.*

*Los motivos que me obligan a tomar tal decisión es el incumplimiento del REGLAMENTO INTERNO, invocados en los Artículos 26 y 44 Numeral 6°, como es la NEGACIÓN SIN ARGUMENTOS JUSTOS DE LICENCIA NO REMUNERADA solicitados los días 17 y 18 de Noviembre de la presente anualidad, solicitud que fueron acogidas según lo establecido en la Norma invocada según el Reglamento Interno y las Políticas Internas establecidas en la Institución para la cual laboro”*

- Copia de la carta de renuncia, en similares términos a los anotados, radicada por HELEN SEMITH DE LAS SALAS ante VIRREY SOLIS en la misma fecha (folio 32).

- Copia de la liquidación definitiva de contrato de trabajo a término indefinido suscrito por la actora, realizada por MEDICALL por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2014 y el 16 de noviembre de 2016 (folio 388 y 389),
- Misiva del 24 de noviembre de 2016 dirigida a la demandante por parte de HERNY LADINO DÍAZ como gerente general de MEDICALL TH S.A. por la cual se informa la aceptación de su renuncia (folio 390), en los siguientes términos:

*“En atención a la comunicación de fecha dieciséis (16) de noviembre del año 2016, recibida en nuestras dependencias el mismo día, a través de la cual renuncia al cargo de MEDICO GENERAL, el cual desempeñó hasta el día 17 de noviembre de 2016, por lo anterior, MEDICALL TH S.A.S da por aceptada su renuncia a partir del día diecisiete (17) de noviembre del presente año, tal como nos informa en la misiva referida, pues fue el último día en que se presentó a laborar.*

*Ahora bien, en cuanto a lo mencionado en su carta, es preciso anotar que en la vigencia de la relación laboral con MEDICALL TH usted no presentó queja alguna por los hechos mencionados, motivo por el que no es posible pronunciarse al respecto”*

- Copia del contrato de trabajo a término indefinido administrativo celebrado entre la actora y MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S (folios 393 a 404), en el cual se pactó un horario de 34 horas a la semana.
- Horario de jornada laboral en la unidad de negocios Virrey Solís como empleada de MEDICALL, suscrita por la trabajadora y su empleador (folio 405) en el que se establece una jornada de lunes a viernes de 6:30 a.m., a 12:30 p.m. y sábado de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. Se establece como observación a mano alzada de la demandante *“deseo descansar un sábado al mes”*.
- Certificado de Inducción a MEDICALL (folio 406)

- Comunicación del 1 de julio de 2014 de MEDICALL TH dirigida a DISEÑOS Y ANEXOS en el que se autoriza la elaboración del carné de la activa (folio 407 y 408) con los siguientes datos:

*“Fecha de Ingreso: 01 de Julio de 2014.*

*Cargo: MEDICO GENERAL*

*UEN: Virrey Solís*

*Municipio: BOGOTÁ D.C.”*

- Acta de entrega de “carnet ARL Liberty” realizado por Medicall a la demandante (folio 409).
- “Entrevista técnica, concepto Jefe Inmediato” (folio 415), “verificación de referencias” (folio 416), “informe de selección cargos asistenciales” (folio 417), “control de documentos para ingreso” (folio 423) en papelería de Medicall.
- Formularios y certificaciones de afiliación de la demandante a salud, pensión y caja de compensación por parte de MEDICALL (folios 426, 427, 428, 429 y 430).
- Formato de solicitud de vacaciones de 2014, 2015, 2016 dirigido a Medicall con sello de aprobación del jefe inmediato (folios 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439).
- Autorización dirigida al FONDO DE CESANTÍAS PORVENIR suscrita por el Gerente General de Medicall TH el 28 de noviembre de 2016, para retiro definitivo de cesantías (folio 440).
- Solicitud de autorización de retiro parcial de las cesantías dirigido por la demandante a MEDICALL y aprobación de tal petición (folios 442, 447, 448)
- Autorización a MEDICALL para realizar descuentos del salario de la convocante por pólizas y servicios colectivos (folios 450, 451, 452, 455)

- Solicitud de licencias y/o permisos remunerados (folios 458 a 466) realizados a MEDICALL.
- Comprobantes de pago de nómina de MEDICALL a la demandante entre julio de 2014 y octubre de 2016 (folios 412 a 500) y planillas de aportes a seguridad social (folios 501 a 508).
- Comprobantes de los pagos de nómina realizados por VIRREY SOLIS a la demandante entre julio de 2014 y octubre de 2016 (folios 181 a 208) folios 412 a 500) y planillas de aportes a seguridad social (folios 209 a 211).
- Copia liquidación de contrato realizada por VIRREY SOLIS (folio 38) a favor de la señora DE LAS SALAS ORTIZ.
- Relación de aportes cancelados a SALUD TOTAL E.P.S en los que se verifican pagos simultáneos por MEDICALL TALENTO HUMANO SAS y VIRREY SOLIS IPS a favor de la actora (folio 39).
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones, en el que se advierten pagos simultáneos a ese régimen pensional por VIRREY SOLIS IPS y MEDICALL TALENTO HUMANO entre julio de 2014 y noviembre de 2016 (folios 40 a 47).
- Copia del contrato suscrito entre HELEN SEMITH DE LAS SALAS y VIRREY SOLIS el 1 de julio de 2014 para desempeñar el cargo de MEDICO GENERAL en la ciudad de Bogotá, en un horario de 34 horas semanales.

Adicionalmente en el trámite se absolvieron los interrogatorios de parte de las sociedades llamadas a juicio y de la demandante.

La actora<sup>12</sup> indica que siempre laboró para Virrey Solís en una jornada de doce (12) horas, entidad que les entregaba los elementos de trabajo y la dotación, asumiendo, sus jefes directos estaban vinculados a esa institución. Reconoce la

---

<sup>12</sup> Audiencia del 4 de septiembre de 2019, récord 36:01, Cd folio 556 y acta folios 557 a 560.

suscripción del contrato con Medicall, empresa para cual debía laboral de 6:30 a.m. a 1:00 p.m., esto es, 34 horas semanales. Al cuestionársele si dicha empresa le canceló salarios y prestaciones, respondió asertivamente.

A su turno, el representante legal de VIRREY SOLÍS<sup>13</sup> mencionó que la demandante fue su trabajadora desde julio de 2014 hasta noviembre de 2016 fecha en la que esta presenta su carta de renuncia, advirtiendo, en vigencia del contrato la actora se desempeñó como médico general de consulta externa en la sede Toberín, en un horario de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. Indicó, tienen un grupo para gestión de procesos de recursos humanos que no es igual al de Medicall.

Por su parte, el representante legal de MEDICALL TALENTO HUMANO ilustró, la demandante suscribió con esa sociedad un contrato a término indefinido en julio de 2014, en virtud de la relación comercial que tiene esa empresa con la IPS VIRREY SOLIS para realizar ciertos servicios, dentro de los cuales se encuentra consulta externa, particularmente unas horas en el caso de la sede de TOBERIN, precisando, MEDICALL responde por el servicio en el horario de la mañana, siendo el jefe directo de la trabajadora el Coordinador de consulta externa que es un trabajador vinculado a MEDICALL. Mencionó el horario de la actora fue de 6:30 a.m. a 12:30 p.m. firmado en un formato por la misma demandante. Anotó, en vigencia de la relación laboral se cancelaron todos los emolumentos percibidos por la trabajadora sin que se presentara inconformidad alguna por parte de esta. Refirió, la demandante presenta su renuncia por la negativa de esa compañía de autorizar 3 licencias no remuneradas dentro del mismo mes, ya que por necesidad del servicio solo podía otorgársele una. Comentó, los elementos de trabajo de la actora si bien pertenecían a Virrey Solís, lo cierto es que estos habían sido entregados en comodato a su favor dependiendo de la sede y el horario, pues entre esas dos empresas se suscribió un contrato de mandato para la realización de procesos y subprocesos en el área de salud y particularmente de consulta externa, señalando, además, también tenían insumos que eran de su propiedad y otros activos. Indicó, las capacitaciones se hacían a través del personal de MEDICALL, señalando ANGELA la jefe de la demandante tenía un equipo de al menos 12 personas.

---

<sup>13</sup> Audiencia del 4 de septiembre de 2019, récord 1:20:57, Cd folio 556 y acta folios 557 a 560.

En el decurso procesal se recibieron los testimonios de LADY LISSETTE BENAVIDES SÁNCHEZ<sup>14</sup>, AYDA RUEDA ARIZA<sup>15</sup>, MARTHA ISABEL CABRERA OLAYA<sup>16</sup>, DIEGO ALFREDO ZAMBRANO GARRIDO<sup>17</sup> y HERNANDO ENRIQUE GARCÍA ACOSTA<sup>18</sup>.

La primera, quien adujo laborar con la demandante manifestó que conoció a la demandante en una de las capacitaciones realizadas por VIRREY SOLIS en el 2010, por cuanto ella también laboraba para esa institución como médico general, asegurando, la condición para laborar con VIRREY era a través de TALENTUM CTA y luego con MEDICALL. Aunque indicó que la contratación y el pago era directamente con VIRREY SOLIS, en realidad no le consta ninguna circunstancia directamente por cuanto, por una parte, laboraba en una sede distinta a donde desarrollaba sus actividades la actora y, de otra, considera que la situación era igual a la suya porque “entre médicos comentan”.

AYDA RUEDA, quien trabaja para MEDICALL TALENTUM S.A.S. indicó que la demandante estaba vinculada a esa compañía mediante contrato a término indefinido, por lo que debía prestar servicio de esa empresa a favor de uno de sus clientes que era VIRREY SOLÍS en la sede TOBERIN. Señala, todos los coordinadores de la actora -Jefes de Gestión Humana- estaban vinculados con MEDICALL, en apoyo de lo cual incorpora copia de los contratos de ANGELA VIVIANA RUIZ CAMACHO, JILL VANESSA PINILLA DIAZ y OSCAR JAIR VARELA MORA (folios 538 a 555). Con relación a las herramientas señala, VIRREY SOLIS y MEDICALL tenían suscrito un contrato de comodato con inventario de bienes, pero también utilizaban recursos propios, siendo ellos quienes entregaban la dotación a la trabajadora. Relató. la empresa tenía un grupo de capacitadores y se efectuaban evaluaciones periódicas a la actora. Aseguró, ella (la deponente) es la encargada de realizar el presupuesto anual dentro del cual se incluye el pago de sus trabajadores, dependiendo de las operaciones y ventas de servicios de la compañía, por lo que es claro que sus obligaciones son pagadas con recursos propios. Señaló, la actora solicitó en

<sup>14</sup> Audiencia del 4 de septiembre de 2019, récord 1:57:02, Cd folio 556 y acta folios 557 a 560.

<sup>15</sup> Audiencia del 4 de septiembre de 2019, récord 2:27:19, Cd folio 556 y acta folios 557 a 560.

<sup>16</sup> Audiencia del 4 de septiembre de 2019, récord 3:10:01, Cd folio 556 y acta folios 557 a 560.

<sup>17</sup> Audiencia del 4 de septiembre de 2019, récord 3:20:22, Cd folio 556 y acta folios 557 a 560.

<sup>18</sup> Audiencia del 28 de noviembre de 2019, récord 19:07, Cd folio 678 y acta folios 679 a 680.

más de una ocasión licencias no remuneradas. Aludió, aun cuando comparten sede con VIRREY SOLIS, tienen una estructura completamente diferente.

MARTHA ISABEL CABRERA OLAYA, jefe de talento humano de MEDICALL, en términos similares a los señalados por la testigo anterior, adujo que la señora SALAS ORTIZ fue trabajadora de esa organización, a quien se le canceló todo lo devengado en los términos en que fue pactado.

DIEGO ALFREDO ZAMBRANO GARRIDO, subdirector jurídico de MEDICALL, señaló igualmente que HELEN SEMITH fue trabajadora de la compañía entre 2014 y 2016, lapso durante el cual se le efectuaron todos los pagos, que su horario era de 34 horas a la semana, de 6:30 a.m. a 12:30 p.m., que los jefes directos de estos estaban vinculados con MEDICALL, aun cuando los servicios se prestaban en la sede de Virrey Solís con quien tenían una relación comercial derivada de un contrato de mandato para la administración de gestión humana, así como un contrato de comodato para el uso de los bienes inmuebles y elementos de esa IPS.

Finalmente, HERNANDO ENRIQUE GARCÍA ACOSTA, refirió que conoció a la demandante porque trabajaron juntos en Virrey Solís en el año 2010, época para la cual la vinculación se efectuaba a través de la COOPERATIVA TALENTUM pero el servicio se prestaba a Virrey Solís. Mencionó, la demandante inicialmente tuvo un turno de 6 horas y luego de 12 horas, y aunque él trabajaba solo 6 horas, coincidió en algunos turnos con la demandante; que imagina que los elementos eran de Virrey Solís porque estaban identificados con el logo de esa empresa. Adujo, los horarios eran asignados por los coordinadores médicos. Desconoce realmente porque se da el cambio de la CTA a MEDICALL o si VIRREY SOLIS efectuaba los pagos directamente a la actora, pero supone que era así. Indicó el testigo que se retiró y volvió a ingresar, pero no precisó en qué oportunidad fue ello y que laboraba en la sede de chapinero.

De acuerdo a la prueba ampliamente analizada, si bien es cierto la demandante prestó sus servicios, en virtud de ambos contratos de trabajo -con VIRREY SOLIS y con MEDICALL- en las instalaciones de la IPS VIRREY SOLIS, quedó

acreditado en autos que en la realidad coexistieron dos relaciones de trabajo independientes con personas jurídicas distintas, los cuales, pese a utilizarse para desarrollar la misma actividad se ejecutaba en horarios diferentes como lo ilustraron las partes al absolver el interrogatorio. Nótese, como según el dicho de la misma demandante, aunque laboraba 12 horas en las instalaciones de VIRREY SOLIS, reconoció la jornada de la mañana lo era en favor de MEDICALL, anotando el representante legal de la IPS que el horario de la trabajadora era en la tarde.

Y es que los contratos de trabajo celebrados tenían una jornada de trabajo de 34 horas, cada uno, lo que hacía plausible la prestación a favor de ambas sociedades, máxime considerando la profesión liberal desempeñada por la actora.

De la prueba testimonial se destaca lo dicho por los trabajadores de MEDICALL quienes ilustraron sobre la relación comercial existente entre esa compañía y la IPS VIRREY SOLIS en virtud de los cuales desarrollaban, en calidad de contratistas independientes, toda la gestión de talento humano en algunas sedes y ciertos horarios, advirtiendo sobre la existencia del contrato de comodato que le facilitó a la primera el uso de las herramientas de la IPS, correspondiendo a esa entidad precisamente, en TOBERIN, el horario de la mañana que era el ejecutado por la demandante.

Adicionalmente, la documental reseñada da cuenta de que el poder subordinante era ejercido por ambas compañías -VIRREY SOLIS y MEDICALL- de manera independiente y autónoma, pues ante cada una la actora elevaba las solicitudes de permisos, descansos, licencias, entre otros, enfatizando, la HELEN SEMITH DE LAS SALAS tenía claridad de la independencia de ambos vínculos contractuales, tanto así, que elevó su renuncia a las dos sociedades de manera separada.

Es importante mencionar, no es posible afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con

esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, es el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecuta la subordinación, las que distinguen este tipo de institución laboral<sup>19</sup>.

En consonancia con lo expuesto, es claro que la demandante sostuvo tres relaciones independientes a saber, la primera en calidad trabajadora asociada para la CTA TALENTUM entre el 23 de febrero de 2010 y el 30 de junio de 2014, la segunda, un contrato de trabajo a término indefinido con VIRREY SOLÍS entre el 1 de julio de 2014 y el 16 de noviembre de 2016 y una tercera y última vinculación suscrita con MEDICALL TALENTO S.A.S en esas mismas fechas, que coexistió con la relación laboral que ató a la actora con la IPS, situaciones que dejan sin fundamento las condenas impuestas en primera instancia, tanto a la obligada principal como a las solidarias, por cuanto la reliquidación ordenada a favor de la trabajadora tuvo como sustento la existencia de la unidad contractual entre las vinculaciones antes señaladas, considerando como único empleador a VIRREY SOLÍS IPS, a partir de lo cual restó efectos a las cláusulas contractuales suscritas por la convocante con la CTA TALENTUM y MEDICALL, integrando todo lo devengado a su base salarial, lo que impone la revocatoria de la sentencia apelada.

Adicionalmente debe decirse, la juez de primer grado concluyó en su providencia que era válido el pacto de exclusión salarial suscrito por la demandante con VIRREY SOLÍS con el cual se le restaba efectos salariales al auxilio de vivienda cancelado a la demandante, de allí que no incluyó tal concepto en los cálculos efectuados con el ánimo de reliquidar las prestaciones canceladas a la actora, circunstancia sobre la que no versó la alzada del extremo activo y que le impide a esta Corporación analizar la incidencia salarial del mentado auxilio aun cuando si existió un contrato de trabajo con VIRREY SOLÍS.

Por sustracción de materia, la Sala se releva del estudio de las apelaciones formuladas por SALUD TOTAL E.P.S. y la parte actora.

---

<sup>19</sup> Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, reiterada en sentencia SL868-2013 Radicación No. 56580 de 13 de noviembre de 2013.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el análisis de los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a distintas conclusiones a las halladas por la juez *a quo*, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

**SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia se revocarán y correrán a cargo de la parte actora.

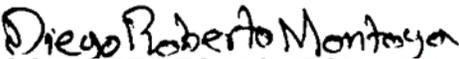
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

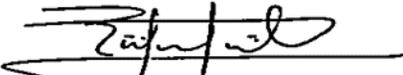
### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

  
RAFAEL MORENO VARGAS

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL  
BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL.**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANDREA PATRICIA PIRA PARRA CONTRA MÓNICA PEÑALOZA MARTÍNEZ COMO PROPIETARIA DEL ESTABLECIMIENTO CLÍNICA ODONTOLÓGICA GUZMAN PEÑALOZA (RAD. 35 2018 00004 02).**

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

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada mediante correo electrónico del 12 de agosto de 2020, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

**S E N T E N C I A**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de julio de 2020 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, 01:22:52), en la que se resolvió:

*“PRIMERO: CONDENAR a MÓNICA PEÑALOZA MARTINEZ en calidad de propietaria del establecimiento de comercio CLÍNICA ODONTOLÓGICA GUZMAN PEÑALOZA., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, a PAGAR a favor de Andrea Patricia Pira Parra, las siguientes cantidades:*

- 1. Por concepto de CESANTÍAS \$463.247,64*
- 2. Por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS \$34.637,98*
- 3. Por concepto de PRIMA DE SERVICIOS \$463.247,64*
- 4. Por concepto de VACACIONES \$241.445,42, debidamente indexado.*

*SEGUNDO: Se CONDENAR a MONICA PEÑALOZA MARTÍNEZ en calidad de propietaria del establecimiento de comercio Clínica Odontológica Guzmán Peñaloza., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, a PAGAR a favor de PATRCIA PIRA PARRA, ANDREA PATRICIA PIRA PARRA*

*(Sic), la indemnización de que trata el Art. 65 del C.S.T., es decir, un día de salario por cada día de retardo desde el 24 de enero del 2015 y hasta la fecha en que se haga el pago efectivo.*

**TERCERO:** *Se ABSUELVE a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.*

**CUARTO:** *Se CONDENAN en costas a la demandada, señalando como costas del proceso agencias en derecho \$500.000.”.*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandada formuló recurso de apelación argumentando, en el asunto no se demostró ni jurídica ni procesalmente que la actora haya tenido un contrato de trabajo con la demandada MÓNICA PEÑALOZA MARTÍNEZ como propietaria del establecimiento denominado CLÍNICA ODONTOLÓGICA GUZMAN PEÑALOZA, pues aunque es cierto que existen dos Clínicas Guzmán, una es de propiedad del señor Camacho Guzmán cuya sede está ubicada en el Barrio Santa Lucía, y fue este quien le impartía las órdenes a la demandante y para quien real y efectivamente prestó sus servicios la actora, empero este no fue demandado, error que advierte en cabeza precisamente de quien promovió el litigio al no establecer que el propietario del establecimiento donde laboró en la Avenida Caracas #45D-80 sur, era de Edgar Guzmán, pese a anotarlo desde la contestación de la demanda.

Insiste, no se configuran los elementos de que trata el artículo 23 del C.S.T., pues si bien hubo una prestación personal del servicio, ello lo fue para el doctor EDGAR GUZMAN CAMACHO, no siendo posible, en su sentir, que se determine el contrato de trabajo solo por el vínculo conyugal que existe entre la demandada y el señor Camacho.

De otro lado, frente a la sanción moratoria advierte, la demandante de “*manera sospechosa*”, presenta su demanda un día antes de que se le venza el término para que prescriba la acción de tal suerte que la indemnización solo iría por un límite máximo de 24 meses y no por todo el tiempo<sup>1</sup> (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, el 14 de julio de 2020, récord 01:27:37),

---

<sup>1</sup> “*Contra la sentencia proferida por su despacho el suscrito interpone recurso de apelación contra la sentencia que su señoría acaba de proferir, la cual fundamento y argumento en los siguientes términos:*

*Contrario a lo argumentado y decidido por el señor Juez, en el presente libelo en mi criterio no se demostró jurídicamente ni procesalmente que hubiese existido contrato laboral entre la señora MÓNICA PEÑALOZA MARTÍNEZ como propietaria del establecimiento denominado Clínica Odontológica GUZMAN*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la subsanación de la demanda visible a folios 28 y 29, las cuales encuentran fundamento fáctico en los hechos narrados a folios 27 y 28, aspirando principalmente que se declare que entre esta y la “Clínica Odontológica Guzmán” existió un contrato de trabajo el cual terminó por parte del empleador de manera unilateral y que trabajó jornadas de 10 horas o**

---

*PEÑALOZA, y si bien es cierto existe dos clínicas GUZMAN una es de propiedad del DR CAMACHO GUZMAN cuya sede está ubicada en el barrio Santa lucia como se ha dicho a la sociedad en el proceso, se demostró a quien impartía las órdenes a la señora Andrea Patricia Pira, era el Dr. Edgar Guzmán Camacho.*

*Igualmente, aquí se demostró su señoría, que la señora PIRA siempre de manera continua, permanente e ininterrumpida, prestó sus servicios, bajo la subordinación del Doctor Edgar Guzmán Camacho. Igualmente, el Dr. Camacho en su interrogatorio manifestó haberle pagado todas sus prestaciones sociales a la señora Andrea Patricia Pira Parra, y no como el Despacho lo ha argumentado y decidido que aquí no se demostró en el proceso que a la señora Pira se le hubiere pagado las prestaciones sociales porque no se probó, pues es obvio que no se probó porque aquí el señor Edgar Guzmán Camacho no fue demandado aquí; aquí fue demandada la señora Mónica Peñaloza Guzmán (Sic), error grave por parte de la parte demandante cuando interpuso la demanda al no notar y establecer que donde ella había laborado era en la Avenida Caracas # 45 D 80 sur , como así quedó demostrado en el certificado de cámara de comercio por parte de la demandada, si hubiese habido un error por parte del demandante al contestar la demanda claramente se le dijo, no prestó los servicios para la Dra. Mónica Peñaloza sino para el Dr. Edgar Guzmán, oportunidad procesal que dejó pasar el apoderado de la parte demandante al no haber adicionado o reformado su demanda y haber vinculado al proceso al Dr. Edgar Guzmán como propietario de la Clínica Guzmán Camacho, donde la demandante prestó reitero de manera permanente sus servicios y fue allí donde estuvo subordinada durante todo el tiempo, en que presto la relación laboral.*

*Nótese que el art. 23 indica, tres elementos fundamentales para que pueda existir el contrato laboral y entre ellos está el literal b) que dice “la continua subordinación o la dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de ordenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo o imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo tiempo de duración del contrato” y aquí esa condición se dio, pero se dio con respecto al Dr. Edgar Guzmán Camacho, con relación a su empleada Andrea Pira, entonces señor Juez, no es aceptable que se diga aquí que por el solo vínculo conyugal que existe entre la Dra. Peñaloza y el Dr. Camacho, entonces ahí una relación se puede tener como un vínculo contractual porque son esposos no señor Juez, con todo respeto aquí (interrupción Juez) los argumentos los estoy dando señor Juez que posteriormente de manera jurídica ante el Tribunal, pero en esos términos.*

*Ahora, en cuanto a la sanción moratoria que se le impone a la demandante aquí (Sic), pues el Despacho la condena la hace por todo el tiempo y hasta el día en que termina se le pague sus prestaciones sociales y dicha norma dice que la indemnización o sanción es de un día de salario por cada día de mora, pero tiene un límite máximo de 24 meses, señor Juez, el demandante de manera sospechosa, presenta su demanda un día antes de que se le venza el término para que le prescriba la acción de tal suerte que en dado caso de que fuese condenado mi representada la sanción no iría sino hasta el límite máximo de 24 meses no por todo el tiempo, entonces también apelo esa decisión, manifestada por el Despacho.*

*Esos son los fundamentos en que fundamento mi apelación, la cual ampliaré y sustentaré ante el respectivo Tribunal. Muchas gracias señor Juez.”*

más atendiendo a las necesidades del servicio, 5 días a la semana y un sábado al mes. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor las horas extras, cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicios y vacaciones causados en las anualidades 2014 y 2015, junto con la indemnización moratoria, la sanción por no consignación de las cesantías, los derechos ultra y extra petita, la indexación y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues se declaró la existencia de vinculaciones laborales entre la actora y MÓNICA PEÑALOZA MARTÍNEZ en calidad de propietaria del establecimiento de comercio Clínica Odontológica Guzmán Peñaloza, condenando a esta última a pagar a favor de la actora las cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicio y vacaciones, así como la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T a razón de un día de salario por día de retraso desde el 24 de enero de 2015 y hasta que se verifique el pago de la obligación, absolviendo a la encartada de las demás aspiraciones. Lo anterior, tras considerar que del análisis del acervo probatorio y teniendo en cuenta la confusión, que advirtió generalizada, respecto a la titularidad del establecimiento de la demandada con la de su cónyuge dadas las idénticas denominaciones, debía tenerse en cuenta el contenido de la historia laboral aportada por la actora en la que constaba que la demandada realizó a favor de la convocante aportes a seguridad social en pensión desde 2014 hasta 2015, advirtiendo, si bien no desconoce que existían dos clínicas denominadas igual, con distinto propietario, esa situación confundía a los trabajadores, siendo ambos (la demandada y su cónyuge) quienes impartían órdenes, no encontrando clara la razón por la que, a pesar de ser independientes los establecimientos, se realizaban los aportes a nombre de la aquí demandada. Estimó, en aplicación de los principios rectores, debía declararse la relación de trabajo con la llamada a juicio, tomando como extremos los que asumió como confesados en la contestación de la demanda "*pero a favor de un tercero*", esto es, entre el 1 de abril y el 23 de diciembre de 2014 y del 15 al 23 de enero de 2015, liquidando las condenas con relación a ambos contratos.

Pues bien, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la existencia de una relación contractual de orden laboral entre las partes, propuesta presentada por la demandante, quien afirma que el 1 de abril de 2014 celebró un contrato de trabajo verbal con la CLÍNICA ODONTOLÓGICA GUZMAN "*representada por la señora MÓNICA PEÑALOZA*", para desempeñar

el cargo de Auxiliar de Odontología, pactando como salario la suma de \$616.000, el cual terminó el 23 de diciembre de 2014 (hechos 1 a 5).

Sostiene, posteriormente en enero de 2015, inició *“una nueva relación laboral con el mismo empleador”* (hecho 7).

Por su parte, la encartada, refiere no haber tenido vínculo contractual alguno con la actora por cuanto, la relación laboral que tuvo la demandante lo fue con su cónyuge el señor EDGAR GUZMAN CAMACHO propietario de la CLÍNICA GUZMAN CAMACHO ubicada en la Av. Caracas 45 D-80 sur (respuesta hecho 7).

Así pues, expuestas las posiciones de las partes, cabe precisar, no tiene importancia la denominación que estas le asignen a la relación, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, lo que la configura, es la forma como se ejecuta la prestación, pues prima la realidad sobre las formas<sup>2</sup>, y bajo esa premisa, permite la doctrina y la jurisprudencia, examinar si la labor que aduce haber desarrollado la señora ANDREA PATRICIA PIRA PARRA, se presentó en realidad y bajo qué circunstancias.

De tal manera, inicialmente es de advertir, la prestación personal del servicio no fue aceptada por la accionada que compareció personalmente al proceso, en tanto señaló que la relación existió fue con su cónyuge quien tiene otra clínica identificada con similar nombre a la de su propiedad.

En ese orden, a efecto de acreditar su dicho, la demandante incorporó como prueba documental únicamente la copia del certificado de matrícula de persona

---

<sup>2</sup> *“En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”*.(citado por Américo Pla Rodríguez *“Los Principios del Derecho del Trabajo”*, De Palma. Buenos Aires, 2 de., 1978).

*Igualmente de la Cueva expresa en cuanto al contrato realidad, que el contrato de trabajo “existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio, y que ésta y no el acuerdo, es lo que determina su existencia”* (Lecciones de Derecho Laboral, Editorial Temis, Bogotá 1986).

*Así mismo, lo anterior se consagra en la Constitución Política de Colombia, julio de 1991, dentro del título correspondiente a los Derechos, Garantías y Deberes, capítulo II, y de los derechos sociales, art. 53, sin que su vigencia y aplicación sea de inmediato. Al disponerlo así el art. 85 de la CN, por lo que cualquier referencia que a este principio se haga, se basará en el entendimiento Jurisprudencial y doctrinal del tema.*

natural expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 9 y 10) en el que consta que la demandada es propietario de un establecimiento de comercio denominado CLÍNICA ODONTOLÓGICA GUZMAN PEÑALOZA ubicado en la Avenida Carrera 50 No. 0-39 de Bogotá, reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por PORVENIR S.A. (folios 13 y 14) y unas fotografías (folio 18).

Adicionalmente, se absolvió el interrogatorio por ambas partes y se recibieron los testimonios de WENDY PAOLA SOLANO<sup>3</sup>, EDGAR GUZMÁN CAMACHO<sup>4</sup>, MARINA ROMÁN ROMERO<sup>5</sup> y CAROLINA LEYVA<sup>6</sup>

Así, la demandada<sup>7</sup> indicó que conoce a la demandante porque fue auxiliar de su esposo en una clínica que él tiene en Santa Lucía, advirtiéndole que tienen dos sedes odontológicas, pero que nunca trabajó para ella. Aseguró Andrea Pira asistía a su cónyuge en la clínica Santa Lucía. Con relación al pago de los aportes señaló que las cotizaciones a seguridad social se hacen a través de su número patronal, pero insiste, la contratación la hizo su esposo.

Por su parte la demandante<sup>8</sup> refiere, conoce al señor EDGAR GUZMAN porque trabajaba con ella, pero luego indicó que también trabajaba con la señora Mónica en las diferentes sedes ubicadas en el Country, Ciudad Montes y Santa Lucía. Al indagársele de quién recibía órdenes mencionó que de la señora Mónica Peñaloza y el Dr. Guzmán, que los dos era los que le cancelaban en salario en efectivo, siendo la señora Mónica quien estaba pendiente de las cuentas de Santa Lucía haciéndole firmar el recibido. Comentó que en la Clínica GUZMAN CAMACHO, se desempeñó como Auxiliar Dental. Se le cuestionó cuántas veces se desplazaba a las dos clínicas, ya que indicó que trabajaba para las dos, a lo que manifestó que eso dependía del horario, que tenían que estar disponibles incluso para asistirlos en clínicas con las que ellos tuvieran contratos, actividades que dice haber realizado cuando "*ellos necesitaran*". Manifestó trabajaba 6 días a la semana con el doctor Guzmán y para la señora Peñaloza "*cuando ella nos*

---

<sup>3</sup> Audiencia virtual realizada el 8 de julio de 2020, récord 57:00.

<sup>4</sup> Audiencia virtual realizada el 8 de julio de 2020, récord 1:08:40

<sup>5</sup> Audiencia virtual realizada el 8 de julio de 2020, récord 1:25:05

<sup>6</sup> Audiencia virtual realizada el 14 de julio de 2020, récord. 6:10.

<sup>7</sup> Audiencia virtual realizada el 8 de julio de 2020, récord 35:24

<sup>8</sup> Audiencia virtual realizada el 8 de julio de 2020, récord 50:13.

*requería nos llamaba*” lo que en su caso particular refirió no ser ocasional sino más bien permanente.

A su turno, la señora WENDY SOLANO, indicó conocer a la demandante porque estudiaron juntas en la universidad y a MÓNICA porque ella la contrató para trabajar en la CLÍNICA GUZMAN PEÑALOZA ubicado en el en barrio Ciudad Montes de propiedad de la demandada De otro lado señaló, Andrea Patricia Pira no era empleada de MÓNICA PEÑALOZA, no tenían ninguna relación. Comentó conoció al Dr. Guzmán quien es propietario de la CLÍNICA GUZMAN CAMACHO ubicada en Santa Lucía y esposo de MÓNICA PEÑALOZA. Dijo, los empleados de la CLÍNICA GUZMÁN CAMACHO NO eran remitidos a la CLÍNICA GUZMAN PEÑALOZA. Indicó constarle que Andrea Pira prestaba sus servicios para la CLÍNICA GUZMÁN CAMACHO, ubicada en Santa Lucía, debido a que tenían comunicación respecto de los pacientes o porque de pronto al Dr. Guzmán se le quedaba algún instrumental u otros motivos, pero nunca la vio en la clínica donde la deponente laboraba, incluso refiere, cuando ella llegó a laborar ya Andrea laboraba con el doctor Guzmán.

EDGAR GUZMÁN CAMACHO, cónyuge de la demandada, ilustró que conoce a Andrea Pira porque trabajó para el en la Clínica de Santa Lucía. Mencionó, él y su esposa son odontólogos y trabajan juntos, por lo que él atiende pacientes en su sede de Santa Lucía y también en la sede de ella en Ciudad Montes. Asegura, contrato a la demandante para trabajar como asistente en su clínica de Santa Lucía, señalando, las órdenes las impartía él, el vínculo y la contratación de la actora se efectuó con este. Mencionó, la relación fue desde el año 2014, desde abril a 2014, porque la demandante le manifestó que quería irse a Estados Unidos, por eso le pedía recomendaciones para solicitar la visa. De otro lado, indicó, él contaba con otra asistente llamada Marina Román que era la que se desplazaba con él para donde él estuviera. Reiteró, el era el encargado de realizar el pago de salarios y los aportes parafiscales si los realizó a través del número patronal de su esposa debido a que decidieron tener uno solo por un manejo más organizado, eso pensaban, incluso él le daba a su esposa para que consignara con el número patronal de ella todo lo que le correspondía a Andrea. Relató, tenían un solo número patronal por comodidad y manejo de papeleo, señalando, una persona le indicó que lo importante era que se pagara salud y pensión y esa era la única conexión que tenía Andrea con el nombre de su

esposa, pues realmente el que pagaba todo era él. Dijo, la liquidación final se la consignó a un familiar, por solicitud expresa de la demandante, debido a que ella se había ido para Estados Unidos.

La testigo MARINA ROMÁN ROMERO, indicó que conoció a la demandante porque ella trabajaba en una de las Clínicas Guzmán donde ella también trabaja asistiendo al doctor y a la doctora en las sedes de el COUNTRY, CIUDAD MONTES y SANTA LUCÍA a las que ella se desplazaba. Desconoce realmente quiénes eran los propietarios de esos establecimientos. Comentó, Andrea Pira no tenía la misma actividad que ella, ya que la demandante solo estaba en Santa Lucía, allá era donde la veía. Indicó, quien le cancelaba el salario a la demandante era el señor Guzmán y que recuerda que en una ocasión a Andrea le tocó asistir a la doctora en una clínica llamada Salud Integral, pero que normalmente quien hacía los desplazamientos era ella (la deponente).

Finalmente, la testigo CAROLINA LEYVA, dijo haber sido compañera de trabajo de la actora y que tanto EDGAR como MÓNICA eran los jefes inmediatos de la demandante, quienes eran los dueños de la clínica. Anotó, la demandante prestaba sus servicios en la Clínica Santa Lucía y que una vez le tocó ir a Ciudad Montes. Relató la papelería y uniformes eran iguales en las clínicas. Dice que el contrato era con los dos porque ambos las entrevistaban, además que las tres clínicas tenían la misma denominación; pero que habitualmente la señora Andrea Pira trabajaba en la Clínica de Santa Lucía. Comentó, se retiró de la Clínica como un año antes que la demandante por lo que al cuestionársele sobre las razones por las que le constaba el horario que prestaba la demandante dijo que fue porque ellas seguían hablando.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, es menester precisar la prueba testimonial goza de credibilidad por cuanto las versiones vertidas fueron espontáneas y coincidentes entre sí, dando razón de lo que les consta directamente dada la cercanía con los odontólogos para los que trabajaron, debiendo anotar, la versión del señor EDGAR GUZMAN es analizada con mayor rigurosidad en razón a su calidad de cónyuge respecto de la encartada, señalando no puede considerarse como sesgada o parcializada su declaración por el simple hecho de insistir en que la vinculación laboral fue con él y no con su consorte.

Pues bien, de las declaraciones analizadas para la Sala es claro, contrario a lo asentado por el *a quo*, que la prestación de los servicios de la demandante lo fue en la Clínica de Santa Lucía, la cual, según el registro mercantil de folio 80 corresponde a la CLÍNICA ODONTOLÓGICA GUZMAN CAMACHO de propiedad del señor EDGAR GUZMAN CAMACHO y aunque la demandante refiere que laboró de manera concurrente con la señora MÓNICA PEÑALOZA, ello no es lo que deviene probado de la testimonial indicada.

Al punto, los testigos fueron coincidentes en advertir que tanto el señor GUZMAN como la señora PEÑALOZA tenían cada uno su propia clínica, siendo, se insiste, la ubicada en Santa Lucía, de propiedad del señor EDGAR GUZMAN, quien valga decir, no fue convocado a las litis. Además, este refiere haber sido quien contrató de manera directa a la demandante, le impartía órdenes y cancelaba su salario, precisando que tanto él, como su esposa, atendían en ambas clínicas.

De hecho, aun cuando a lo largo del escrito introductor ninguna mención se hace respecto de EDGAR GUZMAN o que este fungiera como jefe directo de la actora, ello sí lo ilustró en el interrogatorio cuando señaló que trabajaba “*para los dos*” en las dos clínicas, las cuales se insisten, son diferentes, precisando, la misma demandante manifiesta que trabajaba 6 días a la semana con el doctor GUZMAN, siendo esporádico con la señora PEÑALOZA.

Es importante anotar, no resulta suficiente el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir (folios 13 y 14), en el que constan algunas cotizaciones efectuadas por MÓNICA PEÑALOZA MARTÍNEZ a favor de la demandante entre julio de 2014 y febrero de 2015, para acreditar la prestación personal del servicio de la actora a favor de la traída a juicio, debido a que tal documento por sí solo no da cuenta certera de esta circunstancia. Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017, en la cual indicó:

*«[...]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de*

*tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)».*

Valga decir, aunque podría presentarse confusión en razón a la similitud de los nombres de ambos establecimientos, lo cierto es que la demandante dirigió su demandada contra la CLINICA ODONTOLÓGICA GUZMAN “*representada legalmente por MONICA PEÑALOZA MARTÍNEZ*” siendo notificada personalmente a esta última, quien confirió poder en calidad de propietaria del Establecimiento de Comercio denominado CLÍNICA ODONTOLÓGICA GUZMAN PEÑALOZA (folio 61) y así contestó (folio 69), muy a pesar de que el proceso se admitió en contra de la Clínica como si esta se tratara de una parte<sup>9</sup>, por error que indujo la misma demandante en el libelo introductorio –pues así quedó identificada la parte demandada- pese a acompañar con la demanda el respectivo registro mercantil que daba cuenta, de una parte, que la CLÍNICA GUZMAN PEÑALOZA no era una sociedad sino un establecimiento de comercio, el cual se insiste era de propiedad de la encartada, y de otra, que la dirección no correspondía al lugar en el cual prestó sus servicios.

No comparte entonces la Sala la postura asumida por el juez *a quo*, con relación a la presencia de elementos de convicción que permitan establecer la existencia de un contrato de trabajo con la llamada a juicio, advirtiendo, las pruebas apuntan a determinar que esta pudo existir con persona distinta de la encartada, no vinculado al presente trámite, lo que constituye en cabeza del demandado, una falta de legitimación en la causa por pasiva.

De conformidad con lo considerado, y no habiéndose logrado acreditar la prestación personal del servicio de manera subordinada y continua, en favor del señor MÓNICA PEÑALOZA MARTÍNEZ, forzoso resulta revocar la sentencia de primera instancia.

Así las cosas, se agota la competencia de la Sala por el estudio de los argumentos expuestos por de la alzada, procediendo la revocatoria de la sentencia apelada.

---

<sup>9</sup> Y no podía serlo porque en los términos del artículo 515 del C.Co. no tienen personería jurídica.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

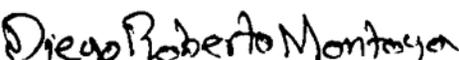
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

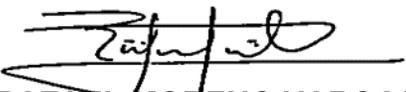
**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el JUZGADO 35 LABORAL DEL CIRCUITO, de conformidad con las razones expuestas, y en su lugar DECLARAR de oficio probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y ABSOLVER a MÓNICA PEÑALOZA MARTÍNEZ en calidad de propietaria del establecimiento CLÍNICA GUZMAN PEÑALOZA de todas las pretensiones incoadas en su contra.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

  
RAFAEL MORENO VARGAS  
SALVA VOTO

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL  
BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL.**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DIEGO DAVID  
ALFONSO SÁNCHEZ BERNAL CONTRA AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA  
S.A. (RAD. 35 2019 00314 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. mediante correo electrónico del 12 de agosto de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

**S E N T E N C I A**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de julio de los corrientes (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:15:31) en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre las partes se suscribió un contrato a término indefinido desde el primero de diciembre de 2011 vigente a la fecha de la presentación de la demanda.

**SEGUNDO: DECLARAR** que de acuerdo con las funciones desarrolladas por el señor DAVID ALFONSO SÁNCHEZ BERNAL, no desempeñaba un cargo de dirección, confianza y manejo.

**TERCERO: Se ABSUELVE** a la demandada de las demás pretensiones reclamadas en su contra.

**CUARTO: Se condena en costas al demandante, señalando como agencias en derecho la suma de \$50.000 que se incluirá en la liquidación de costas.**

**QUINTO:** *De no ser apelada esta decisión, se consultará con el superior.*”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y atendiendo las siguientes

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante DAVID ALFONSO SANCHEZ BERNAL en este ordinario, las pretensiones incoadas a folios 5 a 20, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 3 a 5,** aspirando principalmente a que se declare que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo el 1 de diciembre de 2011 a término indefinido; así mismo, que durante el tiempo laborado en campo rubiales no era un trabajador de confianza y por lo tanto tiene derecho a la remuneración variable; que la base con la cual se liquidaron sus prestaciones sociales no tuvo en cuenta la totalidad de elementos que constituyen salario; que la demandada adeuda horas extras “*corrientes*” y dominicales de las anualidades 2011, 2012, 2013 y 2014. En consecuencia, se condene a la pasiva a pagar a su favor las horas extras corrientes y dominicales de 2011, 2012, 2013 y 2014 y a reliquidar sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, junto con los derechos ultra y extra petita y las costas procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto si bien se declaró la existencia del contrato de trabajo y se descartó la posibilidad de enmarcar las actividades del trabajador como de dirección, confianza y manejo, se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar el *a quo* que no se había logrado demostrar el trabajo suplementario realizado por el actor al servicio de la demandada que diera lugar al pago de horas extras y a la reliquidación de las prestaciones que le fueron canceladas.

De tal manera, se advierte que en el asunto no existe controversia en cuanto a la declaración de la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes, ni frente al extremo inicial y su vigencia actual, pues tales aspectos fueron declarados por el Juez *a quo*, e incluso reconocidos por la pasiva desde su contestación y se

pueden constatar con la documental visible a folios 39 a 41, 43, 59, 67 y 200 a 204.

Tampoco es objeto de discusión, que el contrato laboral celebrado entre las partes no cumple las condiciones para catalogar las funciones del trabajador como de dirección, confianza y manejo, y por tanto, este no se encuentra excluido de la limitación de jornada de trabajo a que se refiere el artículo 162 del C.S.T., situación declarada por el juez de primer grado que resulta favorable al demandante y que no será analizado en virtud del grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Pues bien, bajo las premisas señaladas, la Sala entrará a determinar si al trabajador se le adeuda suma alguna por concepto de horas extras y en consecuencia, si resulta procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social pagados a su favor.

Para solventar la cuestión planteada, debe anotarse, el trabajo extra o suplementario corresponde a aquellas horas laboradas por el trabajador adicionales a la jornada ordinaria pactada entre las partes, o en su defecto la establecida en el artículo 161 del C.S.T.<sup>1</sup>, el cual se remunera en los términos del capítulo III del C.S.T (artículo 168 y s.s.).

---

<sup>1</sup> “**ARTICULO 161. DURACION.** <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones:

a). En las labores que sean especialmente insalubres o peligrosas, el gobierno puede ordenar la reducción de la jornada de trabajo de acuerdo con dictámenes al respecto;

b). <Literal modificado por el artículo 114 de la Ley 1098 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada laboral de los adolescentes autorizados para trabajar, se sujetará a las siguientes reglas:

1. Los adolescentes mayores de 15 y menores de 17 años, sólo podrán trabajar en jornada diurna máxima de seis horas diarias y treinta horas a la semana y hasta las 6:00 de la tarde.

2. Los adolescentes mayores de diecisiete (17) años, sólo podrán trabajar en una jornada máxima de ocho horas diarias y 40 horas a la semana y hasta las 8:00 de la noche.

c). <Ver Notas del Editor> <Inciso modificado por el Artículo 51 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y el trabajador pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana;

En este caso no habrá a lugar a recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, pero el trabajador devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.

d) <Ver Notas del Editor> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 1846 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. Así, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo

Ahora, es importante apuntar, la ley no le permite al juzgador hacer cálculos ni conjeturas para establecer un número probable de horas que puedan considerarse laboradas por el trabajador, siendo deber de este último basar su solicitud en evidencias precisas y unívocas que den cuenta el tiempo efectivamente prestado al servicio del empleador. En otros términos, el trabajo suplementario debe acreditarse en forma clara, concreta e incuestionable, por cuanto se trata de demostrar la existencia de hechos que comprometen minuciosidad en la información, por lo tanto, su reconocimiento se halla condicionado a la probanza de los supuestos de hecho aducidos, pues el sentenciador no puede hacer suposiciones sobre ese aspecto ya que esa decisión implicaría la posibilidad de imponer una injustificada carga salarial y prestacional que supere el trabajo real y efectivo realizado por el empleado. Así lo ha dicho reiterativamente el órgano de cierre de esta jurisdicción, por ejemplo, en la sentencia SL 3407 de 2018.

Puntualmente, sobre este tópico en sentencia SL1269 de 2019, dijo la Corte:

*“Efectivamente, tiene adoctrinado esta Corporación que las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada diurna ordinaria, demandan de quien lo reclama, el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que estas se realizaron, razón por la que no puede el juzgador hacer cálculos o suposiciones, para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas.*

*En este sentido se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017:*

*No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada.”*

Atendiendo los anteriores supuestos, y descendiendo al caso de autos, aunque el demandante afirma haber laborado horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, lo cierto es que ello no luce demostrado pues no existe si quiera un medio probatorio que permita soportar la versión vertida por el demandante. Al punto, se tiene que como prueba documental solo se arrió a las diligencias copia del contrato de trabajo (folios 39 a 41 y 200 a 204), certificaciones expedidas por la

---

*suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la Jornada Ordinaria de 6. a. m. a 9 p. m.”*

demandada (43, 59, 67), copia de correos electrónicos en los que se solicita aclaración respecto a horas extras y recargos nocturnos (folios 44 a 50), derecho de petición de diciembre de 2016 dirigido a SERVISION DE COLOMBIA LTDA peticionando el “registro de turnos servidos o trabajados por mí como trabajador al servicio de ustedes siendo funcionario directo de COLPATRIA en el CAMPO RUBIALES” (folios 52 y 53), comprobantes de nómina (61 a 66 y 123 a 180), planilla integrada de liquidación de pagos al sistema integral de seguridad social (folios 181 a 198), perfil del cargo (folio 207) y el reglamento de trabajo (folios 209 a 235), de los cuales, a juicio de la Sala, en manera alguna se puede constatar el tiempo real y efectivo laborado al servicio de su empleador.

Además, la prueba testimonial traída al proceso tampoco dio cuenta de las horas en las que el actor ciertamente prestaba sus servicios. Así, LUZ DORIS CASTAÑEDA QUIROZ<sup>2</sup>, quien era jefe del demandante para el año 2015, mencionó que el trabajador cumplía el horario (21 días de trabajo x 7 días de descanso) dispuesto por la empresa donde había sido asignado por su empleadora, en este caso SERVISION ubicada en campo rubiales, el cual correspondía a un máximo de 48 horas a la semana, advirtiendo, de requerir trabajo suplementario el mismo debía ser autorizado por la Líder de Prevención de AXA COLPATRIA, sin que se encuentre dentro de la compañía registro de horas extras laboradas por el demandante.

Por su parte, JORGE ENRIQUE PATIÑO PINZÓN<sup>3</sup>, Líder de Nómina de AXA COLPATRIA, únicamente mencionó que si se genera el reporte de la novedad del tiempo extra laborado se procede al pago bien dentro del mismo mes, o en el mes siguiente a la novedad siempre que el mismo venga avalado por el líder respectivo.

De otro lado RUBEN DARIO RODRIGUEZ DUEÑAS<sup>4</sup>, aunque dijo haber sido compañero del demandante, lo cierto es que desconoce los horarios realmente trabajados por este por cuanto era quien le recibía el turno cuando el salía a sus días de descanso, por lo que no le consta de manera directa el tiempo trabajado por el demandante. Sin embargo, indicó que siempre estaban disponibles.

---

<sup>2</sup> Audiencia del 2 de marzo de 2020, récord 25:14.

<sup>3</sup> Audiencia del 2 de marzo de 2020, récord 39:16.

<sup>4</sup> Audiencia del 22 de julio de 2020, récord 8:10.

CAMILO ADOLFO BARRERO GORDILLO<sup>5</sup>, conoció al demandante cuando ingresó a PACIFIC RUBIALES como enfermero para SERVISIÓN, empresa en la que laboraba el testigo. Dijo, el horario del actor era de 5 de la mañana a 11 de la noche con disponibilidad 24 horas, situación que le constaba directamente solo cuando coincidían en algunos turnos porque mientras el actor laboraba 21/7 (21 días de trabajo x 7 días de descanso) el testigo trabajaba 14/14 (14 días de trabajo por 14 días de descanso).

LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ PUERTO<sup>6</sup>, quien conoció al actor en similares circunstancias al deponente anterior, comentó que el demandante no cumplía como tal un horario porque tenía disponibilidad 24 horas.

Con lo anterior, aunque por 24 días el actor **residía** en el mismo sitio de trabajo, lo cierto es que no pudo establecerse el horario real y efectivo que era prestado por el actor al servicio de la encartada o que, en efecto, tuviera que estar disponible para atender cualquier contingencia o imprevisto que sucediera en las instalaciones donde realizaba sus actividades, dada la incongruencia en el dicho de los testigos quienes no dar razón certera de estas circunstancias, pues pese a sus aseveraciones de laborar con el demandante no son coincidentes en la jornada que DAVID ALFONSO SÁNCHEZ realizaba y, en todo caso, no trabajaban de manera permanente con este sino cuando coincidían los turnos.

Por otra parte, no debe perderse de vista que para la realización de horas extras debe existir orden y consentimiento tácito del empleador<sup>7</sup>, situación ésta de la que no se advierte medio probatorio alguno en las diligencias.

Se concluye entonces que la parte actora nada probó sobre el trabajo suplementario realizado, pues la prueba testimonial traída al proceso no dio cuenta de las horas en que el actor realizaba las labores encomendadas, no

---

<sup>5</sup> Audiencia del 22 de julio de 2020, récord 21:41.

<sup>6</sup> Audiencia del 22 de julio de 2020, récord 33:31.

<sup>7</sup> SL1225 de 2019 “*Así pues, esta corporación ha señalado que para que se condene al pago de horas extras y trabajo suplementario debe probar el número de horas diarias laboradas, así como el de los dominicales y festivos, las mismas deben ser probadas por quien pretende su pago, es decir, deben encontrarse plenamente acreditados los siguientes supuestos: (a) La permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal. (b) La cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas. (c) **Las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido, deben estar dedicadas a las labores propias del trabajo, y no cualquier otro tipo de actividades.**”*

bastando su dicho para establecer la pretendida permanencia laboral, ni para verificar que el trabajador, en ese ejercicio cotidiano, superó la jornada máxima legal, sin que sea posible establecer un patrón de horas extras y contabilizar por todo el tiempo de servicio el número máximo de horas permitido por la ley, pues no se trata de una presunción, sino que ello debe ser resultado de demostración una a una, de forma que solo se podrá declarar la causación en los días efectivamente acreditados<sup>8</sup>.

Bajo las premisas anteriores, y conforme a las pruebas arrimadas, se itera, no se encuentran acreditadas las horas extras o el tiempo de disponibilidad, que se reclaman como dejadas de pagar durante la vigencia del vínculo laboral con la traída a juicio, pues la única prueba tendiente a demostrar esa labor adicional fue la testimonial y los deponentes, como quedo visto, en ningún momento expusieron de manera específica para el caso del demandante que éste hubiese trabajado horas extras y menos aún se demostró el tiempo de disponibilidad alegado, sin que pueda ésta Sala de decisión con la sola manifestación del actor en la demanda, o las afirmaciones de los testigos, proferir condena al respecto, téngase en cuenta que es al trabajador a quien le corresponde la carga de la prueba de la realización de ese trabajo en horas extras o el tiempo que aduce le exigía su empleador de disponibilidad, lo que no puede demostrarse de manera genérica, sino discriminada y concreta y, lo cierto es que como se ha venido señalando, brilla por su ausencia la prueba con esas características, circunstancia que de suyo impide la prosperidad de sus anhelos en este sentido, pues no le es dable al fallador efectuar cálculos o suposiciones acerca de un número probable.

En ese mismo sentido, en lo que atañe la carga de la prueba, cuando lo pretendido son horas extras, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicada 45931 del 22 de junio de 2016, que

*“Es que en verdad la demanda se exhibe débil e inconsistente, toda vez que si el actor aspiraba a obtener en un juicio laboral, por ejemplo el pago de horas extras, dominicales y festivos y, por ende, el reajuste de sus prestaciones sociales, era menester asumir la carga procesal de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad. Las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen*

---

<sup>8</sup> Así lo sostuvo la C.S.J en sentencia SL 8675 de 2017

a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora.

Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia.»

Y en sentencia con radicación 47138 de 8 de marzo de 2016, sostuvo

*“No es posible sin embargo, como lo plantea, que deba ser tenido en cuenta el patrón de horas extras y contabilizar por todo el tiempo de servicio el número máximo de horas permitido por la ley, pues no se trata de una presunción, sino que ello debe ser resultado de demostración una a una, de forma que solo se podrá declarar la causación en los días aquí acreditados»*

*Y en sentencia 47044 el 15 de febrero de 2017 con ponencia de magistrado Gerardo Botero dijo la corte suprema de justicia:*

*«No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada”.*

Así las cosas, agotada la competencia en esta instancia, surtido el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas y ante la orfandad probatoria advertida, se prohijará la decisión de primer grado.

**SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

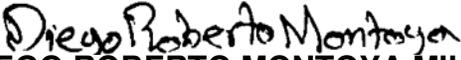
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

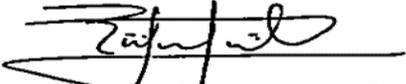
## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**RAFAEL MORENO VARGAS**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL  
BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANGELA DEL PILAR  
CALLEJAS ESCOBAR CONTRA LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y  
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (RAD. 35 2019 00515 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes mediante correos electrónicos del 14 y 21 de septiembre de 2020, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, respectivamente, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de agosto de 2020 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 01:02:10, acta digital), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – E.S.P de todas las reclamaciones y pretensiones incoadas en su contra por ANGELA DEL PILAR CALLEJAS ESCOBAR según lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.***

***SEGUNDO: CONDENAMOS EN COSTAS de esta instancia a la demandante, se liquidarán las costas por secretaría incluyéndose como agencias en derecho la suma de \$200.000 que deberá ser pagada por la demandante.***

***TERCERO: En caso de no apelar esta decisión, la remitiremos al Tribunal Superior de Bogotá para que se estudie en CONSULTA.”***

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la providencia y en su lugar, se acceda a las pretensiones del libelo.

En ese sentido, reprocha que el sentenciador no haya tenido en cuenta su alegato de conclusión y, especialmente, que no analizara el Acuerdo 24 del 20 de noviembre de 2015 que fue expedido antes de la firma de la Convención colectivo, el cual aduce, esta basado en 4 aspectos, entre ellos, la necesidad de crear una planta de cargos de trabajadores oficiales a término indefinido a fin de garantizar y fortalecer los servicios públicos domiciliarios, situación negociada con las organizaciones sindicales.

Asegura, dentro de los 1193 cargos creados, con contrato a término indefinido, se encuentra el de la demandante, y aunque lleva 5 años de suscrito, asegura, la empresa no ha querido darle cumplimiento al mismo.

Con relación a la interpretación de las normas convencionales, considera, se desconocieron los artículos primero y séptimo de la Convención, que refieren al reconocimiento prevalente de la convención y al principio de favorabilidad, advirtiendo, cualquier norma que vaya en contra de los intereses del trabajador, inclusive, pactado en la misma convención, es ineficaz.

Del mismo modo se refiere al artículo 27 del código civil para apuntar que cuando el sentido de la ley es claro no se desatiende su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

De otro lado, indica, si bien el juez puede valorar la convención colectiva, no hay lugar a ello cuando la norma es clara y precisa. Al punto, refiere a la sentencia 23302 del 19 de noviembre de 2004 para mencionar que *“únicamente cuando se advierte que el alcance dado por el juzgador de instancia pugna con el contenido gramatical de la cláusula o de la intención explícita de las partes al redactarla, puede entrar la Corte a infirmar esa interpretación”* y en esa medida, no entiende por qué, si el juez encontró que el inciso segundo del artículo 57 de la Convención le da la razón a la trabajadora, no la aplicó y recurrió a otras

normas para desconocer derechos de la demandante<sup>1</sup> (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:04:50, acta digital).

---

<sup>1</sup> *“Muy respetuosamente manifiesto que contra la decisión interpongo recurso de apelación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior a fin de obtener que dicha sentencia sea revocada en todas y cada una de sus partes, sustento el recurso de apelación por ahora en las siguientes razones.*

*Resulta desalentador que la celeridad del juzgado en dictar la sentencia haya violado derechos de la trabajadora, ¿por qué hago esta afirmación? Porque mi alegato de conclusión no mereció la más mínima valoración, enseña el artículo 164 del Código General del Proceso que toda decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, norma que se aplica por remisión en materia laboral ¿Y por qué hago alusión a esta norma? Porque existe una prueba supremamente eficiente, contundente que el señor juez no la analizó, no la valoró, no la apreció como era su obligación. La sentencia debió necesariamente analizar el acuerdo 24 del 20 de noviembre del año 2015, acuerdo que fue expedido antes de la firma de la convención colectiva, el señor juez no tuvo en cuenta, la sentencia no tuvo en cuenta que existe un acuerdo firmado el 20 de noviembre del año 2015 y que la convención fue firmada el 24 de noviembre de 2015.*

*En mi alegato de conclusión dije que ese acuerdo 24 estaba basado en 4 aspectos fundamentales, ese acuerdo 24 en la parte considerativa dice “es imprescindible crear una planta de cargos a término indefinido” más adelante agrega “que es necesario crear una planta de cargos de trabajadores oficiales a término indefinido a fin de garantizar y fortalecer la prestación de los servicios públicos domiciliarios” más adelante, el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital del cual se sirvió el señor juez para dictar sentencia, recomienda que los cargos sean mediante celebración de contratos a término indefinido y finalmente, en la parte considerativa, el citado acuerdo dice que “este se firma en la mesa de negociación con las organizaciones sindicales, oiga bien! ese acuerdo se negoció con las organizaciones sindicales SINTRAEMSDDES y SINTRATEPUSCOL y se aprobó la creación de una planta de trabajadores a término indefinido.*

*Ese acuerdo también hace la negociación con las organizaciones sindicales y ¿qué se dice en la parte resolutive de ese acuerdo? Que fue ignorado en la sentencia, en el artículo primero se crean 1193 cargos de trabajadores con contrato a término indefinido entre los cual se encuentra el de la trabajadora demandante. Luego, para el 20 de diciembre ese acuerdo firmado por el presidente de la junta de la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ creó 1193 cargos. Transcurrieron los años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, estamos en el 2020, llevamos 5 años y la empresa no ha querido darle cumplimiento a ese acuerdo, lo dije en el alegato de conclusión, la sentencia no lo valoró.*

*Pero pasemos ahora a la interpretación que se hace de la normas convencionales, se desconocieron los artículos primero y séptimo de las normas convencionales el artículo primero de la convención colectiva dice “reconocimiento prevalente de la convención” afirme dentro de mi alegato de conclusión, que reitero, no fue tenido en cuenta en la sentencia que el principio de la favorabilidad se debe aplicar a favor del trabajador, y dice textualmente “las partes acuerdan que en relación con la convención colectiva de trabajo cualquier interpretación, que directa o indirectamente, afecte los derechos adquiridos por los trabajadores de la EMPRESA DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADO en convenciones será ineficaz y no surtirá ningún efecto” ¿qué dice el artículo séptimo de la misma convención en relación con el principio de la favorabilidad? “La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO se compromete a continuar cumpliendo y aplicando el régimen laboral y prestacional pactado en las convenciones colectivas y las normas más favorables que le otorga la ley a los trabajadores”.*

*Esas dos normas convencionales fueron traídas de la sentencia que cité en el alegato de conclusión dictado por el doctor Francisco Escobar Enríques, en la cual señala muy claramente que cualquier norma que vaya en contra de los intereses del trabajador, inclusive, pactado en la misma convención, son ineficaces. Obsérvese que esa sentencia del doctor Francisco Escobar es del año 1995, y utiliza la palabra “son ineficaces” y en la convención colectiva toman esa sentencia y dicen, que las cláusulas que sean contrarias a los derechos del trabajador son totalmente ineficaces. Ahora, en cuanto a la interpretación de la convención, el artículo 27 del código civil nos enseña, cuando estábamos en primero de Derecho, sobre la interpretación de la ley, “que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu”.*

*¿Y qué ha dicho la Corte Suprema sobre la interpretación? Es cierto que el juez tiene derecho a valorar la convención colectiva, más no lo tiene cuando la norma es clara, cuando es precisa, es clara. En sentencia del 2004, sentencia 23302 del 18 de noviembre del 2004, siendo ponente magistrado el doctor Carlos*

Por su parte la demandada refiere su inconformidad únicamente frente al valor de las agencias impuestas por el juez, pues considera, las mismas deben estimarse conforme los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, señalando, el monto no se compadece con los gastos que ha tenido que afrontar en el proceso<sup>2</sup> (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:15:16, acta digital).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante ANGELA DEL PILAR CALLEJAS ESCOBAR en este proceso, los relacionados en el acápite de**

---

*Isaac Nader la corte dijo “únicamente cuando se advierte que el alcance dado por el juzgador de instancia pugna radicalmente con el contenido gramatical de la cláusula o de la intención explícita de las partes al redactarla, puede entrar la Corte a infirmar esa interpretación, por cuanto es indudable que con esta hipótesis se está presentando un error protuberante de hecho” En consecuencia, si el señor juez encontró que los artículos 57 y el inciso segundo le dan la razón a la trabajadora de que su contrato es indefinido ¿por qué razón desconocer esa interpretación gramatical? Porque el inciso segundo del artículo 57 es muy claro en señalar “respecto de los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de sus contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales aquellos que tiene vigencia mientras subsistan las causas que le dieron rigen y la materia del trabajo”. Luego, la norma es clara una simple, elemental lectura en cuanto dice el artículo 27 del código civil, permite inferir sin dubitación alguna, que el contrato de la trabajadora es a término indefinido ¿por qué recurrir a otras normas para desfavorecer los derechos de la trabajadora? En estos términos dejo por ahora sustentado el recurso de apelación. Señor juez, muchas gracias.”*

<sup>2</sup> *“Gracias doctor, teniendo en cuenta que se pronuncia la sentencia, en primer lugar, le manifiesto que ya se envió el certificado del comité de conciliación a su despacho, entonces con el fin de verificar esta situación y, en nombre de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ y dado la sentencia a favor de la empresa, le manifiesto que interpongo recurso de apelación respecto a las costas del proceso, teniendo en cuenta que las agencias en derecho y las costas representan una contraprestación por los gastos en que han incurrido para ejercer la defensa judicial y los intereses de la entidad en entes caso.*

*Es necesario manifestarle señor juez, que la empresa de acueducto y alcantarillado ha gastado y ha tenido que soportar gastos administrativos y de abogado, para tal razón, se debe tener en cuenta estas tarifas que ha establecido el Consejo Superior de la Judicatura para quien ha sido vencido en el proceso, entonces, en este sentido, y teniendo en cuenta que la empresa DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO ha soportado esta carga de todas estas demandas de los trabajadores y que no se compadece y le manifiesto que no está de acuerdo la EMRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO con lo manifestado por el señor juez respecto a las costas del proceso. Le solicito al Honorable Tribunal se revoque esta condena en costas y se determine lo establecido como mínimo por el Consejo Superior de la Judicatura para tal efecto.*

*En este término dejo planteado el recurso respecto a las costas del proceso, en lo demás, estoy de acuerdo con la sentencia hoy emitida por este juzgado, teniendo en cuenta que se ajustó totalmente a derecho.”*

**pretensiones consignadas en la subsanación de la demanda a folios 116 y 117, los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 117 a 121**, solicitando se declare que los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva celebrada entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. y el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIOS DE COLOMBIA – SINTRAEMSDDES el 24 de noviembre de 2015 en los que se pactó que los contratos de trabajo de quienes se encontraban vinculados a la empresa para la fecha de la firma de dicha convención, son a término indefinido. En consecuencia, se declare que el contrato de trabajo celebrado con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. el 2 de enero de 2013, pactado a término fijo junto con sus adiciones en la realidad y conforme lo pactado en la convención colectiva de trabajo es a término indefinido, debiendo la encartada insertar dicha modificación en el contrato. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas a la parte actora. Lo anterior tras estimar, si bien en principio podría considerarse que la vinculación de los trabajadores de la Empresa de Acueducto mediante contrato a término fijo no está permitida en virtud de lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo, en la misma convención se estableció un régimen de transición por un término de cinco (5) años, contados a partir del 1 de diciembre de 2015, en el que se autorizaría la vinculación a término fijo de determinadas personas para darle la oportunidad de aplicar al concurso de méritos, dentro de las cuales se encuentra el cargo de la demandante, advirtiéndose, aunque se debe dar prelación a los que están vinculados, en manera alguna ello significa excluir el cargo de la aplicación del concurso de méritos.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

En el presente asunto no es objeto de discusión que entre las partes existe un contrato de trabajo vigente, el cual se ejecuta bajo la modalidad a término fijo,

aspecto este que además de no haber sido objeto del debate en el asunto, fue reconocido por la pasiva desde la contestación de la demanda, y en todo caso, se verifica, entre otras, de la certificación expedida el 22 de marzo de 2019 por el Director de Mejoramiento de Calidad de Vida (E) de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. (folio 33).

Tampoco se discute la afiliación realizada por la actora al sindicato SINTRAEMSDDES pues, aunque al plenario no se arrió constancia alguna de esta situación, se trató de un hecho excluido de debate por la aceptación de la encartada de dicha circunstancia (respuesta al hecho 25, folio 145).

Precisado lo anterior, se tiene que la demandante pretende se declare que su vinculación con la demandada lo es mediante un contrato de trabajo con vigencia indefinida, en virtud de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDDES, el 24 de noviembre de 2015.

Lo anterior, según el artículo 57 de la aludida convención en la que se consignó que los contratos que suscriba la demandada con sus trabajadores deben ser a término indefinido, aludiendo en su recurso, además, resultan ineficaces las cláusulas contractuales y convencionales que pacten una modalidad de vinculación diferente o que vayan en contravía de las prerrogativas de la trabajadora y por ende deben ser inaplicadas.

Pues bien, para resolver es importante acudir al contenido de la disposición enunciada. Así, el artículo 57 (Capítulo VII Garantías Laborales) de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDDES el 24 de noviembre de 2015 (folio 71 y vto.), en su tenor literal preceptúa:

***“Artículo 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.***

***Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales,***

*aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.*

**Parágrafo 1:** *Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días; cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley*

*El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.*

**Parágrafo 2:** *La Empresa procurará la vinculación del personal transitoria al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de La Empresa (Artículo 78- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63)” (Resaltado de la Sala)*

Por su parte, el artículo 58 de ese mismo cuerpo normativo (folio 71 vto.) dispone:

**“ARTÍCULO 58 CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO:** *La empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*

*De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.*

*Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.*

*Lo anterior, sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.*

*En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento (Artículo 79- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 44 y CCT 2008-2011 art. 64.)*

Una lectura desprevenida de dichas disposiciones, a juicio de la Sala, permiten inferir que la vinculación del personal a la empresa demandada debe hacerse, por regla general, mediante contrato de trabajo a término indefinido y por excepción, a término fijo o por duración de la obra o labor, siendo claro entonces que la convención no prohíbe la suscripción de contratos a término fijo, pudiendo la empresa acudir a esta modalidad cuando se trata de cubrir vacantes temporales, inferencia que es razonable, pues se desprende sin dificultad de su texto.

Adicionalmente, aunque a través de tal acuerdo la empresa se compromete vincular a todos sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, previo concurso de méritos, en el inciso siguiente también garantiza claramente, los derechos de aquellos trabajadores que ya se encontraban vinculados, estableciendo que su contrato igualmente sería a término indefinido, mientras subsistan las causas que le dieron origen.

En el caso de autos, tal como se desprende de la documental aportada, para la fecha de suscripción de la mencionada Convención Colectiva -24 de noviembre de 2015- la demandante tenía signado un contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 2 de enero de 2013 (folios 161 a 162) mismo que fue prorrogado de manera ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 2015 (folios 22 a 26), que terminó por vencimiento del plazo (folio 168) en esta última fecha. Es importante precisar, la prórroga del contrato según se observa de los memorados dirigidos a la actora (folios 22 a 26) obedeció a la ampliación de la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa.

Luego, entre las mismas partes se suscribe un nuevo contrato de trabajo a término fijo de un año a partir del 2 de diciembre de 2015 (folios 30 a 32 y 169 a 170) el cual se ha venido prorrogando (folios 27, 28 y 29) y es el que actualmente ata a las partes en litigio.

Conforme lo anterior, aunque a la fecha de celebración de la Convención Colectiva 2015-2019, había un contrato vigente, lo cierto es que el mismo feneció el 30 de noviembre de 2015, conclusión que guarda correspondencia

con lo anotado por la actora en el hecho 16 del libelo (folio 119) de donde se infiere la finalización de un vínculo y el nacimiento de otro.

Bajo tal entendido, la contratación vigente entre las partes se suscribió con posterioridad a la celebración del acuerdo colectivo, no advirtiendo dentro del petitum o la alzada que se pidiera la unidad contractual de dichos vínculos. En esa medida, inicialmente, no es posible deducir que se está ante un contrato a término indefinido, en los términos del artículo 57 de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, como pasa a explicarse.

En primer lugar, debe recordarse que las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes.

En ese sentido, no puede perderse de vista que la norma convencional aportada al proceso contempla en sus artículos 38 a 58 (64 vto., a 72), disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y la planta de personal, las cuales deben ser analizadas en forma sistémica o integral, de las que se destacan las siguientes:

“(…)

#### **CAPITULO V**

#### **ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL**

**ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EAB-ESP:** *La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.*

*Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, **la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por***

el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; **la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años** a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

**La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.**

**Parágrafo 1:** Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.

**Parágrafo 2:** La EAB-ESP- exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la EMPRESA, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de la CCT (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL)

(...)

### **ARTÍCULO 39: ESTRUCTURA Y PLANTA DE PESONAL**

(...)

**Parágrafo 3:** La Empresa implementará **los procesos de selección para llenar las vacantes** que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando

prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.

(...)

## CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

**ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:** La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, **para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP.** Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

**Parágrafo:** Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

**ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA:** La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.

**PARÁGRAFO:** Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015).

**ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA:** La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá

*definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. **Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015.** Las partes acuerdan que, a partir del 1 de **diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016.** Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...)*

Luego el artículo 53<sup>3</sup> adoptó la creación de un concurso de méritos, por una única vez para proveer las vacantes de personal a término indefinido que resulten por la adopción de la planta de personal definitiva.

Conforme al clausulado ampliamente transcrito y armonizando tales disposiciones, se advierte, aunque es cierto que la demandada debe vincular a todos sus trabajadores mediante contrato de trabajo a término indefinido, particularmente aquellos que venían vinculados bajo otra modalidad a la entidad a la suscripción de la convención, salvo las excepciones ya anotadas (artículos 57 y 58 CCT), en el mismo acuerdo se habilitó a la demandada a terminar los contratos de trabajo de aquellas personas que laboraban en la planta transitoria de “*los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo*” para vincularlos nuevamente, a partir del 1 de diciembre de 2015 en la planta fija de la EAB mediante contratos de trabajo a término **fijo**, inicialmente por 13 meses, prorrogables durante la vigencia del denominado régimen de transición, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020.

Así, aunque en el artículo primero del Acuerdo 024 de 20 de noviembre de 2015 “*Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 de 25 de*

---

<sup>3</sup> “**ARTÍCULO 53: CONCURSO DE MÉRITOS, POR ÚNICA VEZ PARA PROVEERLAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL.** Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así

**Primera Convocatoria:** Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria.

(...)”

junio de 2007” (Cd folio 55) se creó en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. “una planta de mil ciento noventa y tres (1193) cargos de trabajadores **oficiales a término indefinido**, (...) para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial”, cuya contratación debía realizarse a través de contratos de trabajo con la modalidad a término indefinido, no obstante, al menos durante la vigencia del régimen de transición, y por virtud de la propia Convención Colectiva, se le permitiría a la encartada realizar la provisión de dichos cargos por contratos a término fijo, con el fin de que esta pudiera adelantar el concurso de méritos respectivo para proveer de manera definitiva los mismos.

Considerando lo predicho y atendiendo las condiciones particulares de la vinculación de la demandante, es claro que la misma se ajusta a lo previsto en el artículo 51 de la CCT, si se tiene en cuenta que fue en la convención donde se determinó que la planta transitoria, a la cual estaba vinculada (folio 26), vencía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que terminó su contrato inicial. Ahora, aunque la convocante fue contratada nuevamente el 2 de diciembre de 2015 mediante contrato a término fijo, el cual se encuentra vigente, para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo Nivel 32 de la División Atención al Cliente Zona 1 (folio 30 a 32 y 160 a 170) -que resulta ser la misma del contrato anterior -, lo cierto es que esta vinculación bajo la mentada modalidad estaba autorizada por el acuerdo colectivo por ser su cargo perteneciente a la anterior planta provisional y creado de manera definitiva según el artículo primero del Acuerdo 024 de 2015 (CD folio 55) al que se hizo mención, cargo que resulta ser propio de “la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social”, a las que se refiere el denominado régimen de transición y en virtud del cual, se insiste, se permite “transitoriamente” la vinculación de estos trabajadores por contrato a término fijo.

Valga decir, a juicio de la Sala, la creación de la transición en la convención contrario cercenar los derechos de los trabajadores vinculados lo que busca es garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al trabajo, y para ello en ese mismo instrumento se diseñó un sistema de concurso de méritos en el cual los

trabajadores con contrato a término fijo podrán participar a efectos de hacerse beneficiarios de la vacante en la modalidad de contrato a término indefinido, como de hecho así lo está haciendo la activa.

Un entendimiento contrario, sería tanto como desconocer la voluntad de las partes plasmada en la convención y constituiría una interpretación restrictiva que no se acompasa con la verdadera intención que es fortalecer el mérito, pues como se ve, con el régimen de transición lo que garantiza es la participación en los concursos de aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo con modalidades distinta al término indefinido.

Ahora bien, aunque el recurrente aduce el desconocimiento de las cláusulas primera y séptima de la CCT<sup>4</sup>, que refieren a la aplicación del principio de favorabilidad, lo cierto es que para la Sala no existe conflicto alguno entre las normas de la convención a las que se ha hecho referencia y por el contrario, lo que las mismas denotan es que fueron las partes en el ejercicio de la libre autonomía las que concibieron la creación de un régimen de transición para la vinculación de personal, el cual está sometido a un término máximo que vence el 30 de noviembre de 2020, plazo durante el cual la encartada deberá adelantar las gestiones pertinentes para la creación de los cargos y el agotamiento del concurso, permitiendo durante dicho interregno la contratación de trabajadores mediante contrato de trabajo a término fijo, siempre que cumplan ciertas condiciones.

De acuerdo con lo anterior, la presunta transgresión al principio de favorabilidad que se plantea en la alzada, en la aplicación de las normas convencionales, no tiene asidero.

---

<sup>4</sup> **“ARTÍCULO 1. RECONOCIMIENTO PREVALENTE DE LA CONVENCION COLECTIVA:** Las partes acuerdan que en relación con las Convenciones Colectivas de Trabajo cualquier interpretación que directa o indirectamente desmejore los derechos adquiridos de los trabajadores de LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. en Convenciones Colectivas anteriores, será ineficaz y no surtirá ningún efecto frente a los beneficiarios. En consecuencia, quedarán vigentes las cláusulas convencionales más favorables para los trabajadores y la Empresa se compromete a dar cumplimiento al principio de favorabilidad (...)

**ARTÍCULO 7. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD:** La EAB -ESP se compromete a continuar cumpliendo y aplicando el régimen laboral y prestacional pactado en convenciones colectivas y los más favorables que otorgue la ley. En caso de conflicto de aplicación de normas prevalecerá la más favorable para el trabajador (artículo 7- Convención 2012-2014) (Artículo acordado con anterioridad en la CCT 2004-2007)”

Y es que si se analiza detenidamente el recurso de apelación, la intención del recurrente no es simplemente de la pérdida de eficacia de la modalidad contractual pactada, sino la declaración de la ineficacia de las mismas cláusulas de la convención y como bien lo refiere el demandante, al Juzgador no le está dado efectuar interpretaciones cuando la norma deviene clara en su tenor literal, y ello es lo que aquí ocurre, menos aun cuando las mismas, se itera, son producto del acuerdo voluntades con los cuales, no se estima vulneración de las prerrogativas del trabajador.

Lo expuesto resulta suficiente para confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en lo que atañe a la condena en costas procesales, se advierte que la discusión sobre el valor de este concepto se debe hacer en la etapa procesal correspondiente como lo señala el artículo 366 del C.G.P, no siendo éste el momento para pronunciarse sobre su eventual cuantía. En todo caso, según la disposición enunciada la condena en costas procede contra la parte vencida en juicio, siendo en este caso precisamente la convocante del litigio, y, en esa medida, procede la confirmación de la sentencia de primer grado en este punto.

De esta manera, sin que haya lugar a mayores consideraciones, procede la confirmación de la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora.

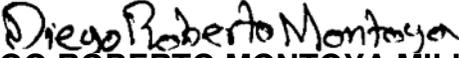
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora

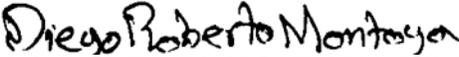
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**RAFAEL MORENO VARGAS**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**AGENCIAS EN DERECHO:** Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL  
BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE DARIO FORERO  
MARTINEZ CONTRA SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN (RAD. 38 2018  
00228 01)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

**S E N T E N C I A**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio de 2020 (Record: 30:14, acta visible en el archivo 8 del expediente digital), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre SALUDCOOP EPS Organismo Cooperativo en liquidación y el demandante JOSÉ DARIO FORERO MARTÍNEZ existió un contrato individual de trabajo a término fijo vigente a partir del 1° de julio del año 2016 que finalizó el 12 de agosto de esa anualidad.

**SEGUNDO: CONDENAR** a SALUDCOOP EPS Organismo Cooperativo en liquidación a pagarle al demandante JOSÉ DARIO FORERO MARTÍNEZ la suma de \$18.400.000 por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo desprovista de justificación equivalente a 138 días de salario liquidados a razón de \$133.333, en la medida que se acreditó dentro del proceso que la asignación para el año 2016 ascendía a \$4.000.000, todo lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

**TERCERO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del proceso, el despacho declara no probadas las propuestas respecto de la condena infligida.

**CUARTO: COSTAS.** *Lo serán a cargo de la demandada, en firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 en favor del demandante.”*

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo que de conformidad con lo señalado en el artículo 1602 del Código Civil, lo contractualmente señalado por las partes es ley para estas, razón por la cual considera se debe acoger lo pactado en la cláusula sexta del contrato de trabajo el cual señala dos meses para el periodo de prueba del contrato firmado por el demandante<sup>1</sup>. (Record: 31:50)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante, señor JOSÉ DARÍO FORERO MARTÍNEZ en éste ordinario, las pretensiones de folios 2 y 3 del archivo 3 del expediente digital, las que encontraron sustento en los hechos visibles a folios 1 y 2 del mismo archivo, solicitando se declare existió un contrato de trabajo a término fijo del 1° de junio al 31 de diciembre del 2016, el cual terminó por causal imputable al empleador teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 78 del C.S.T., en consecuencia solicita el pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T. en valor de \$18.400.000, derechos *ultra y extra petita* y costas procesales. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto, se condenó a la demandada al pago de \$18.400.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, tras considerar que en efecto la accionada terminó el contrato sin aducir una justa causa, pues el plazo para el periodo de prueba no podía pactarse más allá de la quinta parte de los 6 meses por los cuales se estipuló el contrato y en ese orden el empleador no podía hacer uso de la facultad legal que tenía para ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 76 y 80 del C.S.T.**

---

<sup>1</sup> “Con el debido respeto me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo que acaba de emitir en consideración que, si bien es cierto que es taxativa la norma laboral, también es cierto lo señalado en el artículo 1602 el cual indica que lo contractualmente señalado por las partes es ley para estas, señalando esto que, se debe acoger la tesis que señala el artículo sexto del contrato laboral el cual señala la cláusula de los dos meses para el periodo de prueba del contrato firmado por el demandante. Con base en lo anterior, muy respetuosamente solicito al Tribunal Superior de Bogotá revocar la sentencia aquí apelada y no acceder a las pretensiones de la demanda.”

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, esto es, la indemnización por despido sin justa causa, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*), precisándose tal situación de contera descarta el estudio de las circunstancias o hechos por los cuales se terminó del vínculo laboral.

Así las cosas, advierte la Sala no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo a término fijo a seis meses suscrito entre las partes, el cual se desarrolló del 1° de julio del 2016 hasta el 12 de agosto del mismo año, como tampoco el cargo para el cual fue contratado el actor – ANALISTA FINANCIERO- ni el salario de \$4.000.000, aspectos que además de ser señalados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación, fueron aceptados por la propia encartada desde la contestación de la demanda y se encuentran acreditados con la documental visible a folios 71, 72, 73 y 75.

Establecido lo anterior, y en aras de resolver la apelación de la accionada relacionada con la **Indemnización por despido** es menester analizar en primer lugar si en verdad el despido se produjo, y más aún, si este obedeció a una justa causa, para lo cual, es preciso recordar que, el trabajador corre con la carga de demostrar el hecho del despido y una vez acreditado ello, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido, no pudiendo detenerse el fallador en el examen de conductas que no se adujeron como causal de despido, pues memórese que solo resulta válido para justificar el despido los motivos que en su momento se comunicaron al trabajador, como razón para terminar el vínculo laboral, no los que posteriormente se aleguen.

En ese orden, ha de precisarse, que la relación laboral existente entre las partes, finalizó por decisión unilateral del empleador, tal y como se acredita con la misiva obrante a folio 75 del expediente digital, de fecha 12 de agosto del 2016, mediante la cual la encartada aduce la terminación del vínculo por estar el demandante en periodo de prueba, expresando de forma literal lo siguiente:

*“De acuerdo al contrato de trabajo a término fijo No 00131 suscrito el pasado primero (01) de julio de 2016 para el cargo de Analista Financiero, es pertinente señalar lo dispuesto para el periodo de prueba:*

*Clausula Sexta: Periodo de prueba: Las partes pactan como periodo de prueba un término de dos (2) meses y por consiguiente, durante este tiempo, cualquiera de las partes pueden dar por terminado en cualquier momento dicho contrato, sin previo aviso y sin indemnización alguna.*

*En efecto, encontrándose en la oportunidad y plazo citado, de acuerdo a la etapa actual por la que atraviesa Saludcoop EPS en Liquidación y teniendo en cuenta que no aprobó el periodo de prueba, se da por terminado el contrato a partir de la fecha. Lo anterior con base en lo dispuesto en el artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 2555 de 2010.*

*En consecuencia se cancelan las prestaciones sociales y demás conceptos a los que tenga derecho, para lo cual deberá acercarse a las áreas encargadas para su respectivo tramite”*

Conforme la comunicación en cita, debe la Sala precisar si bien en el contrato que unió a las partes se pactó en su CLÁUSULA SEXTA (fl. 71 vto expediente digital) el PERIODO DE PRUEBA por el término de dos meses, periodo en el cual el empleador podía hacer uso de la facultad establecida en el artículo 80 del C.S.T., sin motivación alguna conforme así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4103 del 5 de septiembre del 2018 al señalar que *“la motivación de la decisión con base en el desempeño y aptitudes del trabajador”* es un *“requisito no previsto por el legislador para dar por terminado el contrato laboral en período de prueba”*<sup>2</sup>, resulta que en este caso se

---

<sup>2</sup> *“Esta Sala de la Corte ha sostenido que las partes, inmersas en la relación laboral, están facultadas para pactar, por una vez, un lapso en el cual las mismas puedan cerciorarse de las ventajas o inconvenientes que pueda acarrear el vínculo y, una vez perfeccionado dicho acuerdo con las formalidades dispuestas en la ley, y sin evidencia de vicios del consentimiento, es posible la finalización sin previo aviso y sin invocar motivación particular. En providencia CSJ SL, 3 sep. 1980, rad. 7419, se expresó:*

*Enseña el artículo 76 del Código Sustantivo del Trabajo que el período de prueba es la fase inicial del contrato de trabajo y que tiene por objeto que tanto el patrono como el empleado puedan cerciorarse de las recíprocas ventajas o inconvenientes que traiga para ellos el vínculo laboral que han contraído. El artículo 77 exige que este período se pacte por escrito. Y el artículo 3° del Decreto Legislativo 617 de 1954, que modificó el 80 del Código, estatuye que durante el período de prueba el contrato puede darse por terminado en cualquier momento sin aviso previo y, obviamente, sin necesidad de invocar motivo concreto para hacerlo.*

*Ello significa que si en un contrato de trabajo se estipula de modo regular el período de prueba y si no se alega y demuestra que el consentimiento de alguna de las partes, respaldado con su firma en el contrato, está viciado por error, fuerza o dolo, dicho pacto debe tener todas sus consecuencias jurídicas, sin que le sea dable al intérprete de aquellas normas descalificarlo con argumentos o reflexiones que no surjan de su prístino texto, porque al hacerlo viene a quebrantar los preceptos por errónea exégesis. Ejercer el derecho de dar por terminado el contrato de trabajo que surge del pacto de período de prueba no implica entonces despido injusto del empleado.*

*Quebranta pues la sentencia impugnada los artículos 76 y 80 del Código Sustantivo y, además, aplica en forma indebida el artículo 8° del Decreto Legislativo 2351 de 1965, como lo asevera el recurrente.*

*De acuerdo con la providencia en cita, las únicas condiciones para dar por terminado el contrato laboral,*

debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 78 del Código Sustantivo del Trabajo el cual estipula que *“En los contratos de trabajo a término fijo, cuya duración sea inferior a un (1) año el periodo de prueba no podrá ser superior a la quinta parte del término inicialmente pactado para el respectivo contrato, sin que pueda excederse de dos meses”*, esto es, pactar cláusulas en desmedro de los mínimos que establece la legislación laboral, normas de orden público, convierten esos pactos en ineficaces.

De este modo como quiera que el contrato celebrado entre las partes aquí en contienda lo fue a 6 meses, el periodo de prueba debía corresponder a la quinta parte de ese plazo, esto es, 1.2 meses o **36 días** ( $6 \text{ meses}/5 = 1.2$  o  $180 \text{ días}/5 = 36 \text{ días}$ ), razón por la cual la cláusula sexta pactada en el contrato de trabajo es contraria a lo previsto en el régimen laboral, precisándose al recurrente que en virtud de lo establecido en los artículos 13 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>3</sup>, cualquier estipulación que se haga por escrito en el contrato de trabajo, que afecte las garantías mínimas de un trabajador resulta ser **ineficaz** tal como se anotó, y en ese orden la cláusula sexta alegada en la alzada no tiene efecto alguno, es decir, no existe para la vida jurídica y es inaplicable.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que el contrato inició el 1° de julio del 2016, los 36 días del periodo de prueba vencían el **6 de agosto del 2016**, dándose por terminado el contrato laboral alegando el periodo de prueba solo hasta el 12 de agosto de tal anualidad (fl. 75 expediente digital), es decir, sobrepasando el periodo de prueba establecido por ley, de modo que la causal de terminación del contrato del actor no devino de la norma invocada para ello (art. 80

---

*invocando el período de prueba, es su pacto por escrito, que no exceda la duración máxima legal y que la manifestación de voluntad no esté mediada de error fuerza o dolo. En ese orden, el fallador imprimió una hermenéutica equivocada a las normas que rigen el período de prueba, al señalar que el empleador estaba obligado a motivar la decisión fundado en el desempeño y aptitudes del trabajador en período de prueba. Dicho yerro lo llevó a interpretar erróneamente el artículo 64 del CST, en cuanto tasó unos perjuicios como consecuencia de una conducta que, como se dijo, estaba amparada por el ordenamiento sustantivo.”*

<sup>3</sup>**ARTICULO 13. MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS.** Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.

**ARTICULO 43. CLAUSULAS INEFICACES.** En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente.

C.S.T.) ni tampoco se acompasan con las causales establecidas en el artículo 62 del C.S.T.

Por manera que, al encontrarse que en efecto el despido del demandante por parte de SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN fue sin justa causa, resulta procedente la condena de la indemnización por despido sin justa, atendiendo lo dispuesto en el artículo 64 del C.S.T., y en ese orden sin más consideraciones se habrá de confirmar la sentencia de primer grado, advirtiéndose la suma objeto de condena no fue objeto de reproche por la accionada en su recurso de apelación.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

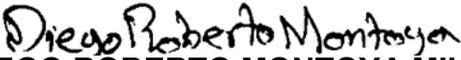
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

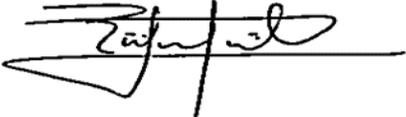
### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

  
RAFAEL MORENO VARGAS

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**AGENCIAS EN DERECHO:** Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA ESTHER  
PELAEZ URIBE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES -COLPENSIONES-, Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 38 2019 00033  
01).**

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

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTÍZ, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por la representante legal de la firma MEJÍA Y ASOCIADOS ESPECIALIZADOS S.A.S. que fuera remitido por correo electrónico el 18 de septiembre de 2020.

En el mismo sentido, se reconoce personería adjetiva a la abogada OLGA BIBIANA HERNÁNDEZ TELLEZ, como apoderada de la demandada PROTECCIÓN S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido mediante escritura pública No. 1185 del 8 de noviembre de 2018, remitida mediante correo electrónico 7 de septiembre de 2020.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES mediante correos electrónicos del 7, 8 y 18 de septiembre de 2020, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el

artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

## SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de agosto de 2020 (audiencia virtual de trámite y juzgamiento, récord: 1:30:05, acta expediente digital), en la cual se resolvió:

**“PRIMERO: ABSOLVER** a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las súplicas formuladas en la demanda, tanto principales como subsidiarias, por la señora CLAUDIA ESTHER PELAEZ URIBE, lo anterior específicamente, por lo anotado en la parte motiva de la presente sentencia.

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

**TERCERO: COSTAS**, lo serán a cargo de la demandante, en firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ellas, como agencias en derecho, la suma de \$500.000 en favor de cada una de las accionadas.

**CUARTO: Si no fuera oportunamente apelada la presente sentencia, CONSÚLTASE** con el superior.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

En sustento de ello, señala, el juzgador no tuvo en consideración los sendos pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo fue en sentencia SL 1688 de 2019 y SL 4426 de la misma anualidad, en donde estableció los parámetros para declarar o no la ineficacia del traslado, teniendo como primer aspecto que la suscripción del formulario de afiliación no puede considerarse como un consentimiento informado.

De otra parte, refiere, la asesoría dada a los afiliados debe ser clara, precisa, completa y suficiente, ello en aras de que los mismos opten por la mejor decisión,

deber información que, asegura, existe incluso desde antes de la creación de los fondos de pensiones, en virtud del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Resalta, aunque el *a quo* estimó que a la actora le fue dada una amplia información respecto a la destinación de aportes y la posibilidad de efectuar cotizaciones voluntarias, ello no resulta ser suficiente, pues debe realizarse el paralelo de las características entre un régimen y otro, lo que no acaeció, pues la información se limitó exclusivamente a ilustrar los beneficios del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, lo cual la indujo en un error al momento de la escogencia de régimen.

Por otra parte, adujo, si bien es cierto la actora al absolver el interrogatorio refirió que acudió a varias asesorías, en las mismas siempre le manifestaron que el monto de su pensión sería superior al que recibiría en el régimen de prima media, sin dar soporte físico de tales afirmaciones, desconociendo el Despacho la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, pues es quien debía demostrar la suficiencia de la asesoría brindada, así como la idoneidad de quienes la brindan.

De otro lado, no comparte la postura vertida por el juzgador frente a lo advertido con relación a las funciones que desarrollaba como directora administrativa y jefe de recursos humanos en la empresa en donde prestaba sus servicios al momento de efectuar el traslado, de la que derivó un conocimiento del sistema de pensiones en cabeza de la convocante, pues pasó por alto que dichos cargos en manera alguna guardan relación con el tema financiero, a lo cual se suma que la profesión de base de la actora es comunicadora social, y en ese sentido no podía pretenderse que conociera de los cálculos que se realizan en un régimen u otro, aduciendo, si bien la demandante manifestó adelantar trámites pensionales respecto de los empleados que tenía a su cargo y destacó el desempeño de los fondos privados en comparación al Instituto de Seguros Sociales, lo cierto es que, se refería específicamente a la parte administrativa y la atención al cliente (afiliaciones y pagos a la seguridad social), pero no frente a los temas atinentes a la pensión.

Por último, insiste, debió acogerse la jurisprudencia de la Corte por ser criterio auxiliar de interpretación a voces de la Constitución Política<sup>1</sup> (Audiencia virtual 4 de agosto de 2020, récord: 1:30:56, expediente digital)

---

<sup>1</sup> “Me permito presentar recurso de apelación en los siguientes términos. En primer lugar, solicito muy comedidamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral que revoque la sentencia que dictó el señor Juez 38 laboral por los siguientes argumentos.

*Sea lo primero señalar que, dentro del fallo, la sentencia dictada por parte del primer juzgador, se olvidó tener en cuenta la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia sala laboral ha establecido para los eventos donde se está peticionando una ineficacia o nulidad del traslado, como lo es el presente caso. En efecto, conviene recordar al despacho que mediante sentencia SL-1688 y 4426 del 2019, la sala de casación laboral precisó los lineamientos que deben tener en cuenta los juzgadores para definir o determinar si existe o no una nulidad de traslado. En efecto, uno de los primeros requisitos que expuso la Corte Suprema de Justicia fue que la suscripción del formulario de vinculación en modo alguno podía entenderse como consentimiento informado.*

*Dicho esto, cabe reiterar que la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa clara y específica al manifestar que toda la información que se brinde a los afiliados debe ser clara, precisa y suficiente para que ellos tomen la mejor opción, pues debe recordarse al señor juez que no es un criterio jurisprudencia el hecho del deber de información de los fondos de pensiones a sus afiliados, sino que esta obligación existe desde antes del surgimiento de las Administradoras de Fondos de Pensiones, valga recordar que está establecida en el artículo 97 del decreto 663 del año 1993 donde dice que en este caso, las entidades que administran recursos financieros, deben brindar información al afiliado o usuario para que puedan tomar la mejor decisión.*

*En estos términos, me permito reiterar que la obligación en principio es un deber legal, sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia hasta la fecha y de acuerdo con los argumentos del despacho donde manifiesta que a la accionante sí le fue suministrada la suficiente información, toda vez que se le informó sobre que sus aportes iban destinados a un fondo individual y que podía hacer aportes voluntarios, debe precisarse que en estos casos dicha información no es suficiente ni es completa, como lo manifestó el despacho en su providencia, pues debe aclararse que en este tipo de casos, la información que se debe suministrar por parte de los fondos de pensiones es sobre las características que presentan uno régimen y otro régimen y no limitarse solamente a los beneficios pues claramente, y como ha sucedido en muchos de los casos, la sola información de los beneficios hacen incurrir en error al afiliado para escoger un régimen pensional que no le representa ningún beneficio respecto a su pensión de vejez.*

*Por tal razón, el argumento del despacho donde se manifiesta que la información brindada por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN fue suficiente no es de recibo por lo que manifesté, no es suficiente con que se le manifieste al afiliado solamente las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sino que se le debe precisar cuáles son las características en comparación con el Régimen de Prima Media y además, qué pasa si no completa el capital suficiente y cómo debe hacer o como debe proceder para la garantía de la pensión mínima, hechos y argumentos que no fueron analizados por el fallador de primera instancia.*

*En segundo lugar, respecto a la precisión que hace el despacho con la proyección o cálculo comparativo de una hipotética prestación recibió la actora en su momento, si bien la actora manifestó en su interrogatorio de parte que acudió a varios asesores para que le brindaran información, también lo es que la actora aclaró que la información que le brindaban los asesores del fondo de pensiones, es que su pensión iba a ser mucho más alta y nunca se dejó soporte o evidencia sobre tal asesoría, precisamente, en este tipo de casos el despacho olvida que en los procesos donde se pretende la ineficacia o nulidad de traslado, son los fondos de pensiones que deben aportar la prueba fehaciente que efectivamente prestaron asesoría y brindaron la suficiente información a los afiliados y, ante la manifestación de la proyección del cálculo erróneo, equivocado que manifestó la señora CLAUDIA ESTHER PELAEZ URIBE no hubo contradicción alguna pues primero, no hubo una prueba documental aportada por el fondo de pensiones donde se acreditara que sus asesores estuvieran debidamente capacitados e instruidos para suministrar toda la información de las características de los regímenes pensionales.*

*Segundo, tampoco se aportó prueba que acreditara que efectivamente emitieron una proyección que estuviera acorde con las expectativas de la afiliada, sino que se limitaron a aportar el formulario de afiliación aduciendo que tal documento era suficiente. Por tal razón, el despacho en este caso olvidó y no tuvo en cuenta que, no solamente es necesario el formulario de afiliación, como ya lo manifesté, sino que en este caso debe desvirtuarse con pruebas fehacientes y que soporten los argumentos de la actora.*

---

En tercer punto, conviene manifestar que también la decisión del despacho se basó en las funciones de directora administrativa que ejecutó la actora y como jefe de gestión humana, donde realizaba todos los trámites en materia pensional de los empleados de la empresa familiar donde ella trabajaba. Aquí debe aclararse, en primer lugar, que el despacho desconoce que la profesión de la actora no tenía nada que ver o era diferente a un conocimiento respecto a una proyección en finanzas o cálculos como los que se están discutiendo en este momento, sino que como bien ella lo manifestó, ella era comunicadora social, razón por la cual ella no debía conocer cómo se calculaba la pensión en uno u otro régimen. En segundo lugar, si bien la actora manifestó que en sus funciones de directora administrativa sabía de los trámites pensionales, ella se refería a los trámites administrativos como lo era el pago de la seguridad social y todo lo concerniente a la afiliación, pero nunca manifestó que tuviera conocimientos respecto de las características, beneficios o desventajas que presentaba cada régimen pues como ella lo adujo, en ejercicio de sus funciones, ella conocía el trámite netamente administrativo, más no tenía el deber no podía tampoco conocer en ejercicio de ese cargo, todos los trámites relativos a las proyecciones, las fórmulas, incluso, la misma normatividad de las semanas o edad que se exigía en su momento para acceder a una pensión en régimen de prima media.

Razón por la cual, no son de recibo y no tienen sustento los argumentos del despacho toda vez, como lo aduje, si bien ella conocía los trámites administrativos, ello no quería indicar que conocía la rigurosidad o todo lo que pertenecía a la forma de la pensión en cada uno de los regímenes. Respecto al argumento que acabé de manifestar y respecto al concepto que tenía la actora respecto de las diligencias administrativas que surtía con el Instituto de Seguros Sociales, vuelvo a manifestar que ella consideraba que han tenido mejor administración las entidades privadas, respecto a su trámites administrativos, por evitar demoras, por la atención y por el servicio al cliente, pero ello no tiene ninguna incidencia respecto a la modalidad de pensión toda vez que, reitero, la accionante desconocía esta situación.

Respecto a la fuerza o constreñimiento que manifestó el despacho que no había, valga decir que si bien no existía constreñimiento, es importante resaltar y traer a colación que sí existió una falencia al momento de la afiliación toda vez que no se le brindó la información suficiente y que además, como se manifestó en el interrogatorio de parte de la actora, está comprobado que se le brindó información errónea a la afiliada respecto de su expectativa pensional, pues ella fue insistente, fue reiterativa en manifestar que a ella le hacían proyecciones, no se le brindó un soporte documental, un soporte que ella tuviera para decir “yo me voy a pensionar con determinado valor” y en segundo lugar, siempre dichas situaciones fueron erróneas ya que ella al ver que estaba próxima a cumplir los requisitos de edad y semanas, al verificar cuál iba a ser su pensión, efectivamente la expectativa pensional que tenía no cumplía con la proyección que verbalmente le brindó el asesor en su momento, de la administradora de fondos de pensiones, razón por la cual sí hubo un error, sí hubo una situación en la que hicieron incurrir en error a la demandante y por eso es que se presentó el presente proceso.

En este orden de ideas también, y como quiera que el despacho se aparta de la jurisprudencia manifestando que debe hacer un análisis del caso concreto frente a este tipo de situaciones, pues, aquí claramente no se hizo un análisis del caso concreto y no se tuvieron en cuenta todos los elementos que la jurisprudencia señalaba que debían analizarse, sino que se limitó a la información parcial se entregó por parte el fondo de pensiones, no teniendo en cuenta que el deber de probar está en cabeza del fondo de pensiones tal cual como dice la Corte Suprema de Justicia, en ningún momento hizo alusión a las pruebas documentales aportadas por parte de fondo de pensiones, pues las mismas brillan por su ausencia al observarse que ni siquiera hay constancia de todas las proyecciones y el proceso de asesoría que debió cumplir el fondo de pensiones para el caso de la señora CLAUDIA ESTHER PELAEZ.

Por último, traigo a colación el fallo con radicación 59412 emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, donde se estudia un caso de tutela frente a las decisiones adoptadas por el Tribunal Superior de Bogotá sala laboral respecto a este tipo de procesos de nulidad e ineficacia del traslado, donde se recuerda a los jueces que tienen el deber legal y constitucional de cumplir o acatar el precedente jurisprudencial que se ha venido exponiendo, porque si bien, desde la Constitución Política artículo 230 donde se dice que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, también lo es que dentro de la normatividad colombiana y la jurisprudencia colombiana, la jurisprudencia en la forma como se ha decidido similarmente estos casos debe adoptarse. Lo que nos dice la Corte Suprema y la reflexión y el llamado que hace para que los juzgadores adopten las decisiones en los siguientes términos.

“Al respecto, vale la pena traer a colación el deber de los jueces de observar la jurisprudencia unificada de las cortes de cierre de las distintas jurisdicciones y la necesidad que su apartamiento ya que ella se produce sobre razonamientos expreso y explicito, pues no de otra manera se preserva el bien superior de la seguridad jurídica y se permite a las Cortes someter a su estudio nuevos razonamientos”.

En este orden de ideas, se observó que el despacho de primera instancia a pesar en esbozar argumentos por los cuales se aparta de la jurisprudencia, como se afirmó, los mismos no son suficientes, lo que conlleva a

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante CLAUDIA ESTHER PELAEZ URIBE, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a 5, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 a 4,** aspirando de manera principal se declare la ineficacia, y en subsidio la nulidad, de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia, se ordene a esta trasladarla, junto con el saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, a COLPENSIONES, quien a su vez deberá recibirla manteniendo como fecha de afiliación el 17 de julio de 1986. Pide se imponga costas a la pasiva. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones,** por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar que, al momento del acto jurídico de afiliación al RAIS, a la demandante le fue suministrada la información amplia y suficiente respecto de las condiciones y características del fondo privado, aunado a ello, sostuvo que la actora tenía conocimiento del sistema manejado en el ISS debido al cargo ejercido en la empresa en donde laboraba, pues se desempeñaba como jefe de recursos humanos, así como la mala percepción que la demandante tenía respecto de la entidad pública. De igual modo, expresó, no encontrar probado que quien brindo la asesoría para el traslado hubiera desplegado conductas tendientes a causar un perjuicio o un daño específico.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

---

*concluir que el despacho en este tipo de decisión, creó jurisprudencia sin tener el suficiente sustento jurídico para apartarse de la ya existente y por tal razón, debe revocarse la sentencia proferida el día de hoy. En estos términos dejo rendida mi apelación. Muchas gracias.”*

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>2</sup>.

Así las cosas, a folio 59 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 25 de noviembre de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 27 de octubre de 2018 (folios 86 a 89) y a PROTECCIÓN el 19 de octubre de 2018 (folios 81 a 85), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 54 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 216,86 semanas de cotización (folio 120 y 121 -reporte de semanas de cotización expedido por Colpensiones- y 231 a 232 -historia laboral bono pensional expedido por Ministerio de Hacienda-) equivalentes a 4,22 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de junio de 1994 (folios 68, 197, 198, 231 a 232) específicamente, conforme la información reportada en el formulario de afiliación, el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS, la historia laboral para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la certificación expedida por PROTECCIÓN S.A.

---

<sup>2</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la

información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A. (antes DAVIVIR S.A.)<sup>3</sup>

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>4</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

---

<sup>3</sup> DAVIVIR fue absorbida por ING, quien a su vez fue absorbida por PROTECCIÓN en el año 2012.

<sup>4</sup> “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

*En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.*

*No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.*

*Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.*

*En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.*

*Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:*

*“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años*

---

de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

***“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***

*(…)*

*Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*

*(…).*

---

*beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

*“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.*

*“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.*

*En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.*

*Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)***

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante<sup>5</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aunque asegura haber efectuado el traslado en razón a que DAVIVIR tenía el respaldo de DAVIVIENDA, entidad financiera con la que tenía productos y le había ido muy bien, además, en razón a que por problemas que tuvo con el ISS frente a unas semanas cotizadas, no tenía mucha confianza en esa entidad, enfatizando, el asesor le indicó que su pensión con el fondo privado sería mucho más alta según una proyección verbal que dice se le efectuó, que podía realizar aportes voluntarios y que el ISS se acabaría.

Es menester precisar, contrario a lo señalado por el Juez de primera instancia, la formación y conocimientos poseídos por la demandante, no es óbice para que

---

<sup>5</sup> Audiencia virtual del 4 de agosto de 2020, récord. 7:00

PROTECCIÓN S.A., se releva de la obligación de ofrecer una información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, a lo que se suma, tal como se advirtió en precedencia, en el plenario no obra medio de prueba alguno en la que se acredite la explicación diáfana de las consecuencias del traslado y según lo informado por la actora, la AFP tan solo se limitó en indicar, en los términos que han quedado vistos, que el monto de su pensión sería alto en comparación con el pudiera llegar a percibir en el régimen de prima media con prestación definida.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 197), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 261, 262 y 263, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no sufre el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A. (antes DAVIVIR), omitió en el momento del traslado de régimen (14 de junio de 1994, folio 197) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos previamente ilustrados, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción<sup>6</sup> (fl. 115), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado

---

<sup>6</sup> Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 2 de agosto de 2019 (fol. 269)

jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado.

**SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primer grado se revocan y quedan a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **R E S U E L V E**

**REVOCAR** la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar se dispone:

**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por la demandante el 14 de junio de 1994 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la señora CLAUDIA ESTHER PELAEZ URIBE se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

**SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, conforme a las consideraciones expuestas.

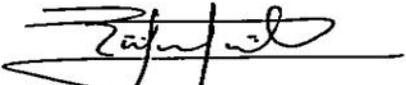
**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a COLPENSIONES el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas o gastos de administración.

**CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la PROTECCIÓN S.A., a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**RAFAEL MORENO VARGAS**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALVARO SANDOVAL RODRÍGUEZ, BLANCA STELLA SANDOVAL Y ROSA DEL PILAR SANDOVAL MENDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES (RAD. 38 2019 00274 01)**

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

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTÍZ, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por la representante legal de la firma MEJÍA Y ASOCIADOS ESPECIALIZADOS S.A.S. que fuera remitido por correo electrónico el 11 de septiembre de 2020.



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES, mediante correo electrónico del 11 de septiembre de 2020, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 2º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES – COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de julio de 2020 (Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 30:30, expediente digital), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que el señor ALVARO SANDOVAL RODRÍGUEZ, en su calidad de compañero permanente supérstite de la causante ROSA MARÍA MÉNDEZ PALACIO le asiste el derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES le reconozca y pague el 50% de la pensión de sobrevivientes que dejó en suspenso en el acto administrativo mediante el cual le otorgó a este accionante, inicialmente el 50% de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de la reseñada pensionada. En consecuencia del acrecimiento, corresponderá a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES pagarle al actor el 100% de la prestación al aquí accionante, en la medida que otros beneficiarios no acrediten un mejor derecho.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que le reconozca y pague a ALVARO SANDOVAL RODRÍGUEZ en calidad de compañero permanente supérstite en proporción del 50% de las mesadas pensionales dejadas en suspenso causadas desde mayo del año 2018, junto con los reajustes legales anuales y mesadas adicionales que procedan en forma indexada, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula

$(\text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL} * \text{VALOR HISTÓRICO} = \text{VALOR INDEXADO})$

donde valor histórico corresponde al 50% de la mesada pensional y, en donde como índice inicial deberá tomarse el mes de causación de la respectiva proporción de mesada y como índice final el de la fecha en que se certifique el pago por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

**TERCERO: AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que del importe de la proporción de las mesadas pensionales indexadas que le corresponden al señor ALVARO SANDOVAL RODRÍGUEZ, descuente el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

**CUARTO: EXCEPCIONES,** dadas las resultas del juicio, el despacho DECLARA no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas.

**QUINTO: SIN COSTAS** en la instancia.

**SEXTO:** De no ser apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSULTESE** con el superior.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte demandada COLPENSIONES,

a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del extremo demandante, las pretensiones que relacionó en la subsanación de la demanda (folios 31 y 32) las cuales encuentran sustento en los hechos consignados a folios 29 a 31**, aspirando principalmente se acreciente la mesada pensional de sobrevivientes del señor ALVARO SANDOVAL RODRÍGUEZ en un 100%, en los términos del literal a del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, asignándole el 50% que se dejó en reserva en la Resolución SUB216141 del 25 de agosto de 2018 para BLANCA STELLA SANDOVAL MENDEZ y ROSA DEL PILAR SANDOVAL MENDEZ, en calidad de hijas mayores, debidamente indexado. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** pues se ordenó acrecentar la mesada de ALVARO SANDOVAL RODRÍGUEZ en el 50% dejado en suspenso en el acto administrativo de reconocimiento, esto es, se dispuso a Colpensiones pagarle la mesada pensional en un 100% en la medida que otros beneficiarios no acrediten mejor derecho, debiendo cancelar el retroactivo correspondiente desde mayo de 2018, junto con los reajustes legales anuales y mesadas adicionales que procedan, debidamente indexada hasta cuando se verifique el pago de la obligación. Lo anterior tras considerar que BLANCA STELLA SANDOVAL MENDEZ y ROSA DEL PILAR SANDOVAL MENDEZ no habían acreditado los presupuestos para hacerse acreedoras de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su progenitora, máxime cuando ellas mismas aluden su independencia económica y que no se encuentran estudiando y en esa medida, era viable asignarle a ALVARO SANDOVAL, en calidad de compañero permanente supérstite de la causante, el 100% de la pensión de sobrevivientes.

De tal manera, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si ALVARO SANDOVAL RODRÍGUEZ, es beneficiario del 100% de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la señora ROSA MARÍA MENDEZ PALACIOS, en calidad de compañero permanente supérstite.

Así las cosas, previo a abordar el estudio de fondo ha de señalarse, no es objeto de debate en esta instancia que mediante Resolución No. SUB 216141 del 15 de agosto de 2018<sup>1</sup>, COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora ROSA MARÍA MENDEZ PALACIO, acaecido el 20 de mayo de 2018, a favor de ALVARO SANDOVAL RODRÍGUEZ en calidad de cónyuge o compañero con un porcentaje del 50%, de carácter vitalicio. Así mismo, en dicho acto administrativo la entidad pensional dejó en reserva “*el posible derecho y el porcentaje que le (s) hubiera podido corresponder respecto a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de MENDEZ PALACIO ROSA MARÍA*” a BLANCA STELLA y ROSA DEL PILAR SANDOVAL MENDEZ en calidad de hijas mayores con estudios en un porcentaje de 25% cada una.

Tampoco se controvierte la calidad de pensionada que ostentaba ROSA MARÍA MENDEZ PALACIO (Q.E.P.D), a quien el extinto Instituto de Seguros Sociales le reconoció una pensión de vejez mediante Resolución 8122 de 1995, la cual ascendía a \$781.242 al momento del deceso, según se lee del acto administrativo SUB2161141 de 2018 emitida por Colpensiones.

En primer lugar, sea del caso recordar, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de precisar, es la data del deceso del pensionado lo que delimita el marco normativo dentro del cual debe adelantarse el estudio de la prestación solicitada, por lo que la norma que regula la situación planteada corresponde al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual se encontraba vigente para la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión de sobrevivientes -20 de mayo de 2018 (Resolución SUB 216141 de 15 de agosto de 2018)- data en la cual, extrae la Sala, ocurrió el deceso de la señora ROSA MARÍA MENDEZ PALACIOS (q.e.p.d.) pues al plenario no se aportó el Registro Civil de Defunción. Dicha norma en su parte pertinente señala:

**ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

---

<sup>1</sup> Expediente administrativo aportado por Colpensiones Cd folio 53.

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

(..)

c) *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 y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup>.*

Conforme a tal normativa, sea lo primero advertir, como se indicó anteriormente, en el asunto no se discute la calidad de beneficiario que ostenta el señor ALVARO SANDOVAL como compañero permanente supérstite de la señora ROSA MARÍA MENDEZ PALACIOS (Q.E.P.D), situación que además de haber sido así reconocida por la encartada en la Resolución SUB 216141 de 2018, no fue objeto de controversia en el proceso en tanto no se discutió el cumplimiento de los requisitos a los que se refiere la preceptiva transcrita.

Sin embargo, advierte el señor SANDOVAL, la mesada le fue reconocida solo en un 50%, por cuanto el 50% restante se dejó en suspenso hasta determinar el posible derecho que les asistía a ROSA DEL PILAR y a BLANCA STELLA SANDOVAL como hijas supérstites de la causante.

Al respecto se tiene, de conformidad con los registros civiles de nacimiento de ambas incorporado al expediente (folios 14 y 15) ROSA DEL PILAR y BLANCA STELLA SANDOVAL MENDEZ, en efecto, son hijas de la señora MENDEZ PALACIOS (Q.E.P.D); sin embargo se observa de los mismos que la primera nació el 10 de enero de 1969 (folio 15) y la segunda el 11 de diciembre de 1964 (folio 14), por lo que, al 20 de mayo de 2018 (fallecimiento del la *de cujus*) ROSA DEL PILAR contaba con 49 años y BLANCA STELLA con 53, y en esa

---

<sup>2</sup> *Expresión subrayada 'hasta los 25 años' declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-451-05 de 3 de mayo de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández y la expresión subrayada "si dependían económicamente del causante" declarada EXEQUIBLE, por los cargos analizados por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-066-16 de 17 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo.*

medida, conforme al literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, es claro que no les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el deceso de su progenitora, pues este, entratándose de los hijos del causante, solo se otorga siempre y cuando tengan 18 o menos años de edad o hasta 25 años si se acredita la imposibilidad de trabajar en virtud de sus estudios, condiciones que no se cumplen en autos.

En esa dirección conforme lo señalado en el Decreto 1889 de 1994<sup>3</sup> artículo 8, párrafo 1°, la parte de la pensión que se dejó suspendida (50%) por el posible derecho en cabeza de BLANCA STELLA y ROSA DEL PILAR SANDOVAL MENDEZ (hijas de la causante), deberá acrecentar la porción de ALVARO SANDOVAL quien ostenta la calidad de beneficiario como compañero permanente supérstite, debiendo por tanto levantarse la reserva del 50% de la mesada dispuesta por COLPENSIONES, lo cual da lugar, sin más consideraciones, al reconocimiento del 100% de la prestación a su favor por no existir otro beneficiario de la citada pensión de sobrevivientes.

Ahora, aunque el juez de primer grado no concretó la condena por el retroactivo causado en virtud del acrecentamiento pensional, por razón del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, procede la Sala a efectuar los cálculos aritméticos correspondientes a efectos de adicionar la sentencia de primera instancia en este sentido, advirtiendo, según la resolución SUB 216141

---

<sup>3</sup> **ARTICULO 8o. DISTRIBUCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.8.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:

1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.

A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.

(...)

PARAGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

PARAGRAFO 2o. La extinción del derecho de los beneficiarios del orden indicado en el numeral 1o. de este artículo, implicará la expiración de la pensión sin que pase a los siguientes órdenes.

de 2018 expedida por COLPENSIONES la última mesada pensional reconocida a la señora ROSA MARIA MENDEZ PALACIOS (Q.E.P.D) correspondía a \$781.242 (SMLVM para el año 2018) valor este le fue sustituido al demandante solo en un 50%, lo que arroja una diferencia a cancelar a favor de ALVARO SANDOVAL de \$ 13.441.002<sup>4</sup>, entre el 20 de mayo de 2018 y el 30 de septiembre de 2020 y así se dispondrá.

En lo atinente a la indexación solicitada, a la cual accedió el Juzgador inicial, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, no erró el Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado del 50% de la mesada pensional de sobrevivientes dejada en suspenso, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la misma y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, por lo

4

AÑO	VALOR MESADA	PORCENTAJE INCREMENTADO (50%)	DIFERENCIA MESADAS ADEUDADAS	SUBTOTAL
2018	\$ 781.242	\$ 390.621	8,333333333	\$ 3.255.175
2019	\$ 828.116	\$ 414.058	14	\$ 5.796.812
2020	\$ 877.803	\$ 438.902	10	\$ 4.389.015
<b>TOTAL</b>				<b>\$ 13.441.002</b>

que procede la indexación de la indemnización hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada al accionante.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (folio 48)<sup>5</sup>, se tiene que la prestación fue reconocida mediante acto administrativo SUB 216141 de 15 de agosto de 2018, notificada al actor el 17 siguiente según se advierte del expediente administrativo incorporado por Colpensiones en medio magnético (folio 53), siendo incoada la reclamación administrativa el 21 de febrero de 2019 (Cd folio 53) y la acción judicial el 18 de marzo siguiente (folio 1), por lo que es claro que no operó el término trienal a que se refieren los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T.

Pues bien, agotada la competencia de instancia, surtido el grado jurisdiccional de consulta, se procede a adicionar la sentencia de primer grado únicamente con el fin de determinar el valor del retroactivo, en los términos antedichos.

**SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de Consulta.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de indicar que COLPENSIONES deberá cancelar a favor del señor ALVARO SANDOVAL la suma de \$13.441.002, por concepto de retroactivo causado entre el 20 de mayo de 2018 y el 30 de septiembre de 2020, sin perjuicio de las diferencias causadas con posterioridad en virtud del acrecentamiento de la pensión de sobrevivientes dispuesto a favor de dicho beneficiario.

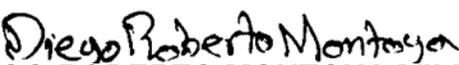
---

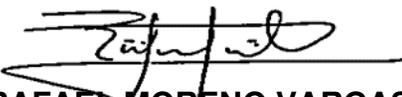
<sup>5</sup> La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 1 de agosto de 2019 (folio 57).

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el JUZGADO TREINTA Y OCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, de conformidad con las consideraciones expuestas.

**TERCERO: SIN COSTAS** en el grado de jurisdiccional de Consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

  
RAFAEL MORENO VARGAS

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL  
BOGOTÁ D.C.**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FRÉDÉRIC NOEL MASSÉ CONTRA LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (RAD. 38 2018 00482 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 448 a 459 y 460 a 471), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

**S E N T E N C I A**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de mayo de 2019 (Cd fl. 438, récord 01:38:39 acta a folio 437) en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por FRÉDÉRIC NOEL MASSÉ, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.***

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

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

***CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia CONSÚLTESE con el superior.”***

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se acceda a todas las pretensiones de la demanda, principales o subsidiarias.

En sustento de ello, refiere en primer lugar, en el libelo se pidió la declaratoria de una única vinculación laboral desde el 9 de marzo de 2009, pues considera, los denominados contratos 101 son exclusivos para docentes, y aunque en virtud de los mismos el actor desarrolló funciones académicas, también realizó algunas de carácter administrativo o de investigación. En esa misma dirección, sostiene, no se tuvo en cuenta el reglamento interno de trabajo que determina quiénes tienen la calidad de docentes, así como tampoco, se atendió el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Frente a este punto alude, además, no se valoraron las certificaciones expedidas por la encartada en la que se pueden verificar que el actor laboró del 9 de marzo de 2009 al 30 de noviembre de 2011 y del 1 de diciembre de 2011 al 4 de septiembre de 2017, esto es, sin solución de continuidad, documentos que en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema, dice, deben ser atendidos.

Señala, no puede partirse de la premisa de que la modalidad contractual fue acordada mediante la suscripción de una serie de instrumentos, porque *“de antaño ya es un debate superado que los contratos laborales son contratos de adhesión”* siendo los empleadores quienes establecen las condiciones.

Con relación al despido, pone de presente que la Universidad Externado de Colombia no es *“cualquier ente privado”* sino una institución de educación superior, y en esa medida, en ejercicio de *“la autonomía de la voluntad que sí se permite para otro tipo de entes privados”* no podía despedir al trabajador sin justa causa con fundamento en el artículo 64 del C.S.T., porque, en su criterio, dicha potestad estaba condicionada por principios de derechos fundamentales y normas de carácter constitucional y legal, particularmente, la libertad de expresión bajo el Estado Social de Derecho que garantiza el *“debate democrático”*. Opina, aunque se trata de una discusión judicial compleja esta fue obviada.

En ese orden, manifiesta, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que ninguna institución educativa “*puede ampararse en la autonomía de la voluntad del empleador para despedir (...) docentes en vulneración de su libre expresión*”, siendo esto, lo que en su sentir, debió estudiarse en detalle, por ser ello lo que motivó su despido.

De otra parte, indica, esa autonomía del empleador también encuentra límites en el debido proceso que debió tenerse en cuenta “*si la real motivación fue lo que adujo la demandada*”, esto es, el desempeño del actor.

Insiste, el reintegro pretendido no encuentra asidero en una estabilidad laboral reforzada por ningún tipo de fuero que eventualmente tuviera el demandante, sino en la violación del derecho fundamental de la libre expresión dentro de una institución universitaria, el cual reconoce no está amparado en normas legales, advirtiendo, la indemnización tarifada no resarce la posibilidad de realizar una crítica a la institución y deliberar sobre la misma, siendo la única forma de reparación la reinstalación al trabajo.

Alude no ser válido el argumento de la enjuiciada de no motivar el despido y presentar al demandante una carta sin justificación soportada en el riesgo judicial, pues si se suponía que el actor estaba desempeñando mal sus funciones debió adelantarse el proceso disciplinario en el que se le diera la oportunidad de defenderse y aportar pruebas, nunca se pidió “*que se le hiciera el regalo de otorgarle una indemnización*” pues lo que el actor quería era que se le permitiera seguir dando un debate al interior de la entidad en ejercicio de su cargo.

Sugiere, no se valoró el correo electrónico y lo confesado en la contestación de la demanda en la que se pretendió “*cambiar la motivación*” o expresar la supuesta motivación real de la terminación del contrato de trabajo del actor con la que, alude, se trasgreden otros derechos fundamentales como el buen nombre y la honra, al señalarse que este había tenido un mal desempeño, que su trabajo había sido un perjuicio para la Universidad y aludiendo una deficiencia en su gestión, obviándose el procedimiento para la imposición de esa sanción disciplinaria.

Acude al principio de la primacía de la realidad para advertir la obligación que existía de dilucidar las motivaciones reales del despido, derivadas de derechos fundamentales, y en esa medida, si se insinúa que el demandante incumplió con sus obligaciones, la pasiva *“debió en su (...) oportunidad adelantar todo el trámite legal y no vulnerar los derechos de defensa, de contradicción del señor Massé”*.

Con todo, considera procedente el reintegro junto con el pago de salarios y prestaciones desde el 5 de septiembre de 2017, los intereses moratorios, los perjuicios materiales y morales, la indexación y demás principales.

Respecto a la peticiones subsidiarias, apunta, debe considerarse que es la universidad quien certifica una única vinculación, así como tenerse en cuenta que las liquidaciones de los contratos a las que se refirió el *a quo* no contemplaron pago alguno de indemnización, por lo que, siendo un solo contrato, procede la reliquidación la indemnización por despido teniendo en cuenta todo el tiempo laborado.

Igualmente, frente a la sanción moratoria también subsidiaria, pide se considere que la demandada canceló salarios y prestaciones días después de finalizada su vinculación el 4 de septiembre de 2017<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *“Muchas gracias señor Juez. De manera respetuosa manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de las decisiones anteriormente adoptadas por el despacho, en cuanto a los siguientes puntos, es decir a los reseñados en las pretensiones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y a las pretensiones subsidiarias 10, 11.*

*Empiezo deshilando la argumentación del Señor Juez, en materia de la decisión. En lo referente y para ir en orden a la vinculación del Señor Frédéric Massé, quiero poner de presente que aquí se solicitó la existencia de una única vinculación laboral desde el 9 de marzo de 2009, en consideración a que el contrato que regula el contrato del 101, regulado específicamente en el CST, es un contrato que tiene una regulación específica para los trabajadores de las instituciones de educación superior.*

*Desafortunadamente en la decisión adoptada por el Señor Juez, no se tuvo en cuenta, ni para el estudio de las pretensiones principales como de las subsidiarias que no estamos frente a cualquier entidad privada o cualquier ente privado, estamos ante una Universidad que tiene unas condiciones de regulación específicas en la legislación colombiana y que atienden a varios intereses e intereses distintos y no necesariamente a los mismos intereses de cualquier sociedad comercial.*

*El Señor Juez, ha dicho que se encontró demostrado que hubo varias vinculaciones laborales entre enero de 2009 y diciembre de 2016, enero de 2010 y diciembre de 2010, entre 2011 y diciembre, perdón, noviembre de 2011, y una última vinculación laboral a partir del 1 de diciembre de 2011 y hasta el 4 de septiembre de 2017; para eso soporta sus consideraciones en los distintos documentos denominados contratos del artículo 101.*

*Sobre la primera argumentación y quiero insistir en que el Señor Massé, claro, tenía funciones académicas porque estaba en una institución académica, pero sus labores eran administrativas o de investigación. El artículo 101, también desarrollaron el reglamento interno del trabajo que no menciono el Señor Juez y no tuvo en cuenta para soportar su decisión, establece específicamente quienes tienen la calidad de docente y pueden ser vinculados a la institución a través del artículo 101 y quienes tienen la calidad dentro de la misma*

---

*institución Externado de administrativos, en este supuesto fue que se solicitó se ubicara al Señor Massé, por ser esta la realidad y aquí también debo solicitar se tenga en cuenta el principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas de vinculación, por ser esta la realidad que rigió el contrato de trabajo del Señor Massé.*

*No se tuvo tampoco en cuenta, por parte del Señor Juez, pese a estar aportado dentro del expediente las certificaciones que la misma Universidad Externado de Colombia, expidió a nombre del demandante en las que registra los tiempos de vinculación, es de anotar que la CSJ, tiene jurisprudencia pacífica en este sentido, que citare en oportunidad la referencia ante los Magistrados, y esta jurisprudencia pacífica dice que debe atenderse si el empleador expide una certificación dando cuenta de una situación laboral debe atenderse a esto porque quiere decir que esta con esto validando como se dan las condiciones.*

*Como le digo Señor Juez, citare en la oportunidad la referencia de la sentencia, porque no se tuvieron en cuenta en las certificaciones que obran dentro del expediente esta soportado que el Señor Massé, laboró del 9 de marzo de 2009 al 30 de noviembre de 2011, y así lo certifica la Universidad y del 1 de diciembre de 2011 al 4 de septiembre de 2017, es decir, no hubo solución de continuidad porque es imposible que lo haya si entre el 30 de noviembre de 2011 y el 1 de diciembre de 2011.*

*Además, la realidad contractual del Señor Massé, era que pese a que se le hicieron suscribir unos documentos denominados contratos 101 que no procedían para su caso y que tienen una regulación específica e insisto, no son aplicables a todo tipo de trabajadores incluso a todo tipo de trabajadores que se encuentre dentro de una institución académica, no podía ser esta la vinculación.*

*El Señor Juez, ha dicho aquí en su decisión que la modalidad contractual fue acordada y fue vinculada, pero obvia que es de antaño ya es un debate superado que los contratos laborales son contratos de adhesión, es decir, los empleadores son quienes establecen las condiciones y los empleadores dada su condición de subordinación y la desigualdad existente entre las partes que también de antaño teóricamente y jurídicamente está así establecido, se someten a este tipo de condiciones porque necesitan el empleo, es decir, el hecho de que se hayan firmado una serie de documentos no necesariamente le dan plena validez a la información y es por eso que se estableció en la Constitución, por fortuna, el principio de primacía de la realidad sobre las decisiones jurídicas, perdón, sobre las vinculaciones jurídicas y es por eso, que se aplica en la mayoría de casos y se atienden a las condiciones reales contractuales y a las condiciones de los trabajadores.*

*Aquí se desconocieron las funciones y se desconocieron las labores específicas que cumplía el Señor Massé, las cuales, no podían estar bajo ningún motivo amparadas contractualmente bajo vinculación de 101.*

*En ese sentido, y en el sentido también expuesto a lo largo de todo el debate, solicito se revise este primer punto, y esta primera decisión del Señor Juez, atendiendo las pruebas obrantes dentro del expediente que dan cuenta que el contrato fue uno solo desde el 9 de marzo de 2009 y pues esta circunstancia obviamente condiciona algunas de las pretensiones de la demanda.*

*Quiero referirme en punto al despido y esto por cuanto el Señor Juez, pese a que dice que no podía entrar a estudiar las circunstancias especiales dado que se solicitó que la existencia del contrato de trabajo desde el 9 de marzo y no de varios contratos de trabajo y que este era el motivo, lo hizo, estudió las condiciones y las circunstancias del despido.*

*Quiero poner de presente nuevamente, que el Señor Juez, desafortunadamente no tuvo en cuenta que la Universidad Externado de Colombia no es cualquier ente privado y por lo tanto, la autonomía de la voluntad que es según la argumentación dada por el Juzgador lo que entiendo a condicionado su decisión, es decir, la autonomía de la voluntad que si se permite para otro tipo de entes privados y que no tienen ninguna limitación para otro tipo de entes privados, no tiene condición y por ende el empleador podía despedir a un trabajador amparado en el artículo 64 y sin justa causa, es decir, con el pago de una indemnización.*

*Reitero, está condicionada para un ente especial como es la Universidad Externado de Colombia, que es un ente de Educación Superior, está condicionada por principios y por derechos fundamentales y normas de carácter constitucional y legal, esta especial circunstancia que no fue tenida en cuenta dentro de la decisión condiciona que la autonomía de la voluntad de la Universidad Externado de Colombia está limitada y por ende, no puede vulnerar la libertad de expresión ni ningún derecho fundamental para amparar un despido.*

*Esto fue lo que se solicitó, yo entiendo que la decisión en este caso era una decisión compleja pero desafortunadamente la argumentación completa de la demanda, de la reforma de la demanda y la argumentación que se encuentra en el expediente fue obviada en este sentido y no se consideró que la libertad de expresión frente a instituciones de educación superior tiene una especial característica en el sentido de que en un Estado Social de Derecho garantiza la deliberación crítica, garantiza el debate*

---

democrático, garantiza otras serie de condiciones que se dan en este tipo de entes, que tienen una utilidad común y un fin distinto al de una mera empresa o el de cualquier sociedad comercial.

Reitero, la Corte Constitucional ha sido enfática en este punto y en señalar que ninguna Universidad ni ninguna institución de educación ni básica, ni media, ni superior, puede soportarse o ampararse en la autonomía de la voluntad del empleador para despedir tanto a estudiantes, trabajadores, docentes en vulneración de su libre expresión.

Es por eso que las circunstancias específicas de cómo se ejerza la libertad de expresión y de cómo se expresan las argumentaciones dentro de este tipo de instituciones debía ser revisada en detalle y debía ser estudiada, y solicito a los Señores Magistrados que así se haga.

No se validó dentro del expediente que no solamente fue la expresión del Señor Massé, de los dichos o de unas situaciones sino que esto fue lo que condicionó y lo que motivó su real despido dentro de la institución. Adicional a esto, esta autonomía también se encuentra condicionada y limitada esta autonomía del empleador se encuentra limitada por el debido proceso que es otro derecho fundamental que tenemos consagrado en nuestra legislación y este debido proceso también como se dijo debía tener en cuenta y por eso se hizo énfasis en lo regulado en el reglamento interno de trabajo y en otro tipo de disposiciones debía tenerse en cuenta si la real motivación que fue lo que adujo la demandada a lo largo, reitero, de la contestación, la acción de tutela, otros memoriales y la contestación a esta demanda, fue el desempeño del actor.

En ese sentido debe estudiarse, la argumentación aquí señalada por el Señor Juez. Es importante señalar que el reintegro que aquí se solicita no es un reintegro y pues si bien se señaló por el Señor Juez, no es un reintegro que esta amparado por la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad, por ningún tipo de fuero, esto no fue lo que se solicitó, la protección se solicitó de reintegro fue amparada en la violación al derecho fundamental de la libertad de expresión dentro de una institución universitaria y es por esto que en este sentido debía estudiarse esta demanda.

La indemnización tarifada no resarce en ningún sentido ni en ninguna medida, la posibilidad de que una persona que ha hecho una manifestación crítica en una institución en la que se respeta o la que se debe de respetar las posibilidades de deliberar, no resarce esto, en la medida en que la persona por fuera de la institución no puede seguir haciendo uso de esta facultad deliberativa frente a la misma Universidad.

La Corte Constitucional ha hecho énfasis de la especial condición que tiene este reintegro pues las normas legales claramente no amparan esta circunstancia, es decir, una indemnización tarifada y una suma económica no puede de ninguna forma resarcir la posibilidad de que la persona pueda seguir dando el debate que está dando al interior de una institución en la que tiene la posibilidad de conformidad con las normas constitucionales de dar un debate crítico y de participar en el debate crítico, entonces, la única posibilidad para que esta persona pueda ver resarcido sus derechos es el reintegro y en ese sentido fue que se solicitó.

Otro de los argumentos, es que la política de la entidad de no motivar el despido y presentar al demandante una carta sin justificación estaba soportada en la asociación al riesgo judicial, no es válido este argumento, en el sentido de que lo que se solicitó en el sentido de un proceso disciplinario si se suponía que el Señor Massé estaba desempeñando mal sus funciones, no es una dádiva, así se dijo también en innumerables oportunidades en los escritos presentados y es la posibilidad de que el trabajador, tenga derecho a defenderse a presentar pruebas, a presentar descargos de conformidad con el mismo reglamento interno de trabajo de la Universidad y con las disposiciones constitucionales y legales no es un regalo que se le hace al trabajador, es un derecho que esta soportado en condiciones constitucionales de defensa y debido proceso que atienden a fines superiores a fines legales.

El trabajador aquí en ningún momento solicitó que se le hiciera el regalo de otorgarle una indemnización y permitirle continuar su vida profesional desligado de la Universidad, lo que exigía el trabajador era que se le permitiera seguir dando el debate crítico que estaba dando al interior de la entidad y continuar con su cargo, porque se está buscando una protección distinta una protección soportada en un debate que atiende a unos fines distintos.

Otro de los argumentos en punto al tema de la desvinculación que no quiero que se me escape ninguno. Bueno, para ampliar un poco la argumentación en el tema de reintegro no condicionado a una sola vinculación laboral, ya se dijo pues aquí que está demostrado que si hubo una sola vinculación pero aun y en gracia de discusión el Juez, sí estaba facultado para estudiar de conformidad con las normas que actualmente se encuentran vigentes en el ordenamiento tanto en el CST en el CPT y el ordenamiento

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

---

*constitucional, si estaba facultado para estudiar la generalidad de las condiciones en que se dio porque además aquí se está solicitando un reintegro amparado en normas y en derechos fundamentales.*

*Aunado a lo anterior, quiero poner de presente y para que no quede en la segunda instancia nada por fuera de estudio, que hubo pruebas que no se tuvieron en consideración, estas pruebas como se señaló, pues en especial es el correo electrónico, también lo confesado en la contestación de la demanda y lo confesado también en tutela por parte del representante judicial en cuanto al despido del Señor Massé, es decir, se pretendió con estas contestaciones cambiar la motivación o dar o expresar la supuesta motivación real de la terminación del contrato de trabajo del Señor Massé, soportado además en otras vulneraciones de los derechos del Señor Massé, como es el derecho al buen nombre, a la honra, y a parte pues porque se dijo a lo largo de estos dos escritos y puedo citar e innumerables frases, se dijo que el Señor Massé, se había desempeñado por más de 8 años, que había tenido un mal desempeño, que todo su trabajo había generado un perjuicio para la Universidad Externado de Colombia, se dijo también y voy a citar algunos apartes para que no quede margen de duda, se dijo también que hubo deficiencia en la gestión del demandante y se obvió todo el procedimiento que está en el reglamento para interponer sanciones, para interponer cualquier tipo de sanciones disciplinarias en este sentido.*

*Cito pagina 17 de la contestación de la demanda: “pero una vez más se evidencia de la incapacidad de gestionar y adelantar sus funciones correctamente”, en ese hecho se dice, y se dice también, y se confiesa en las motivaciones de la contestación de la demanda lo siguiente: “el despido no fue arbitrario obedeció a razones objetivas por incumplimiento de las obligaciones contractuales y por el bajo desempeño del Señor Massé”.*

*La circunstancia de la primacía de la realidad sobre la motivación real del despido y este principio también es aplicable para evaluar las motivaciones reales de un despido más, cuando se está diciendo que el despido no obedeció a motivaciones derivadas de derechos fundamentales, debía dilucidarse.*

*Y en este sentido si la demandada está pretendiendo decir que el Señor Massé, incumplió con sus obligaciones contractuales y con sus obligaciones legales, pues debió haber en su oportunidad adelantar todo el trámite legal y no vulnerar los derechos de defensa de contradicción, del Señor Massé.*

*Frente a las demás pretensiones y como quiera que la pretensión de no solución de continuidad está condicionada al reintegro, también al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones desde el 5 de septiembre de 2017, así como los intereses moratorios, perjuicios materiales y morales, la indexación y las demás pretensiones principales pues al ser estas accesorias solicito que se revisen en consideración a la argumentación anteriormente expuesta y aquí esgrimida.*

*Además de esto y frente a las pretensiones subsidiarias solicito también que se tenga en cuenta y se revise nuevamente la documental que obra dentro del expediente en donde se da cuenta y es la misma Universidad quien certifica una única vinculación, además de esto téngase en cuenta que las liquidaciones que señala el Señor Juez, de soporte de interrupción de contratos o de pago no contempla ninguna de ellas indemnización, entonces, esta pretensión subsidiaria de reliquidación teniendo en cuenta todo el tiempo laborado, pues deberá entender a esta circunstancia que se encuentra probada documentalmente.*

*La indemnización moratoria también subsidiaria, atiende a que el Señor Massé, como reitero, se expuso en los hechos de la demanda y se encuentran pruebas documentales se le cancelaron salarios y prestaciones días después de finalizada su vinculación el 4 de septiembre de 2017.*

*Teniendo en cuenta que se han señalado los puntos objeto de apelación y se han presentado las argumentaciones frente a la decisión del Señor Juez, solicito se revise la decisión aquí emitida por parte del superior y en este sentido se revoque y se acceda a todas las pretensiones de la demanda, principales o subsidiariamente a las ya reseñadas.*

*Gracias.”*

## CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante FRÉDÉRIC NOEL MASSÉ las pretensiones relacionadas a folios 1 y 2, sustentadas en los supuestos fácticos narrados a folios 3 a 13 y 266 a 269,** las cuales están encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 9 de marzo de 2009 y se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que desempeñaba el 4 de septiembre de 2017 y a la ejecución de las responsabilidades académicas que estaban bajo su dirección, por haber sido despedido con ocasión del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de pensamiento y de expresión dentro del ámbito de la participación en las instituciones universitarias o de educación superior y a la libertad de cátedra, enseñanza e investigación, por lo cual el contrato de trabajo no ha sufrido solución de continuidad ni ha tenido modificaciones en su modalidad desde el 9 de marzo de 2009, junto con los salarios, vacaciones, aportes a seguridad social y demás acreencias laborales dejadas de percibir desde el 5 de septiembre de 2017 y durante el lapso que permanezca cesante en adelante, con los incrementos legales, extralegales y constitucionales a que haya lugar en cuantía que se probare en juicio, los intereses moratorios causados sobre las sumas dejadas de cancelar, los perjuicios materiales y morales irrogados contemplados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la indexación, los derechos ultra y extra petita y las costas. En subsidio, se disponga la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa contemplada en el artículo 64 del C.S.T. teniendo en cuenta todo el tiempo efectivamente laborado, ordenando el pago de la diferencia entre lo causado y lo pagado, así como se reconozca y pague la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

**Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por la parte actora, luego de considerar que el demandante no había logrado demostrar la existencia de un único contrato de trabajo, sino cuatro, y en esa medida, encontrándose soportadas las peticiones en un único contrato, con fundamento en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, no podía entrar a analizar las pretensiones condenatorias por no haber sido así pedido en el escrito petitorio, lo que incluía el análisis de la terminación el contrato que en últimas era el objeto principal del debate. Sin embargo, en gracia de la discusión, consideró que el despido atendió una de las causas legales con el

correspondiente pago de la indemnización que equivale al pago o reparación de perjuicios que excluye la verificación de una razón subyacente.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

No es objeto de controversia en esta instancia que los vínculos suscitados entre las partes en el periodo comprendido entre el 9 de marzo de 2009 y el 4 de septiembre de 2017, tenían el carácter de laborales, situación que fue en esos términos establecida por el juez de primer grado, sin que frente a la naturaleza de tales vínculos se haya formulado objeción o reparo alguno en la alzada.

Así pues, la inconformidad expuesta en el recurso por la parte actora se concreta, en primera medida, en el hecho de que no se haya declarado la unidad contractual o la existencia de un único contrato de trabajo, en aplicación del principio de la primacía de la realidad.

En esa dirección, procede la Sala con el análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos, advirtiendo únicamente la presencia en el expediente de pruebas documentales, de las que se destacan las siguientes:

- *“Contrato artículo 101 (C.S.T)”* (folio 54) suscrito entre las partes el 20 de enero de 2009 por el periodo lectivo cuyo inició se supeditó a la renovación de la visa de trabajo, adscrito a la unidad académica de *“Facultad de finanzas, gobierno y relaciones internacionales – CIPE”* para desempeñar el cargo de codirector CIPE, dedicación tiempo completo, periodo académico I y II SEMESTRE, responsabilidades de carácter docente *“Coordinación líneas investigativas del CIPE- centro posgrados, Codirección Líneas de Investigación CIPE, total horas a la semana 48”*. Salario integral, con fecha de final 16 de diciembre de 2009, el cual tiene por objeto:

*“**Segunda.- Objeto del Contrato.** Se concreta en las responsabilidades y la carga docente del TRABAJADOR respecto de las actividades investigativas y de*

*enseñanza de las materias que se determinan e identifican en la casilla No. 6 del presente documento”*

- Liquidación de contrato que tiene como fecha de ingreso el 9 de marzo de 2009 y de retiro 16 de diciembre de 2019, tipo de contrato “101”, posición Codirector (folio 55).
- Certificaciones laborales expedidas por el Director de Recursos Humanos de la Universidad Externado de Colombia el 10 de junio de 2009 (folio 62), 19 de agosto de 2010 (folio 80), 9 de marzo de 2011 (folio 59), 14 de enero de 2014 (folio 106), 22 de mayo de 2014 (folio 108), 4 de septiembre de 2017 (folio 143), última en la cual se hace constar:

*“Que el doctor FREDERIC NOEL MASSE (...) estuvo vinculado a nuestra Institución en la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, según se especifica a continuación:*

*Del 1° de octubre de 2004 al 15 de diciembre de 2005, durante los respectivos periodos académicos mediante contrato artículo 101 (C.S.T.) de tiempo completo como docente investigador.*

*Del 10 de enero de 2006 al 14 de diciembre de 2007, mediante sendos contratos a término fijo de tiempo completo como coordinador del doctorado.*

*Desde el 09 de marzo de 2009 al 30 de noviembre de 2011, mediante contrato artículo 101 C.S.T de tiempo completo como codirector CIPE.*

*Desde el 1° de diciembre de 2011 a la fecha, mediante contrato a término indefinido tiempo completo”*

- *“Contrato artículo 101 (C.S.T)”* (folio 64) suscrito entre las partes el 12 de enero de 2010 por el periodo lectivo, adscrito a la unidad académica de *“Facultad de finanzas, gobierno y relaciones internacionales – CIPE”* para desempeñar el cargo de codirector CIPE, dedicación tiempo completo, periodo académico I y II SEMESTRE, responsabilidades de carácter docente *“Coordinación líneas investigativas del CIPE- centro posgrados, Codirección Líneas de Investigación CIPE, y demás tareas asignadas, total horas a la semana 48”*. Salario integral, con fecha de final 15 de diciembre de 2010, el cual tiene idéntico objeto al contrato anterior.
- Pago de nómina enero de 2010, en el que se refiere al demandante en el

cargo de profesor (folio 65).

- Comunicación dirigida a Sanitas EPS el 12 de enero de 2010, solicitando la reactivación de varios funcionarios que se vincularían a esa institución, entre ellos, el demandante (folio 69).
- Novedad de ingreso COMPENSAR de 12 de enero de 2010, en los cuales se incluye al actor (folio 70)
- Oficio con destino a PORVENIR en el cual se pide reactivación de la afiliación del convocante y otros trabajadores, calendado 12 de enero de 2010 (folio 72).
- Otrosí al contrato 101 de 2010, en el que se modifica la fecha de terminación fijándola el 17 de diciembre de 2010 y se cambia el valor del salario devengado por el trabajador (folio 76)
- Otrosí 2 al contrato 101 de 2010 (folio 77) en el que se adiciona la cláusula segunda con la siguiente actividad *“Cátedra Metodológica” en la Maestría de análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, con una intensidad de 3 horas a la semana, del 1 de febrero al 11 de junio de 2010”*.
- Liquidación de contrato 101 con fecha de ingreso 12 de enero de 2010 y de terminación 17 de diciembre de 2010, posición codirector (folio 82).
- Comunicación dirigida a Sanitas EPS el 11 de enero de 2011, solicitando la reactivación de varios funcionarios que se vincularían a esa institución, entre ellos, el demandante (folio 84).
- Novedad de ingreso COMPENSAR de 11 de enero de 2011, en los cuales se incluye al actor (folio 85) y certificado de afiliación expedido por esa Caja de Compensación el 17 de enero de 2011 en la que consta que el señor MASSÉ se afilió a dicha entidad el 11 de enero de 2011 (folio 87).
- Oficio con destino a PORVENIR en el cual se pide reactivación de la afiliación del convocante y otros trabajadores, calendado 12 de enero de 2010 (folio 72).

- Contrato de trabajo pactado por el periodo lectivo artículo 101 del C.S.T, actividades docentes, con fecha de inicio 24 de enero de 2011 y de terminación 16 de diciembre de ese mismo año, el cual tiene idéntico objeto y obligaciones a los anteriores (folio 93).
- Memorando del 3 de octubre de 2011 dirigido a Rector de la Universidad demandada por parte del Director de Recursos Humanos en el que propone *“pasar a contrato a término indefinido a todos aquellos docentes de la universidad con contrato 101 que posean título de Doctorado”* (folio 94), así como misiva del 31 siguiente en la cual se indica que *“con el propósito de proceder a implementar la política de pasar a contrato a término indefinido a todos aquellos docentes de la Universidad con título de doctorado, me permito solicitar su autorización para suscribir las respectivas modificaciones a los contratos con fecha 1° de noviembre de 2011”* (folio 95).
- Comunicación del Rector dirigida al demandante en el que se le informa (folio 97):

*“Me es muy grato informar que el Consejo Directivo de la Universidad en su sesión del pasado miércoles 30 de noviembre, dispuso modificar el contrato laboral de los Profesores Investigadores con título de Doctor, celebrados por tiempo definido o con arreglo al artículo 101 del C.S.T., para que en lo sucesivo se rijan con las reglas del contrato a término indefinido.*

*Cierto de la ventaja de esta innovación que infundirá mayor confianza y seguridad a nuestro cuerpo académico, y que robustecerá su compromiso con la universidad (...).”*

- Copia de la liquidación de contrato que tiene como fecha de ingreso el 24 de enero de 2011 y como terminación el 30 de noviembre de 2011 (folio 98).
- Contrato individual de trabajo a término indefinido, salario integral, celebrado por las partes para que el actor desempeñara el cargo CODIRECTOR CIPE, unidad académica Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, cuyo objeto se concreta *“en las actividades académicas, investigativas y administrativas del trabajador respecto de las obligaciones y responsabilidades inherentes al cargo de CODIRECTOR*

*DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES Y PROYECTOS ESPECIALES CIPE, adscrito a la FACULTAD DE FINANZAS, GOBIERNO Y RELACIONES INTERNACIONALES, de conformidad con el reglamento orgánico interno” (folios 99 y 100).*

- Otrosí al anterior contrato, por el cual se cambia la actividad principal a Dirección del CIPE (folio 114).
- Misiva fechada 4 de septiembre de 2017 (folio 141), dirigida al señor FREDERIC NOEL MASEE por la cual la demandada da por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y con el pago de la correspondiente indemnización a partir de la finalización de esa jornada.
- Liquidación de contrato con fecha de ingreso 1 de diciembre de 2011 y de retiro 4 de septiembre de 2011 con motivo de retiro “*despido injustificado*” (folio 148).

Conforme a lo anterior, esta Sala de decisión advierte, una vez valoradas todas las pruebas del proceso bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, no existió un único vínculo contractual como lo petitiona la parte actora, pues según los contratos adosados y las liquidaciones de los mismos, se evidencian 3 relaciones de trabajo, así, tal como procederá a exponerse:

- i) Del 9 de marzo al 16 de diciembre de 2009
- ii) Del 12 de enero al 17 de diciembre de 2010
- iii) Del 24 de enero de 2011 al 4 de septiembre de 2017.

Los dos primeros bajo la modalidad prevista en el artículo 101 del C.S.T y la última a término indefinido.

Al punto importante es señalar según el régimen docente de la Universidad Externado de Colombia, expedido mediante Resolución del 1º de septiembre de 2008 (folios 183 a 186) “*un profesor es la persona contratada por la Institución para realizar actividades relacionadas con la enseñanza y el estudio del saber y su acrecentamiento, depuración y renovación; la investigación científica; la*

*extensión de sus servicios a la comunidad; y la administración académica”<sup>2</sup>* (folio 182). Ahí mismo se indica que “*el profesor que a la vez ejerza funciones directivas o administrativas no perderá su condición de profesor ni los derechos y deberes que le otorga la presente resolución que organiza el régimen docente”* (folio 82 vto.)

En consonancia con dicha reglamentación, pese a que la denominación del cargo señalado en los llamados “*contrato artículo 101 (C.S.T)*” (folios 54, 64 y 93) fue la Codirector CIPE, esa circunstancia, de cara al reglamento de la universidad no descarta su connotación docente pues en últimas sus funciones eran de investigación; así se extracta de su objeto en el que se especifica como responsabilidad de carácter docente la “*coordinación de líneas de investigación”*, esto es, su carga docente, se insiste, estaba representada en actividades investigativas que perfectamente se enmarcan en la labor docente a la que se refiere la Institución llamada a juicio, precisando, si en virtud de dichos contratos ejecutó tareas administrativas, de todas formas no perdió su calidad de educador.

De igual forma, la duración de tales vínculos era por periodos académicos, advirtiendo, en lo que tiene que ver con estos -los 2 primeros contratos-, la Ley 115 de 1994 “*Ley general de Educación”*, señala en su artículo 198<sup>3</sup> lo relativo a la contratación de educadores privados y el artículo 196<sup>4</sup> *ejusdem* consagra que el régimen laboral de estos es el del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, se rigen por las previsiones del artículo 101 de esa codificación, contrato respecto del cual se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia por ejemplo en sentencia del 23 de abril de 2001 Rad. 15.623, en la cual se señala el carácter sui generis del contrato docente así:

---

<sup>2</sup> Negrillas de la Sala.

<sup>3</sup> “**ARTÍCULO 198. CONTRATACIÓN DE EDUCADORES PRIVADOS.** *Los establecimientos educativos privados, salvo las excepciones previstas en la ley, sólo podrán vincular a su planta docente personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica, con título en educación, expedido por una universidad o una institución de educación superior.*”

**PARÁGRAFO.** *Los establecimientos educativos privados podrán contratar profesionales con título universitario para que dicten cátedras relacionadas con su profesión o especialidad en la educación básica y media, siendo responsabilidad de dichas instituciones la correspondiente preparación pedagógica. También podrán contratar educadores que provengan del exterior, si reúnen las mismas calidades exigidas para el ejercicio de la docencia en el país. Estos últimos no tendrán que homologar el título para ejercer la cátedra.”*

<sup>4</sup> “**ARTÍCULO 196. RÉGIMEN LABORAL DE LOS EDUCADORES PRIVADOS.** El régimen laboral legal aplicable a las relaciones laborales y a las prestaciones sociales de los educadores de establecimientos educativos privados será el del Código Sustantivo del Trabajo.”

*“...Conforme al artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, concepto que se ha entendido equivalente al de periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario. (subrayas y negrillas de la Sala)*

*Sin duda este precepto desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, distinta de las que menciona el artículo 45 del mismo estatuto laboral, y junto a otras disposiciones legales conforma un régimen especial para estos servidores, algunas de cuyas particularidades son las siguientes:*

*El régimen está destinado a quienes cumplan labores en condición exclusiva de profesores de colegios, universidades u otros establecimientos particulares dedicados a la enseñanza y se explica porque los servicios de éstos trabajadores normalmente no son requeridos durante todo el año calendario ya que las vacaciones estudiantiles suelen prolongarse por varios meses durante dicho año.*

*Conforme quedó definido, contempla una duración contractual presunta de ahí que no requiera la forma escrita, aunque no hay impedimento para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental que desde luego contenga la voluntad de vincularse por el período académico. Pero la modalidad no es forzosa o excluyente para los profesores sino sucedánea o supletiva frente a la ausencia de una expresión válida diferente de los contratantes, o sea que **en principio estos tienen la posibilidad de convenir cualquiera de las duraciones permitidas, como a término fijo, indefinido o por la duración de determinada labor, caso en el cual se aplica a la relación laboral el régimen común establecido en la legislación para la respectiva modalidad.**”*

Ahora bien, aunque la parte actora sostiene que el contrato se ejecutó de manera ininterrumpida desde el 9 de marzo de 2009 hasta el 4 de septiembre de 2017, lo cierto es que al menos entre los 3 hubo solución de continuidad de casi un mes, no siendo suficiente para la demostración de la prestación continua y sin interrupción del servicio las certificaciones laborales expedidas por la encartada (folios 62, 80, 59, 106, 108 y 143) por cuanto allí se indicó que entre el 9 de marzo de 2009 y el 30 de noviembre de 2011 el demandante estuvo vinculado mediante contrato “artículo 101 C.S.T” cuya vigencia, como ya se vio, esta supeditada a la duración de cada periodo académico, lo que resulta consistente con los demás medios de prueba valorados por esta Sala de decisión que dan cuenta de la terminación de cada uno de los vínculos suscritos entre ese lapso, precisamente con asidero en el artículo 101 del C.S.T.

De otro lado, aunque aparece documentado un contrato “101” suscrito el 24 de enero de 2011 (folio 93) que se liquidó el 30 de noviembre de ese mismo año (folio

98), seguidamente se firmó otro contrato a término indefinido el 1 de diciembre de 2011, entre los cuales, como se ve, no existió ni un solo día de interrupción, advirtiendo, cotejado el contenido de cada uno de los instrumentos contractuales es claro que lo único que mutó en realidad fue la modalidad de la vinculación (de 101 a indefinido), pues no se efectuó una variación del cargo desempeñado, de la remuneración u otras condiciones de la relación laboral, lo cual permite inferir que la terminación del primero de estos contratos lo fue en apariencia; en otros términos, en aplicación de la primacía de la realidad (artículo 53 C.N) es cierto que entre estas dos vinculaciones no se avizoran modificaciones sustanciales, pese a la intención de la universidad de premiar al docente e infundir mayor confianza y seguridad a su cuerpo académico, para entender que se trató de un contrato distinto, a más que como se indicó, no se aprecia solución de continuidad, es decir, la terminación fue en apariencia y solo obedeció, en la realidad, a un cambio de modalidad de allí que pueda predicarse la unidad entre estos dos contratos.

En ese entendido, aunque ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo se debe ser muy cauteloso en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, pues estas prácticas se han adoptado con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, o beneficiarse en la liquidación de la cesantía o la potestad de dar por terminado el contrato de trabajo<sup>5</sup>, ello no significa necesariamente que siempre que estemos ante contratos sucesivos exista unidad contractual<sup>6</sup>, pues puede suceder, que existan dos relaciones laborales independientes entre sí, cada una las cuales tuvo su propio modo de terminación y fueron debidamente liquidadas siempre que ello puede verificarse real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral y aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, lo que aquí no ocurrió.

---

<sup>5</sup> Sentencia SL15986 de 2014, reiterada en SL 1211 de 2019.

<sup>6</sup> Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que *“No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica”* (CSJ, Cas. Laboral, Sent. Sep. 2/77).

Así mismo, esa Corporación puntualizó que cuando se trata de Contratos de Trabajo sucesivos, no siempre se reconoce la existencia de un solo contrato al indicar: *“La sola circunstancia de que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencia de simulación en la extinción del primero, puesto que nada impide y bien puede suceder, como de hecho aquí ha acontecido, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas”* (CSJ – SCL radicado 20946 de 17 de septiembre de 2003)

En autos, como se dijo, entre esas dos vinculaciones no existió una diferencia sustancial, a más de la modalidad del contrato, por lo que habrá de entenderse que se trató de una sola.

Conforme lo hasta aquí analizado, para la Sala es claro que entre las partes existieron tres contratos de trabajo autónomos e independientes, esto es, dos bajo la modalidad de contrato docente (artículo 101 del C.S.T.) - i) del 9 de marzo al 16 de diciembre de 2009, ii) Del 12 de enero al 17 de diciembre de 2010 - y un último contrato del 24 de enero de 2011 al 4 de septiembre de 2017, inicialmente por modalidad docente y modificada a término indefinido, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador.

En tal sentido, como el demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que unió a las partes. Lo anterior, conforme lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en SL 2708 de 2019, en la cual determinó que al aparecer acreditadas varias vinculaciones laborales, cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas. Así razonó la Alta Corporación:

*“En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.*

*Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.*

*Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de*

*1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes.”*

Establecido lo anterior, y de conformidad con los argumentos de la alzada, en virtud del principio de consonancia, procede la Sala a determinar si es procedente declarar la nulidad o ineficacia del despido del demandante acaecido el 4 de septiembre de 2017 (folio 141) con fundamento en la presunta conculcación del derecho fundamental a la libertad de expresión del demandante y, en consecuencia, si hay lugar a disponer el reintegro rogado de manera principal.

Para resolver es importante anotar, refiere el demandante en su escrito introductor haber remitido el 24 de agosto de 2017 un correo electrónico al decano y a la directora administrativa de la facultad de finanzas, reiterando una petición realizada el 8 de noviembre de 2016, en el cual hizo un balance del CIPE para el periodo 2012-2016, explicó la problemática de datos e interpretaciones del centro y propuso algunas medidas para fortalecerlo, en respuesta de lo cual, asegura, fue notificado de la decisión de su empleadora de poner fin al contrato de trabajo sin indicarle motivación alguna, lo que entendió como una retaliación por informar irregularidades en el presupuesto y posible manejo inadecuado de fondos de la institución y *“para impedir que continuara realizando las mismas, silenciarlo”*, pese a que, en su sentir, estaba actuando en consonancia con las funciones que le fueran asignadas (folio 6 a 9 hechos 28 a 40), situación que considera una trasgresión a su derecho fundamental *“a la libertad de expresión y pensamiento en el ámbito de participación en las instituciones de universitarias”* (folios 14 y 15, fundamentos de derecho) pues aunque el empleador cuenta con una facultad discrecional para dar por terminada la relación laboral de manera unilateral y con el pago de una indemnización, en autos esa facultad fue *“un mero instrumento utilizado por la UNIVERSIDAD para evitar que el señor MASSÉ haciendo uso de sus derechos fundamentales a la libertad de expresión, cátedra e investigación, continuara insistiendo en la resolución de posibles irregularidades que se venían presentando en el centro de investigación que dirigía”* (folio 16).

En ese orden, para dilucidar el asunto, se hace necesario precisar que, entendido un acto jurídico como toda manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es posible reflexionar que el despido, al ser una declaración de voluntad expresada unilateralmente por el empleador de

dar por terminada la relación laboral que lo vincula con el trabajador, puede tenerse como tal, de lo que se sigue, que es susceptible de ser anulado.

Ahora, el artículo 64<sup>7</sup> del Código Sustantivo del Trabajo señala que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, y en ese sentido, confiere tanto al empleador como al trabajador, la facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo “*sin justa causa comprobada*”, advirtiendo, si este proviene del empleador o da lugar a ella, debe pagar una indemnización al trabajador la cual comprende el lucro cesante y el daño emergente<sup>8</sup>.

Bajo tal entendido, es claro que las partes en el marco de un contrato laboral cuentan con la potestad de resolverlo en cualquier tiempo, siempre que se satisfaga la indemnización respectiva contenida en la ley, al margen de los

---

<sup>7</sup> “ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

*En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:*

*En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.*

*En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:*

*a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:*

- 1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.*
- 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;*

*b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.*

- 1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.*
- 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.”*

<sup>8</sup> Dicha preceptiva, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, tiene como fundamento un “sistema tomado del derecho contractual privado tradicional de consagrar el incumplimiento de una de las partes como condición resolutoria del vínculo para imputar a la parte fallida el pago de los perjuicios comprendidos por el daño emergente y el lucro cesante. (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia No. 115 de 26 de septiembre de 1991. Rad. 2304)

motivos que se exterioricen, a menos que se trate de una terminación amparada por una justa causa legal.

A voces del Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria *“la potestad de que está investido el empleador para poner fin al contrato de trabajo, es una de las manifestaciones más palpables del poder subordinante que le conceden las normas jurídicas, con el inocultable propósito de permitir que organice la empresa conforme a su criterio y procure el mantenimiento de la disciplina y el orden, en perspectiva de alcanzar mejores resultados en su ejercicio empresarial. De esta suerte, ante la comisión de una falta disciplinaria, **el empleador cuenta con la facultad de imponer las sanciones legalmente consagradas, o despedir al trabajador cuando se trate de una de las causales establecidas en la ley o en los reglamentos de trabajo**”* (SL-11123 de 2017, Negrilla y Subrayas de la Sala)

Al tema, debe tenerse en cuenta, por regla general, Colombia ha optado por la estabilidad laboral relativa, que supone la facultad del empleador de establecer contratos a término fijo y de finiquitar la relación sin que medie justa causa, previo al pago de una indemnización, descartando de contera la aplicación del Convenio 158 de la OIT, no ratificado por este país, que predica la “estabilidad plena en el empleo” la cual implica que no puede acabarse un pacto contractual sino únicamente cuando se demuestre que el objeto o la función de lo contratado ha desaparecido o que está de por medio una justa causa<sup>9</sup>. Así lo ha dejado sentado

---

<sup>9</sup> Puntualmente la Corte Suprema de Justicia Sostuvo, en sentencia SL11123 de 2017, lo siguiente: *“cabe indicar que la estabilidad plena en el empleo como componente del derecho laboral, significa que no puede acabarse un pacto contractual sino únicamente cuando se demuestre que el objeto o la función de lo contratado ha desaparecido o que está de por medio una justa causa; tal dogmática normativa ha suscitado interés doctrinal y de esa tesis ha emanado la reivindicación de la función social del trabajo y el desvanecimiento de su criterio como mercancía, al punto que la propia Organización Internacional del Trabajo expidió el Convenio 158, no ratificado por Colombia, en sintonía con lo descrito.*

*Pese a lo anterior, tal instrumento ha sido descartado en su aplicación en el país, en estos eventos, al existir disposición que regule la materia y en atención a que en providencia CSJ SL 30, ene, 2013, rad. 38272, se considera sobre el carácter supletorio del citado Convenio 158:*

*En lo que atañe al Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, Nro. 158 (1982) de la OIT, que según el recurrente debe tenerse en cuenta en este caso como norma de aplicación supletoria, en particular su artículo 7º, que señala que “[N]o deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”, la Sala puntualiza:*

*1. Según los artículos 53, inciso 4º y 93 de la Carta, los convenios internacionales del trabajo “hacen parte de la legislación interna”, o “prevalecen en el orden interno” siempre y cuando*

---

*cumplan la condición de haber sido ratificados por el estado colombiano<sup>9</sup>. Mientras no lo sean, no se consideran normas principales dentro del orden jurídico interno. Como bien lo asevera el recurrente, el Convenio 158 de la OIT no está ratificado por Colombia y por tanto no es norma principal. Ante lo anterior, la Sala analizará si –como lo afirma el censor–, dicho instrumento puede fungir como norma supletoria.*

*2. El artículo 19 del CST ordena que cuando no exista “norma”<sup>9</sup> que regule exactamente el caso controvertido, habrá de recurrirse a la aplicación de normas supletorias. Es decir, los casos deben resolverse, prevalentemente, con normas principales, cuando ellas existan. Más si no hubiere norma principal que regule exactamente el caso, o existiendo ésta el caso posea aspectos que ella no alcanza a regular totalmente, el juez ha de recurrir a la aplicación de normas supletorias. Las normas supletorias o suplementarias son, por ende, subsidiarias; es decir, son llamadas a suplir la carencia total o parcial de regulación principal y, en consecuencia, no pueden sustituir a las normas vigentes principales, existentes en el ordenamiento jurídico, que regulen un caso. El mencionado artículo 19 del CST señala como normas supletorias aquellas normas vigentes en el ordenamiento que regulen casos o materias semejantes (analogía), los principios que se derivan de esa codificación, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina y los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo. Pero también incluye en la enumeración a los convenios y recomendaciones adoptadas por la OIT en sus conferencias internacionales. En el contexto del artículo 19, acompasado con los principios y reglas de la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia entiende que los convenios de la OIT señalados en este precepto no son otros que aquellos instrumentos no ratificados, ya que los que están ratificados –según los cánones 53 y 93 superiores– son parte de la legislación interna o prevalecen en ella y, por tanto, son normas principales y no supletorias<sup>9</sup>.*

*3. Ahora bien, por regla general, el juez tiene siempre el deber de fallar de forma integral y no puede rehusarse a hacerlo bajo el pretexto de “silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”<sup>9</sup>. Es decir, cuando el juez encuentre lagunas o vacíos normativos, por ausencia de norma principal que regule el caso, o por insuficiencia de la que exista, deberá recurrir a las fuentes supletorias. Es de esta manera como un convenio de la OIT no ratificado por el Estado colombiano puede fungir como norma subsidiaria o supletoria. O sea, tal convenio únicamente sería aplicable en ausencia, o ante insuficiencia, de una norma principal vigente, exactamente idónea para subsumir al caso controvertido, y además cuando sea ese instrumento internacional el que, comparativamente con otras fuentes supletorias, ofrezca una regulación más específica y favorable.*

*4. Pero, aparte de contener regulaciones de las que adolezca la normativa principal vigente, para poder ser aplicados como normas subsidiarias los convenios de la OIT no ratificados deben reunir una segunda condición, según las voces del citado artículo 19 del CST: deben ser funcionales al sistema normativo laboral colombiano. Utilizando la expresión literal del legislador, esos convenios no ratificados solamente podrán fungir como normas de aplicación supletoria “en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país”. Con otras palabras, el convenio no ratificado debe armonizar axiológica o ideológicamente con el sistema jurídico laboral colombiano.*

*5. De lo dicho hasta acá, la Sala encuentra que se yerguen dos escollos para la aplicación del Convenio 158 de la OIT como norma supletoria en Colombia:*

*En primer lugar, como quedó visto, existen en el ordenamiento colombiano disposiciones legales principales que regulan todo lo concerniente al caso aquí analizado, como el trámite de la declaratoria de ilegalidad de un cese o suspensión de actividades, el grado de participación de los trabajadores en él, la facultad del empleador para despedir en tal evento, y los efectos o consecuencias de esa determinación. Y existiendo tales disposiciones principales, no hay una laguna normativa en el ordenamiento jurídico sobre esta materia, que esté llamado a llenar el mencionado convenio internacional no ratificado, ya que, según las voces del artículo 19 citado, hay en este caso “norma exactamente aplicable al caso controvertido”.*

*En segundo lugar, aún en la hipótesis de que no existieran normas principales exactamente aplicables al caso controvertido, tampoco se abriría la posibilidad de aplicar el Convenio 158 de la*

la Corte, entre otras, en sentencia SL 10106 de 2014, en la que determinó:

*“El régimen laboral colombiano –tanto en el sector particular como en el público-, opta en general por un sistema de estabilidad laboral relativa, que consiste en que el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo, bien aduciendo una justa causa, o en ausencia de ésta, pagando una indemnización al trabajador, salvo entre otras, en las situaciones de estabilidad laboral reforzada”.*

Al estudiar la constitucionalidad de la posibilidad del empleador de terminar sin justa causa y unilateralmente el contrato laboral (C-1507 de 2000 y C-533 de 2012), la Corte Constitucional concluyó que dicho precepto se ajusta a los mandatos Superiores *“pues resulta contrario a la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad, que ambas partes queden atadas a perpetuidad por ese vínculo. Desde el punto de vista constitucional, no se puede avalar la petrificación de los lazos contractuales”*, precisando en dicha providencia, tal potestad no es absoluta pues esta encuentra límites en los principios y preceptos constitucionales y legales que tienden a amparar especialmente al trabajador, de allí que condicionó la exequibilidad de la norma a la posibilidad del empleado de acreditar un perjuicio más grave al tasado anticipadamente por el legislador que deberá ser satisfecho por el patrono, de resultar probado, no siendo el reintegro la única forma de proteger la estabilidad laboral, toda vez que ante la decisión unilateral e

---

*OIT como norma supletoria en Colombia, pues dicho instrumento no está en concordancia con “las leyes sociales del país”. O sea, no es afín axiológicamente con el ordenamiento. En efecto, dicho instrumento es funcional para sistemas laborales caracterizados por una estabilidad llamada por algunos doctrinantes como propia y que consiste en que el trabajador únicamente puede ser despedido por su empleador con fundamento en una justa causa. Así, el artículo 4° del mencionado convenio –precepto no mencionado por el recurrente-, impide al empleador terminar el contrato celebrado con el trabajador, “a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, excepto cuando “no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. El procedimiento que entroniza el convenio en su artículo 7° -aducido por la censura como parte de la proposición jurídica del cargo-, es concordante con el ya transcrito precepto contenido en el artículo 4°.*

*En contraste, el régimen laboral colombiano –tanto en el sector particular como en el público-, opta en general por un sistema de estabilidad laboral impropia o relativa, que consiste en que el empleador privado u oficial puede dar por terminado el contrato de trabajo, bien aduciendo una justa causa, o en ausencia de ésta pagando una indemnización al trabajador (salvo situaciones de estabilidad reforzada)<sup>9</sup> (Subrayado fuera del texto).*

(...)

*Es evidente, entonces, que siendo la estabilidad laboral impropia la regla general en Colombia, en tanto que el Convenio 158 preconiza la estabilidad laboral propia, no como regla general, sino como parámetro homogéneo que ha de imponerse para cualquier relación laboral, este instrumento internacional no concatena ideológicamente con las actuales leyes sociales de Colombia en la materia. Y al no cumplir con esa condición señalada por el artículo 19 del CST, no puede ser aplicable como norma supletoria, tal y como lo pretende el censor.”*

injustificada se puede apelar válidamente, insiste, a la indemnización del perjuicio causado.

Bajo tal entendido, en principio, la decisión del empleador de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa se encuentra amparada por la ley y por la Constitución, siendo esta legítima en la medida que se resarzan los perjuicios causados al trabajador con tal determinación<sup>10</sup>, por cuanto se compadece con la necesidad de adecuar el derecho a la realidad económica, la generación de empleo y los intereses comerciales del empleador.

Atendiendo tales parámetros, la facultad del empleador de poner fin unilateralmente a una vinculación laboral, sin justa causa, lo exime de la obligación de motivar su decisión dándole la posibilidad de prescindir de las razones consideradas por este, que incluso pueden no existir<sup>11</sup>, sin que ello se traduzca en la ineficacia del despido en la medida en que existe un resarcimiento de los daños patrimoniales ocasionados con la conducta de la parte incumplida. En esos términos lo consideró igualmente el órgano de cierre de esta jurisdicción en la sentencia 10106 de 2014<sup>12</sup>.

Debe decirse además, ya ha dejado claro la Corte Suprema de Justicia que *“lo dispuesto en la legislación interna no desconoce ni contradice la regulación internacional - literal d) del artículo 7.º de la Ley 319 de 1996 que incorporó al ordenamiento jurídico colombiano el Protocolo de San Salvador-, en la medida en que ambos postulados jurídicos consagran la potestad de terminar el contrato de trabajo sin motivación alguna, junto con el pago de una indemnización a cargo del empleador”*, no siendo cierto que artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo constituye una restricción o eliminación del derecho contemplado en la norma internacional así como tampoco trasgrede los principios materiales de la

---

<sup>10</sup> En ese sentido lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T-462 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 30 de julio de 2014. Rad. 38288.

<sup>12</sup> *“Bajo tal línea legislativa, la pluricitada sanción por la terminación, salvo que se demuestre un perjuicio aun mayor, que no es el caso, conlleva a que se prescinda de las razones dadas por el empleador, que incluso pueden no existir, sin que ello se traduzca en una nulidad, se insiste, ante la habilitación que hacen las normas atrás referidas.*

*Si de lo que se trata es de una confrontación desde la perspectiva constitucional, lo cierto es que independientemente de que se valide la decisión adoptada por la entidad demandada, no puede considerarse trasgresor el resultado pues lo que existió fue una compensación sobre una medida injusta que se reguló conforme con las leyes laborales.”*

Constitución Política de 1991, ni los de progresividad y favorabilidad en materia laboral<sup>13</sup>.

Sin embargo, esa Corporación reconoce que dicho poder no es absoluto y se encuentra limitado por los derechos constitucionales, las condiciones dignas y justas que debe orientar toda relación laboral y por los principios de buena fe, solidaridad, dignidad, igualdad y función social de la empresa<sup>14</sup>. Así por ejemplo, se han establecido las circunstancias en las que se puede predicar la ineficacia del despido, que generalmente se configura por no cumplir ciertas exigencias legales al momento de efectuarlo, como sería el caso de desconocer el fuero sindical o circunstancial, la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, o de personas en estado de discapacidad, el fuero de acoso laboral, entre otros, en cuyo caso habría lugar a dejar sin efectos la terminación del contrato de trabajo, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, como si el vínculo nunca se hubiere extinguido.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha considerado que la potestad del empleador de finalizar de manera unilateral y sin justa causa el contrato laboral, prevista en el artículo 64 del C.S.T., debe ejercerse en un marco de respeto por los derechos fundamentales y en ningún caso puede desconocer gravemente tales garantías bajo el pretexto de la autonomía contractual.

Pues bien, descendiendo al caso de autos, no existe discusión respecto a que la terminación del contrato de trabajo que ató a las partes terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, con el correspondiente pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

Así, lo que se advierte *prima facie*, es que la demandada, en ejercicio de la potestad a la que se ha hecho referencia a lo largo de este proveído, decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, con el consecuente pago de los perjuicios ocasionados al trabajador con dicha determinación, en cumplimiento de lo previsto en la disposición en comento, sin que sea necesario, en principio, cuestionar las razones por las que la encartada adoptó la decisión, enfatizando,

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de SL3424 de 2018.

<sup>14</sup> Esa Corporación reitera que todo empleador tiene la facultad de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa, dentro de los límites que ese actuar discrecional encuentra en el ordenamiento jurídico (CSJ SL, 4 ag. 1992, rad. 5127).

esa sola circunstancia no implica *per sé* la ineficacia de dicho acto jurídico en virtud de la ya referida estabilidad relativa, por cuanto se insiste, el empleador actuó bajo el marco constitucional y legal, no advirtiéndose situación especial o particular en cabeza del empleado que lo haga acreedor de estabilidad laboral alguna que conlleve a la ineficacia de la finalización del vínculo laboral.

Al tema, y frente a lo aseverado en la alzada, debe indicar la Sala que ninguna norma dentro del ordenamiento jurídico limita dicha potestad resolutoria a la aquí demandada, aludiendo únicamente a su naturaleza jurídica o a su condición de establecimiento de educación superior, y en ese entendido, la violación de garantías fundamentales es reprochable en cualquier escenario, con independencia de la naturaleza de la empleadora, empero por encontrarse facultado para despedir sin una causa o razón justificada conforme al ordenamiento laboral, inicialmente se tiene por válida dicha determinación.

Ahora, aunque, el demandante asegura que la real motivación de su despido fue la trasgresión de su derecho fundamental a la libre expresión fundado en la misiva que dirigió a las directivas de la universidad informando unas presuntas irregularidades del área de la cual era director, lo cierto es que ni un solo medio probatorio, diferente al correo electrónico (folio 120) fue allegado a las diligencias, de la cual se pudieran constatar sus afirmaciones, debiendo resaltar la Sala, el actor colige que tal comunicación fue la que motivó el despido dada la cercanía entre el envío del mensaje electrónico y la fecha en que le fue entregada la carta de despido, inferencias que resultan insuficientes para endilgar en cabeza de la demandada la trasgresión de los derechos fundamentales, máxime cuando según lo ilustra el mismo demandante en el libelo introductor, estas situaciones habían sido informadas en una reunión previa e incluso, advertidas desde el año 2016.

En conclusión, en el proceso no se acreditó que la decisión de la Universidad Externado de Colombia de dar por terminado el contrato de trabajo del actor hubiese sido ilegal, arbitrario o que violentara los derechos fundamentales constitucionales de quien convoca el litigio (artículo 48 C.S.T), de modo que su actuar se encuentra dentro de los márgenes autorizados por la legislación, tampoco que el convocante gozara de estabilidad laboral reforzada. En efecto, no se probó que su despido ocurrió en desconocimiento de prerrogativas fundamentales, toda vez que no consta nada de ello en el cartapacio procesal.

Además de ello, a lo largo de la contestación, la pasiva refirió que la causa subyacente de la terminación obedeció realmente al bajo rendimiento del trabajador, empero, para conjurar el riesgo jurídico y como política institucional, decidieron despedir sin invocar causa alguna y efectuando el pago de la reparación de los perjuicios, lo que se corroboró con el testimonio de DIANA CAROLINA FUQUEN AVELLA<sup>15</sup>, Jefe de Contratación de la Universidad Externado quien aludió haberse encargado de formalizar el trámite de despido del trabajador, señalando, la demandada no estaba contenta con los resultados del CIPE, se esperaba mayor producción en razón al presupuesto tan amplio con que cuenta, por lo que decidieron transformar ese centro.

Aquí vale precisar, la encartada solo está poniendo de presente los motivos subyacentes que llevaron a la terminación con el ánimo de demostrar que en manera alguna obedeció al ánimo de desconocer derechos fundamentales del actor y es que la potestad del empleador de terminar el vínculo de manera unilateral sin justa causa, no conlleva la exigencia de que el trabajador tenga que dar explicación alguna de su proceder, por cuanto el trámite previo al “despido” que pueda contemplar el Reglamento Interno de Trabajo o cualquier otro instrumento debe entenderse en su sentido lógico, sistemático y finalista, que no es otro que el de garantizar el derecho de defensa del trabajador en aquellos casos en que se le hace una imputación de naturaleza disciplinaria, antes de imponerse una sanción o efectuar un despido, derecho que no sufre menoscabo en los eventos en que el empleador de antemano admite la inexistencia de justa causa y corre con la carga de asumir los efectos pertinentes de su despido injusto, ya bien mediante el pago de la indemnización, ora el reintegro, pues ningún sentido lógico tiene citar a un trabajador a descargos cuando no se le está acusando de ninguna falta disciplinaria o de una justa causal de cancelación del vínculo<sup>16</sup>, aun cuando al indagarse por ellas, en casos como el de autos, se haga referencia a la inconformidad del empleador con el trabajo realizado por el trabajador.

---

<sup>15</sup> Cd folio 438, récord 18:19.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, radicado 39328 de 14 de noviembre de 2012. *“Y aun cuando el recurrente no lo plantea, es del caso recordar que la Corte abundantemente ha precisado que no es entendible que al interior de la empresa se diseñe un procedimiento en el que se haga necesario escuchar al trabajador en descargos cuando quiera que para nada se le ha inculcado, pues para que ocurra tal requerimiento es porque su conducta contractual puede ser reprochada, al punto que es necesario verificarla y excusarla o, si es del*

En el examine, si el actor consideró que el resarcimiento otorgado era insuficiente, lo imperativo era demostrar que la afectación fue aún mayor solicitando los perjuicios morales y materiales derivados del despido y no de manera simultánea a la pretensión principal del reintegro, por cuanto se trataba de una nulidad que no está prevista para este tipo de casos.

Además, la declaratoria de ineficacia, como ya se anotó, procede en situaciones particularísimas, las que, dicho sea de paso, se encuentran establecidas en la legislación, pactos o convenciones colectivas y en el reglamento interno de trabajo.

Por los argumentos esbozados, es claro entonces que no logró probarse que el finiquito de la relación laboral fue ineficaz por lo que no hay lugar a condenar a la pasiva, al reintegro y pago de salarios y demás prestaciones deprecadas, debiendo confirmarse la sentencia en este aspecto, pero por las razones aquí expuestas.

Con relación a las pretensiones subsidiarias, en lo que toca a la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo como base las consideraciones vertidas frente al contrato de trabajo, resulta clara la procedencia de la misma por cuanto la demandada solo tuvo en cuenta para efectos de calcular la indemnización, el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2011 y el 4 de septiembre de 2017 (folio 148), sin embargo, determinado está que el último contrato tuvo lugar entre el 24 de enero de 2011 y el 4 de septiembre de 2017.

En ese orden, atendiendo lo previsto en el artículo 64 del C.S.T., tomando en cuenta el último salario devengado por el actor (\$15.042.600 -mayor a 10 SMLMV-, folio 143), el cual no fue objeto de discusión y considerando la suma ya pagada por la encartada (\$45.067.630, folio 148), efectuados los cálculos aritméticos arroja una diferencia a pagar a favor del demandante por concepto de

---

*caso, sancionarla conforme a las previsiones reglamentarias o estatutarias que rigen en la empresa, siempre preservando su derecho de defensa y su dignidad como persona humana y como trabajador.”*

indemnización por despido sin justa causa la suma de **\$7.665.047<sup>17</sup>**, por lo que habrá de revocarse parcialmente la sentencia para condenar a la Universidad demandada al pago de este concepto.

Adicionalmente y con relación a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., no puede perderse de vista que, en criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia, la misma no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena fe con la que actuó el empleador, señalando, el salario adeudado al trabajador (que tenía el carácter integral) fue pagado el 6 de septiembre de 2017 (folio 302) esto es apenas 2 días después del finiquito del vínculo, plazo que se estima razonable y que en manera alguna es indicativo de una mala fe por parte de la encartada, por lo que no procede el pago de la indemnización reclamada.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia del Tribunal, por el estudio de los motivos expresamente sustentados por el recurrente, conforme a las motivaciones que anteceden, lo que se sigue la revocatoria parcial de la sentencia objeto de apelación para condenar a la demandada a reliquidar la indemnización por despido sin justa causa pagada a favor del trabajador, confirmando la absolución de las demás condenas pero las razones ampliamente expuestas por esta Corporación.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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,

---

Último Salario Mensual	\$ 15.042.600
Inicio	24/01/2011
Fin	4/09/2017
Tiempo total laborado (años)	6,611111111
Último Salario Diario (\$15.042.600/30)	\$ 501.420
<b>LIQUIDACIÓN</b>	
Primer año (20 días)	\$ 10.028.400
Años subsiguientes (4,76 *15 días)	\$ 42.202.850
<b>TOTAL INDEMNIZACIÓN</b>	\$ 52.732.677
INDEMNIZACIÓN RECONOCIDA (folio 148)	\$ 45.067.630
<b>DIFERENCIA</b>	<b>\$ 7.665.047</b>

17

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las razones expuestas en esta sentencia.

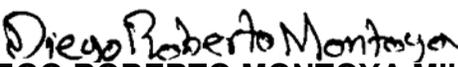
**SEGUNDO: DECLARAR** que entre FRÉDÉRIC NOEL MASSÉ y la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA existieron 3 contratos de trabajo, a saber: i) del 9 de marzo al 16 de diciembre de 2009; ii) del 12 de enero al 17 de diciembre de 2010 y iii) del 24 de enero de 2011 al 4 de septiembre de 2017, último que se ejecutó a término indefinido.

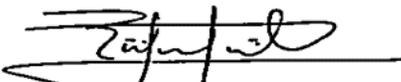
**TERCERO: CONDENAR** a la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA a pagar a favor de FRÉDÉRIC NOEL MASSÉ la suma de \$ 7.665.047, por concepto de la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa.

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto se absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, **pero por las razones expuestas por esta Corporación.**

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

  
RAFAEL MORENO VARGAS

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO