



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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA MARÍA SÁNCHEZ ZAPATA** en contra de la **CLÍNICA PARTENÓN LTDA., COOVIFUTURO CTA, VISIÓN UNO A CTA, PROSPERAR CTA y CRONOS CTA.**

EXP. 11001 31 05 007 2016 00161 01

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

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Clínica Partenón y Cronos CTA, contra la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que entre las demandadas existió intermediación laboral y suministro de personal en misión; que entre la Clínica demandada y ella existió un contrato de trabajo a término indefinido de noviembre de 2005 al 2 de julio de 2013, que terminó por causa imputable al empleador; que, en consecuencia, se condene a la Clínica Partenón a pagar vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, prima de servicios, por la no consignación de las cesantías, recargos nocturnos, recargos dominicales y festivos, perjuicios por no entrega de dotaciones, y se declare a las demás demandadas, solidariamente responsables frente al pago de las acreencias reclamadas (f.º 12-14).

Sustentó sus pretensiones, en que se vinculó como Auxiliar de Enfermería a la Clínica Partenón S.A. desde noviembre de 2005 hasta el 2 de julio de 2013 por intermedio de la Cooperativa de Vivienda Coovifuturo CTA, Visión Uno A CTA, Prosperar CTA y Cronos CTA., devengó como último salario \$589.500 y cumplió horarios de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y dos sábados al mes por 12 horas, y renunció debido a los incumplimientos de los pagos de salarios, prestaciones y por malos tratos (f.º 5-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de abril de 2016, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 30).

Cronos CTA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que no fue intermediaria, que en virtud del contrato de

asociación canceló las vacaciones, compensaciones y prestaciones de la demandante, de acuerdo a régimen de trabajo asociado de la cooperativa. Propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral entre la demandante y la Clínica Partenón; inexistencia de las obligaciones laborales; falta de relación de las horas extras, dominicales, compensatorios y festivos supuestamente laboradas; buena fe; temeridad y mala fe; cobro de lo no debido, y prescripción de la acción (f.º 49-53).

En el mismo sentido, se opuso la Clínica Partenón Ltda., al manifestar que las cooperativas no fueron intermediarias de conformidad con su objeto social y propuso como excepciones de mérito las denominadas: falta de los elementos esenciales de la relación laboral; inexistencia de las obligaciones laborales, falta de relación de las horas extras supuestamente laborales, dominicales, compensatorios y festivos; buena fe; temeridad y mala fe; cobro de lo no debido; y prescripción de la acción (f.º 204-207).

La Cooperativa de Vivienda Coovifuturo CTA, Prosperar CTA y Visión Uno A CTA, dieron contestación a través de curador *ad litem*, quien se abstuvo de pronunciarse frente a las pretensiones y manifestó atenerse a lo probado en el litigio. Propuso como excepciones las de insuficiencia parcial de poder y prescripción.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de febrero de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y la Clínica Partenón Ltda., vigente del 1.º de noviembre de 2005 y hasta el 2.º de julio del 2013, para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por

Cronos CTA, y probada la excepción de prescripción propuesta por las demás cooperativas, por lo que absolvió a Coovifuturo en liquidación y a CTA Visión Uno, de las pretensiones incoadas por la demandante; y condenó a la Clínica Partenón y solidariamente a Cronos CTA al pago de cesantías, intereses de las cesantías, sanción por el no pago de cesantías y la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, más las costas, y las absolvió de las demás condenas incoadas en su contra.

En lo que interesa a la alzada, el a quo señaló que las pruebas adosadas al expediente son insuficientes para desvirtuar la presunción de existencia de una relación laboral entre las partes y que, por el contrario, de ellas se advierte que entre las cooperativas de trabajo asociado demandada y la clínica Partenón se dispuso desconocer de forma ilegal y encubierta los derechos laborales de la demandante al enviarla a prestar un servicio a la Clínica Partenón como Auxiliar de Enfermería, la cual es una actividad impropia de las cooperativas de trabajo asociado. De la liquidación de prestaciones, dijo concretamente en torno a las cesantías que dicho concepto no está afectado por el fenómeno de la prescripción por cuanto la fecha de exigibilidad de las mismas, se dio a partir de la fecha de la terminación del vínculo laboral que lo fue el 2 de julio del 2013, por lo tanto, la demandante podría exigir las hasta el 2 de julio del 2016; y en torno a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, estimó que hubo tanto mora, como mala fe por parte de las demandadas en cuanto encubrieron una verdadera relación laboral a través de cooperativas de trabajo asociado, advirtiendo que, en razón a que la demandante no instauró la demanda dentro de los 24 meses de que trata el artículo 65 mencionado, sólo tiene derecho al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación que

certifica la Superintendencia Financiera (f.º 433, 436).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

La Clínica Partenón, solicitó en forma principal, la revocatoria de la declaratoria de una relación laboral por haber existido un contrato de prestación de servicios de salud integral con Cronos CTA, y la demandante ejecutó actividades propias de la razón social de dicha CTA, de modo que no se puede hablar de una relación disfrazada, porque la Clínica no ejerció ningún poder de subordinación directo o indirecto en ello. De manera subsidiaria, impugnó los intereses moratorios, por considerar que no existe derecho a ello, en tanto no hubo mala fe dado que la Clínica consideró estar actuando bajo el amparo de la ley; la sanción por la no consignación de las cesantías, por estimar que ella también sufre el término prescriptivo de la ley, de ahí que solo se deba otorgar desde el 18 de abril de 2013 hasta agosto de 2015, y las agencias en derecho, las cuales consideró que fueron fijadas en un valor excesivo que no está acorde con la situación de lo actuado ni con la reglamentación que existe por el Consejo Superior de la Judicatura.

En el mismo sentido, la demandada Cronos CTA, alegó que actuó dentro del marco de la legalidad al realizar contrataciones con terceros para prestar servicios lícitos integrales de salud con sus cooperantes y que está probado en el proceso que la prestación del servicio que prestó Cronos en ejercicio de su objeto social fue de manera integral, contando con las respectivas licencias y permisos de funcionamiento. Frente a las condenas, solicita su prescripción teniendo en cuenta que su pago se realizó como compensación anual diferida, de conformidad con la liquidación que obra en el expediente y de conformidad con el régimen de compensación que también fue

aportado; además, alega que si bien se declaró una prescripción parcial, al momento de liquidar las condenas, las mismas se calcularon teniendo en cuenta todo el periodo de la relación, es decir, desde 2005, cuando lo cierto es que la demandante no estuvo vinculada a Cronos durante todo el periodo alegado. En cuanto a la indemnización moratoria, sostuvo que actuó en el marco de la legalidad otorgado tanto por la ley como las autoridades nacionales para ejercer el cooperativismo y prestar servicios de salud a terceros, por lo que los soportes de pago y la liquidación realizada bajo la premisa de un contrato de cooperativismo, demuestran la buena fe de sus actuaciones, por lo que no hay lugar a la condena por indemnización moratoria en su contra.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problemas jurídicos, inicialmente, si en el presente caso, se encuentran acreditados los elementos del contrato de trabajo entre la demandante y la Clínica Partenón, para luego, verificar lo atinente a la responsabilidad solidaria de Cronos CTA, el límite en el tiempo de la misma, y si hay lugar a tener en cuenta los pagos realizados en la liquidación de compensaciones; posteriormente, se verificará lo respectivo a la imposición de la sanción por no consignación de las cesantías y su eventual prescripción, así como la viabilidad de la moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; y finalmente se verificará lo atinente al monto de las agencias en derecho.

La jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual

se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos, normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

Para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, es necesario que, en principio, según el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se demuestre la actividad personal del trabajador a favor del presunto empleador; así mismo la continuada subordinación o dependencia, que se repite, es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, que le corresponde al presunto empleador desvirtuar, por la presunción que opera en virtud del primer supuesto, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que de allí se deriven (CSJ SL10546-2014 y SL10118-2015).

Por su parte, el trabajo cooperado, se encuentra regulado en las Leyes 79 de 1988 y 1233 de 2008, la primera reglamentada por el Decreto 4588 del 2006, a su vez compilado en el Decreto 1075 de 2016, en donde se conceptúo que las cooperativas son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creadas con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. Se distinguieron tres modalidades de cooperativas, según su actividad, a saber: especializadas, multiactivas e integrales (artículos 61 a 64 y 70 de la Ley 79 de 1988).

Así mismo, dispuso el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, que los casos donde *«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 (...)», norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211-2000.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 1233 de 2008, previó que «*El objeto social de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno*», y según lo dispuesto en los artículos 17 del Decreto 4588 de 2006 y 7.º de la Ley 1233 de 2008, 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, con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

De manera que, las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que deciden unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia (CSJ SL, 2 feb. de 2006 rad 25725 y SL, 28 abr. 2009 rad. 35164).

A partir del presente marco conceptual, la Sala se remite al caudal probatorio allegado y se encuentra lo siguiente:

Del convenio de trabajo asociado cooperativo, y la certificación que obran a f.º 154 a 157, en verdad no se puede apreciar una distorsión del objeto social de estos entes cooperativos, máxime cuando en ese documento quedó estipulado que la demandante se comprometería a prestar servicios de auxiliar de enfermería en los sitios que se le asignen, a cambio de una compensación ordinaria, y sujeta al régimen legal cooperativo correspondiente.

De los estatutos de la cooperativa recurrente, que obran del f.º 62 al 109, no se observa que dicha entidad pretendiera desnaturalizar esa modalidad de trabajo, en razón a que allí quedó establecido que su objeto social sería el de *«(...) generar y mantener fuentes de trabajo dignas y sustentables para sus asociados mediante la producción de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, como medio de dignificar el trabajo humano y de generar riqueza social para mejorar la calidad de vida de quienes a ella se asocien, sus familias y la comunidad de la cual hace parte»*.

Se allegó igualmente el régimen de trabajo asociado de Cronos CTA, junto con la resolución de autorización por parte del Ministerio de la Protección Social, en el cual se estableció que los asociados de la cooperativa son simultáneamente gestores directos o por delegación, los cuales contribuyen económicamente a la empresa con sus aportes sociales y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo del objeto social de la cooperativa (f.º 60, 61, 110 a 147).

A folios 358 y 359, reposa certificación de Famisanar, en la que se reportan empleador y fecha de ingreso y retiro, así: Coovifuturo, del 2.º de enero de 2006 al 30 de agosto de 2006; Visión Uno A, del 1.º de septiembre de 2006 al 30 de diciembre de 2008; Prosperar, del

1.º de enero de 2009 al 10 de junio de 2010, y Cronos del 11 de junio de 2010 al 2 de julio de 2013.

Obra también la carta de renuncia del 2 de julio de 2013, aceptada el 5 de julio del mismo año (f.º 150) y la liquidación de prestaciones sociales (f.º 160) de Cronos CTA, así como certificación de vinculación de la demandante a Prosperar CTA entre el 1.º de enero de 2009 al 10 de junio de 2010, y una certificación de la ARL Sura (f.º 407, 409) en la que se observa que la demandante estuvo afiliada a riesgos laborales por la Cooperativa Vida y Futuro en el año 2007, y por Cronos desde el 2011 al 2013, teniendo siempre como centro de trabajo la Clínica Partenón.

La Subdirectora Administrativa de la Clínica Partenón certificó que tuvo convenios con las siguientes cooperativas, por los periodos que se indican: Visión Uno A CTA, de enero de 2007 a octubre de 2009; Coovifuturo CTA, de enero de 2007 a junio de 2009; Prosperar CTA, de enero de 2009 a noviembre de 2010, y Cronos CTA, de junio de 2010 a marzo de 2016 (f.º 423).

Ahora bien, en interrogatorio de parte, el representante legal de la Clínica Partenón, Luis Enrique Gómez Arciniegas, indicó que *“Ella [la demandante] hacía parte de un grupo de personal de salud que aportaban las cooperativas entre los cuales había auxiliares de enfermería, jefes de enfermería, camilleros, médicos, terapeutas, etcétera, un grupo de personal de salud que se requería”* y explicó que la Clínica tuvo convenios con distintas cooperativas para que le proporcionaran *“algún grupo de trabajadores”*. Indicó además, que los implementos con los que realizaba sus labores la demandante, al nivel de atención al paciente, eran suministrados por la clínica, y confesó que el tiempo prestado por la demandante se dio entre el período comprendido desde noviembre de 2005 a julio de 2013.

La testigo Yazmín Adriana Moreno Cortés, Subdirectora Administrativa de la Clínica Partenón, si bien no dio certeza del trabajo de la demandante en la entidad hospitalaria, sí dio referencia importante del trabajo del personal proveniente de las cooperativas en relación con el personal de planta, al manifestar: *“básicamente el tema es el mismo porque todos tienen que seguir los protocolos Médicos y los protocolos de enfermería, la única diferencia es que las personas de cooperativas estaban supervisadas por una persona líder de la cooperativa y las personas de planta por una persona líder en la Clínica, pero al nivel de prestación de servicios hacia al paciente, es lo mismo”*. Además, indicó que de acuerdo a su propia experiencia trabajando como médica de la clínica, los enfermeros que trabajaban a través de cooperativas no recibían llamados de atención directamente de los médicos, sino que éstos debían informar a sus coordinadores y a través de éstos se comunicaba a quienes los coordinadores de las cooperativas. Finalmente, señaló que los implementos para el desarrollo de las funciones de los enfermeros, tales como medicamentos y tensiómetro o tubos de muestras eran suministrados por la Clínica Partenón.

También, rindió testimonio la señora Maritza Rocío Castillo Prieto, quien fue la Coordinadora de Talento Humano de Cronos CTA, y refirió que el horario de la demandante era de 6 horas de 7 a.m. a 1 p.m. de lunes a viernes y un fin de semana cada quince días y que los pagos de las respectivas compensaciones eran realizados directamente por la cooperativa, quien suministraba también la dotación. Refirió que los medicamentos y dispositivos médicos con los que trabajaba la demandante eran los que se encontraban en la Clínica e indicó que lo que hacía Cronos CTA mediante el convenio suscrito con la Clínica Paternón era suministrar el personal médico a la entidad médica.

De los anteriores elementos de juicio, resulta clara la prestación personal del servicio por parte de María Sánchez Zapata como

Auxiliar de Enfermería al servicio de la Clínica Partenón durante el periodo comprendido entre el 1.º de noviembre de 2005 y el 2 de julio de 2013.

Además, no se logró desvirtuar la referida clínica, la presunción a que se refiere el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y, por el contrario, se evidencia que el convenio interinstitucional que existió entre la Clínica Partenón y Cronos CTA (f.º 50-54) consistió en un suministro de personal, en donde, la obligación principal de dicho convenio era *“mantener las fuentes de trabajo que solicite el contratante”*, fuentes de trabajo que se tradujeron, como bien lo dijeron los testigos y el representante legal de la clínica, en la provisión de personal médico, actividad claramente prohibida por el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015, que textualmente establece que *“[l]as 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 usuarios o a terceros beneficiarios [...]”*.

En ese sentido, resulta claro que existió entre la demandante y la Clínica Partenón una verdadera relación laboral entre el interregno declarado por el *a quo*, de modo que la decisión en este aspecto, se confirmará.

Ahora bien, Cronos CTA cuestiona en su apelación la declaratoria de responsabilidad solidaria que realizó el *a quo* indicando que no se tuvo en cuenta que actuó bajo la convicción de estar obrando bajo un marco de legalidad que le permitía adelantar este tipo de contrataciones con terceros para prestar los servicios con sus cooperantes, y que contaba con las respectivas licencias y permisos de funcionamiento.

Al respecto, se reitera que el artículo 17 del Decreto 1072 de 2015, es enfático en prohibir a las cooperativas realizar actividades de intermediación o suministro de personal y que, si bien existen licencias de funcionamiento, ello se debe a un objeto social amplio que se enmarca dentro del cooperativismo, pero que en manera alguna permite transgredir las normas laborales, lo que aquí ocurrió al fungir como una intermediaria, por lo que se debe confirmar la decisión atacada.

En este punto, se debe advertir que no resulta viable tener por acreditado el pago de las acreencias laborales a las que tiene derecho la demandante, con la liquidación de pagos compensados que se aportó en juicio, en la medida en que por una parte, en tales documentos se hizo referencia conceptos denominados compensación extraordinaria e intereses a la misma, y por otra, al tenor de lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso, no resulta viable declarar probada en forma oficiosa la excepción de compensación, que aquí no fue propuesta por la apelante, de ahí que no le asiste la razón.

Ahora, la Clínica Partenón discute la condena respecto las indemnizaciones moratorias por la no consignación de las cesantías y por el no pago oportuno de las acreencias, última que también apela Cronos CTA; la Clínica considera que la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sí prescribe y ambas apelantes sostienen no es viable decretar la regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, frente a lo cual, lo primero que se debe anotar es que el hecho de que la demandante hubiera estado prestando sus servicios personales a través de distintas cooperativas de trabajo asociado, sumado a los convenios suscritos para suministro de personal que ella misma contrataba de planta, denota de parte de la clínica una maniobra que no se ajusta a la ley del trabajo.

Justamente, en lo que tiene que ver la figura de la actividad de intermediación laboral en el campo de las cooperativas de trabajo asociado, la jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que estos entes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, vigente para la época de los hechos, y actualmente compilado en el Decreto 1075 de 2015, en armonía con el artículo 7.º de la Ley 1233 de 2008, no pueden ejercer tales actividades, sino exclusivamente las empresas de servicios temporales, y por ello, deben ser consideradas como unas intermediarias, al punto que el tercero que se beneficia con la labor, debe ser tenido como un verdadero empleador que ejercer el poder de subordinación sobre el aparente trabajador asociado, para así derivar las consecuencias jurídicas que de ello se derivan (CSJ SL, 26 ene., y 25 may. 2010 rad. 32623 y 35790 respectivamente, SL, 17 abr. 2012 rad. 38671, SL665-2013 y SL6441-2015).

Con base en ello, se evidencia mala fe tanto de la clínica como de quien se presta para menoscabar de esta manera los derechos de los trabajadores, de ahí que debería confirmarse la imposición de ambas sanciones, a la luz de los artículos 32 y 35 del CST.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en considerar que la sanción moratoria sí está sometida al término prescriptivo que establece la legislación laboral, a diferencia del auxilio de la cesantía, que resulta exigible únicamente al momento de la terminación del contrato de trabajo.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la demanda fue instaurada el 18 de abril de 2016, sin que haya reclamación alguna antes de esa data, la decisión impugnada en relación con la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, será revocada, en la medida en

que esta se hace exigible al día siguiente al límite establecido en el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para que el empleador se obligue a consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual que tenga su trabajador en el fondo de cesantías de su elección, sin que esta sanción pueda concurrir con la que moratoria establecida en el artículo 65 del CST, por ende, sólo será pagadera hasta el momento en que se termina la relación laboral, porque rige mientras está vigente el contrato, en tanto que la segunda, se paga a partir de cuándo este fenece ((CSJ SL, 1º feb. 2011 Rad. 35603 rememorada en AL3187-2015)

Así las cosas, se revocará la decisión apelada en relación con la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por encontrarse prescrito lo concerniente a los periodos a los que condenó el *a quo*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 488, 489 del Código Sustantivo del Trabajo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

En este punto, se debe retomar lo referente a la inconformidad de la demandada Cronos CTA, planteada sobre la declaratoria de responsabilidad solidaria desde el momento del inicio de la relación laboral, por lo que encuentra la Sala acertada su disquisición, en tanto la responsabilidad de la apelante debe estar limitada por el periodo en el que Claudia María Sánchez Zapata estuvo vinculada como asociada, y está probado que dicho vínculo permaneció entre 11 de junio de 2010 y el 2 de julio de 2013 (f.º 160), y que con anterioridad se mantuvo como asociada a las otras cooperativas demandadas.

Por lo anterior, la declaratoria de prescripción respecto de las demás cooperativas demandadas debió ser parcial, y en este aspecto se modificará la decisión, para en su lugar, declararlas también

solidariamente responsables únicamente por la condena respecto del auxilio de cesantías en lo que respecta a los periodos en los que la demandante estuvo vinculada a ellas, así: a Coovifuturo, del 2 de enero de 2006 al 30 de agosto de 2006; Visión Uno A, del 1.º de septiembre de 2006 al 30 de diciembre de 2008; Prosperar, del 1.º de enero de 2009 al 10 de junio de 2010, y Cronos del 11 de junio de 2010 al 2 de julio de 2013.

Finalmente, sobre la inconformidad respecto del monto de la condena en costas, encuentra la Sala que, es extemporánea al tenor de lo dispuesto en el numeral 5.º del artículo 366 del Código General del Proceso, y por tanto, no resulta habilitada para emitir pronunciamiento alguno al respecto.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia apelada, en el sentido de declarar solidariamente responsables a las codemandadas de las condenas impuestas a la Clínica Paternón Ltda, en los siguientes tiempos y de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva:

A Coovifuturo, del 2 de enero de 2006 al 30 de agosto de 2006; Visión Uno A, del 1.º de septiembre de 2006 al 30 de diciembre de 2008; Prosperar, del 1.º de enero de 2009 al 10 de junio de 2010, y Cronos del 11 de junio de 2010 al 2 de julio de 2013.

Por ende, se **DECLARA** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mencionadas demandadas.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, en el sentido de condenar también solidariamente a las codemandadas Prosperar CTA, a Coovifuturo CTA y Visión Uno A CTA, al pago de los siguientes conceptos a favor de la demandante, teniendo en cuenta para ello, los lapsos mencionados en el anterior numeral y, conforme lo considerado:

- a. Por cesantías causadas entre desde el 1.º de noviembre del 2005 al 2 de julio del 2013, la suma de \$4.396.359.
- b. Por intereses de las cesantías del 18 de abril del 2013 al 2 de julio del 2013, en cuantía de \$3.125.
- c. Por la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes 25, esto es, a partir del 3 julio del 2015 hasta que se haga efectivo el pago de la condena impuesta por auxilio de cesantías.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto, en el sentido de absolver a las demandadas por el concepto de la sanción por no consignación de las cesantías, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

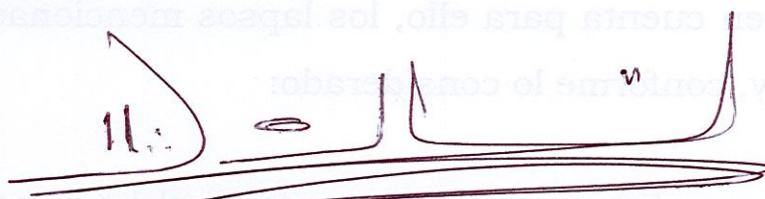
CUARTO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada, en lo referente a la absolución tomada por el juez de primera instancia frente a las demandadas Prosperar CTA, a Coovifuturo CTA y Visión Uno A CTA, por lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada, de acuerdo con lo considerado.

SEXTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', with a small 'v' mark above the final flourish.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón'.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta'.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ÁNGEL RAFAEL LÓPEZ RUIZ** contra **DRUMMOND LTD COLOMBIA.**

EXP. 11001 31 05 013 2018 00090 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1.º de enero de 2006, vigente a la fecha ; que su salario desde su ingreso y cada uno de los años subsiguientes es el indicado en su demanda; que la cláusula de trabajador de dirección de confianza establecida en el contrato de trabajo es ineficaz; que durante toda la relación laboral la demandada no le ha reconocido y pagado horas extras diurnas y nocturnas, recargo nocturno y dominicales y festivos, y que es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre SINTRADRUMMOND-AGRETRITRENES y DRUMMOND LTD.

Que consecuentemente, que se condene a la demandada a reliquidarle y pagarle de manera indexada todos los salarios devengados incluyendo las horas extras diurnas y nocturnas, los recargos nocturnos de acuerdo con la convención colectiva y dominicales y festivos trabajados durante toda la relación laboral; las cesantías, sus intereses, las primas legales y extralegales de servicio, las vacaciones y la prima extralegal de vacaciones, los aportes al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado desde el inicio de la relación laboral; a pagarle la indemnización moratoria del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y las costas y agencias en derecho.

Para el efecto, manifestó que desde el 1.º de enero de 2006, se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido; que inicialmente fue contratado como ayudante de maquinista, y a partir del 1.º de diciembre de 2014, fue promovido al de maquinista de locomotora; que en la cláusula tercera del contrato de trabajo aparece estipulado que los cargos que desempeñó son de

dirección, confianza y manejo; que no posee gran responsabilidad dentro de la estructura administrativa de la empresa, no posee ningún poder de mando, jerarquía y disciplinario frente a los demás trabajadores; que el artículo 69 del Reglamento Interno de Trabajo indica el orden jerárquico de los cargos, y señala los que tienen facultad para imponer sanciones disciplinarias, entre los cuales no están los de ayudante de maquinista y maquinista, en cuyos desempeños no representa al empleador, ni ejerce actividad intelectual en toma de decisiones; que en el Departamento de Transportes Área Operaciones Ferrocarril, a la que pertenece, el poder de mando lo ejercen el Gerente, el Superintendente y los supervisores del área; que el maquinista y el ayudante de maquinista, reciben órdenes e instrucciones del supervisor de despacho al iniciar la jornada en el despacho de trenes; que como maquinista, su función es la de manipular y conducir las locomotoras desde Ciénaga (Magdalena) hasta el municipio de la Loma Calenturita (Cesar) y viceversa, así como la de realizar pruebas de locomotoras y de todo el tren, verificar indicaciones durante el recorrido del tren y recibir indicaciones del ayudante de maquinista ya sea en patios o vía principal, y como ayudante de maquinista, tenía como funciones la elaboración y ejecución de maniobras, manipulación de cambia vías, ubicación de góndolas para cargue y descargue, y las comunicaciones e inspección de trenes, del buen funcionamiento y reporte de fallas.

Indicó también, que su horario de trabajo es por turnos de 12 horas iniciando a las 7 a.m. y terminando a las 7 p.m. durante 7 días, descansando tres días; que terminado ese turno, la nueva jornada es de 7 p.m. a 7 a.m. durante siete días y descansa 4 días, y así sucesivamente; que ese horario no corresponde a la realidad, en razón a que hace turnos de más de 12 horas y hasta 24 horas corridas; que promediando su tiempo de servicios, trabaja

diariamente 14 horas, y que reclamó a la empresa los derechos que aquí pretende sin obtener resultado positivo (f.º 8-28).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue inadmitida, subsanada y admitida en auto del 20 de marzo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada. (f.º 164).

La sociedad **DRUMMOND LTD**, aceptó la existencia del contrato de trabajo y cada uno de los salarios devengados por el demandante desde su ingreso, pero se opuso a las pretensiones de condena por cuanto el demandante ocupa un cargo de dirección, confianza y manejo, ya que las actividades que realiza son de alta responsabilidad, pues de ella, depende el resultado de la actividad empresarial y para las cuales debe cursar una serie de estudios y superar varias pruebas, además de desempeñarlas con autonomía y discreción.

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, buena fe y cobro de lo no debido, prescripción y compensación (f.º 183 - 206).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 3 de marzo de 2020, **ABSOLVIÓ** a la demandada **DRUMMOND LTD**, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; condenó en costas al demandante por \$800.000, y le concedió a este el recurso de apelación.

El juzgado, manifestó que no había controversia sobre el contrato de trabajo que ata a las partes, en el cual el demandante ingresó mediante contrato de trabajo a término indefinido como ayudante de maquinista el 1.º de enero de 2006, y desde el 1.º de diciembre de 2014, se desempeña como maquinista.

Dijo, que correspondía establecer si los cargos desempeñados por el demandante eran de dirección, confianza y manejo, tal como se pactó en la cláusula primera del contrato de trabajo; trajo a colación el artículo 162 del C.S.T. y con base en las sentencias de la CSJ del 11 de noviembre de 2015, radicación 45068 y del 20 de agosto de 2008, radicación 34417, anotó que no bastaba que una determinada actividad sea considerada como de dirección, confianza o manejo, para así tenerla como tal, sino que es indispensable acreditar que sustancial y verdaderamente sean de confianza.

Expresó, que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición alguna que defina o determine diáfamanamente cuáles son aquellos empleos que pueden tenerse como de dirección, confianza o manejo, pero la jurisprudencia ha dicho que son aquellos que por su cargo o funciones que desempeñan tienden a confundirse con el mismo empleador al tener una especial capacidad de mando y dirección sobre los demás compañeros o asalariados de la empresa; además, de tener una gran responsabilidad en la estructura administrativa de la empresa, razón por la cual comprometen los intereses del empleador, además de conllevar igualmente una potestad disciplinaria, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-39604 de 2013.

Examinó el testimonio de LUIS RAMÓN PÉREZ RODRÍGUEZ, quien aseveró que el demandante conducía trenes de Ciénaga a Chiriguaná, hacía maniobras y organizaba trenes, que el tren tenía

150 vagones y era manejado por dos personas, que no tenía personal a su cargo. Que antes el recorrido demoraba cinco horas, y ahora hasta 12 horas; que había funcionarios supervisores que les van dando las instrucciones, que la velocidad del tren la imprime directamente el maquinista, quien aparte de conducirlo autónomamente recibía órdenes del supervisor; que si había inconvenientes en la vía tenía que detener el tren e informar. Que ellos no toman decisiones que comprometan a la DRUMMOND, y que solo son subordinados en la vía de FENOCO.

También, analizó el testimonio de JAVIER ALFREDO GÓMEZ TRESPALACIOS, Superintendente de Operaciones de la DRUMMOND, quien dijo que el ayudante es el complemento del maquinista, quien es el jefe. Que el maquinista tiene autonomía para manejar el tres, y que aunque él puede ser el superintendente, el maquinista, una vez subido al tren toma las decisiones correspondientes sin que él pueda cuestionarlas, pues donde había un problema en la vía, el maquinista podía detener el tren, situación que por supuesto debía informar a la empresa, y tan autónomo era, que no le podía decir qué hacer.

Con base en lo anterior, el juzgado concluyó que el cargo desempeñado por el demandante reunía las características de un empleado de confianza y manejo, resaltando que manejaba de manera autónoma un tren de 150 vagones y de dos kilómetros y medio de largo, que representa una carga sumamente importante para la empresa, por lo cual no estaba de acuerdo con el argumento del apoderado del actor en el alegato de conclusión, de que el manejo del tren podía equipararse al conductor de un tracto camión, sin que el hecho de que no tuviese el demandante poder disciplinario no le desdice su condición de dirección, confianza o manejo.

Que si en gracia de discusión, se admitiera que el cargo no era de dirección, confianza o manejo; indicó, que en el párrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de trabajo suscrito entre las partes, se acordó que el 15% del monto del salario, corresponde a los recargos diurnos, nocturnos y dominicales y festivos que se causaren, lo cual está acorde con la libertad de estipulación salarial del artículo 132 del C.S.T.

Por último, señaló que de todas maneras no había prueba en el expediente sobre las horas extras laboradas por el demandante, prueba que era de su incumbencia y que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-43886, no le permite al juzgador hacer cálculos o suposiciones sobre ellas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, presentó recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, en síntesis, porque no se puede pretender que en su función de maquinista de una máquina pesada y costosa, sea catalogado como trabajador de dirección y confianza, cuando simplemente es un operario con la responsabilidad que ello implica, la pericia y el conocimiento para el cual fue capacitado y cumpliendo con las instrucciones de FENOCO como concesionaria de la vía, actividades para las cuales es obligación de la DRUMMOND capacitarlos para su ejercicio. Que el maquinista no es superior del ayudante de maquinista, porque para eso existe el cargo de supervisor de la empresa, quienes son los que vigilan el trabajo de ellos para que las funciones que desempeñan sean exactas. Que tan mala es la fe de la empresa, que no certifica los horarios de entrada y salida, porque sabe que está violando el tope de horas trabajadas por el actor en la semana y exponiendo razones que no son ciertas. Que el demandante no tiene facultad para tomar decisiones o para

dar órdenes a los demás empleados, no tiene poder coercitivo ni de mando o jerarquía dentro de los demás trabajadores del área de transporte, como tampoco poder disciplinario, ni representa al empleador, ni lo compromete, ya que no ejerce actividad intelectual de toma de decisiones, ya que es un mero operario. Recuerda la sentencia de la Sala Laboral de la CSJ del 22 de abril de 61, que transcribió en apartes en la demanda. Que, equiparando la función de maquinista de locomotora, es como conducir un tracto camión por una vía nacional de Colombia, que debe tener una preparación idónea y tener la capacidad, lo cual hace FENOCO con sus trabajadores que desarrollan esta actividad como operarios maquinistas, como lo dijo la Sala de Casación Laboral en sentencia del 19 de julio de 2006, MP Dr. Carlos Isaac, radicación 24428, en un caso similar al aquí planteado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico verificar si los cargos desempeñados por el demandante pueden considerarse o no, como de dirección, confianza o manejo.

Está acreditado y no existe controversia entre las partes, que el demandante ingresó a la demandada el 1.º de enero de 2006, como ayudante de maquinista, mediante contrato de trabajo a término indefinido, y que desde el 1.º de diciembre de 2014, se desempeña como maquinista, contrato de trabajo que se encuentra vigente.

En el contrato de trabajo, se dijo en su cláusula primera, que el cargo de ayudante de maquinista era de dirección, confianza y

manejo, lo que se reiteró en la cláusula tercera (f.º 29-30). Asimismo, en comunicación del 1.º de diciembre de 2014, la demandada informa al actor que ha sido promovido al cargo de Maquinista de Locomotora asignada al área de operaciones Ferrocarril (f.º 31).

El artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que son representantes del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, los que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, contenida en las sentencias citadas por el juzgado, tiene establecido que la verdadera naturaleza de los cargos de dirección, confianza y manejo debe mirarse más en atención a las especiales funciones de ellos y a lo que muestra la realidad de la actividad diaria, con independencia de que en el contrato de trabajo o en acto posterior se haya calificado como tal.

Los testimonios de Luis Ramón Pérez Rodríguez y Javier Gómez Trespalacios, son concordantes en señalar que el demandante manejaba el tren con autonomía y era libre de imprimirle la velocidad que estimara pertinente, tanto así, que si se presentaba algún inconveniente, estaba facultado para detener la máquina. Y como lo dijo el segundo, una vez subido al tren el demandante tenía plena autonomía en su conducción, pues no podía decirle qué hacer, a pesar de ser el supervisor. Igualmente, el primero señaló que el tren arrastraba 150 vagones, lo que supone que es una máquina sumamente voluminosa, lo que de por sí indica el alto grado de

responsabilidad que tenía el demandante, tanto como ayudante de maquinista, como de maquinista.

Y es que en la misma demanda, él alega que como maquinista su función era la de manipular y conducir el equipo tractivo del tren como eran las locomotoras, a las que debía realizar pruebas y verificar indicaciones durante el recorrido, y recibía indicaciones al realizar maniobras, y que como ayudante de maquinista debía revisar e inspeccionar el tren, elaborar y ejecutar maniobras, manipulación de cambiar vías, ubicación de góndolas para cargue y descargue, comunicaciones e inspección de trenes y del buen funcionamiento y reporte de fallas.

En el presente asunto, es indudable que los cargos desempeñados por el demandante pueden considerarse como de dirección, confianza y manejo, pues manejar u operar un tren con 150 vagones conlleva una alta y delicada responsabilidad que implica que deben ser asumidas por un trabajador sumamente capacitado. Si a ello se le agrega que de conformidad con el certificado de Cámara y Comercio (f.º 153-159), la actividad principal de la demandada es la extracción de hulla (carbón de piedra), que es el producto que se transporta principalmente en los trenes, lo anterior cobra fuerza, pues como lo señaló el juzgado, un tren de semejante magnitud representa una carga sumamente importante para la empresa.

De otro lado, también le asiste razón al juzgado cuando señala que así se considerara que los cargos desempeñados por el demandante no son de dirección, confianza y manejo, de todas maneras, no hay prueba precisa sobre el trabajo suplementario realizado por el actor, además de que como igualmente se señaló en la demanda, el actor laboraba por turnos en horarios diferentes con

descansos de 3 días en uno y de cuatro en otro, pero sin que se estuviera acreditado que en realidad el demandante laboraba en turnos de más de 12 horas y hasta de 24 horas corridas, lo que hace que en este eventual caso no se tengan elementos de juicio para cuantificar las pretensiones.

Y por último, es de anotar que no está alejado de la realidad el *a quo*, cuando afirmó también, que en el contrato de trabajo se pactó en el párrafo primero de la cláusula cuarta, que dentro de la remuneración las partes acordaban que el 15% de su monto, correspondía a los recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos que se llegaren a causar en el desarrollo de la labor contratada, lo que se convierte en otro escollo más que impide despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada sin que haya lugar a costas, ante su no causación.

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

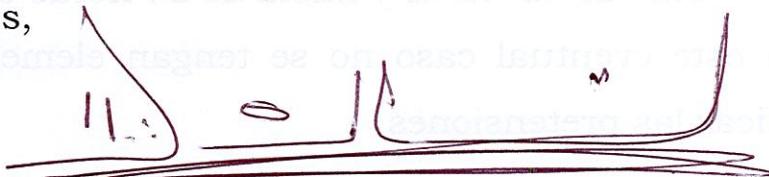
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

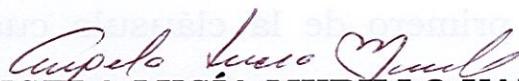
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

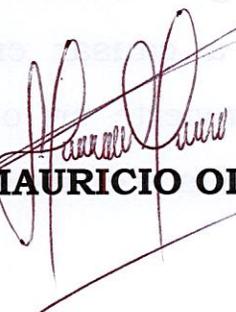
Los Magistrados,



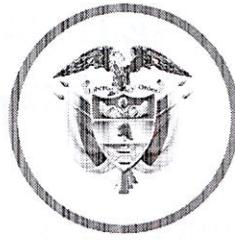
DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
ACLARO VOTO



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **EDWIN JAVIER ZAMUDIO PARRA** en contra de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES**.

EXP. 11001 31 05 014 2018 00102 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de septiembre de 2015 y el 15 de diciembre de 2016, en el que se desempeñó como Coordinador de Promoción con un último salario de \$3.200.000 mensuales; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de \$9.612.288, por concepto de comisiones por metas asignadas para el primer semestre de 2016, el reajuste de la liquidación final de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones e indemnización teniendo en cuenta dicho monto como base salarial, y la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, (f.º 42, 43).

Como sustento relevante de sus pretensiones, señaló que en su calidad de Ingeniero Comercial, se desempeñó como Coordinador de Promoción, al servicio de la demandada y siempre cumplió a cabalidad con las funciones propias de su cargo, relacionadas con la captación de información de los aspirantes, capacitación y orientación del trabajo de los gestores comerciales, diseño, ejecución y evaluación de estrategias de mercado novedosas, organización de eventos institucionales, entre otras; el 23 de febrero de 2016, el Gerente de Promoción Institucional, le envió a él y a todo el personal que se encontraba en función del proceso de promoción presencial, una invitación vía correo electrónico para participar en la reunión del 29 de febrero siguiente, relacionada con el “Plan de comisiones portafolio presencial”, a la cual asistió en donde se socializó dicho esquema de comisiones para participar en la campaña del primer semestre de 2016, los valores a pagar y el cumplimiento proyectado.

En dicha reunión, se informó que para marzo se conocería el número total de matriculados que permitiría medir el resultado de cierre de campaña y que hasta junio se liquidaría las comisiones, previa definición mediante memorando, del pago gradual para dicho mes, julio, agosto y septiembre, el cual se debía registrar autorización para el pago de comisiones, por parte del Jefe de Costos y Presupuestos y la Gerencia de Gestión Humana; el 1.º de junio de 2016, se envió un memorando firmado por el Gerente de Talento Humano y el Jefe de Costos y Presupuestos, en el cual se determinaron las bases de cálculo de bonificaciones para las sedes de Bogotá y Cartagena, y que por el cumplimiento de metas socializado en la reunión mencionada, él recibiría la suma total de \$9.612.288, el cual sería cancelado gradualmente por \$2.403.072 mensuales, entre junio y septiembre de 2016.

Sin embargo, llegó agosto y no se pagaron tales montos, y en septiembre el Gerente de Talento Humano, citó a una reunión al equipo de gestores comerciales beneficiarios del mencionado plan, para informarles que no se haría el pago de tales comisiones, sin justificación alguna, por ende, en su liquidación definitiva del contrato de trabajo, no se registró dicho pago (f.º 43-47).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 11 de mayo de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 55), quien contestó con oposición con el argumento de que el demandante no tenía derecho a comisiones, porque a pesar de que surgió la iniciativa de pagarlas, la misma no fue aprobada por la presidencia de la Fundación y tampoco fue objeto de algún acuerdo de voluntades plasmado en algún escrito; propuso como excepciones de mérito las

de falta de causa, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación (f.º 141-159).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar en lo que interesa a la alzada que el memorando del 1.º de junio de 2016, solamente es una solicitud o iniciativa de pago de bonificaciones de la Vicerrectoría de Extensión y Proyección Social, dirigida a la Presidencia de la universidad, por lo que para que la misma surtiera efectos era necesario seguir un conducto regular, de conformidad con los estatutos de la institución; no obstante, la propuesta fue avalada por la Presidencia, siendo tal hecho conocido por todo el personal, por lo tanto, no tuvo la virtualidad de configurar el derecho a que el demandante recibiera comisiones; aunado a que no existe documento en el que las partes determinaran las condiciones para recibir el pago reclamado, que ni siquiera fue pactado en el contrato de trabajo suscrito entre estas (f.º 185, 186).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante sostuvo que tiene derecho al pago de las comisiones reclamadas, por haber cumplido con las metas asignadas para el primer semestre de 2016, de conformidad con el memorando del 1.º de junio de dicho año, en el que la empleadora aceptó su obligación con las correspondientes firmas de quienes eran encargados de determinar el monto y forma de pago, de modo que no se puede hacer a un lado dicha obligación, la cual también se impuso en la reunión del 29 de febrero de la mencionada anualidad, así que

consideró que son derechos de orden público e irrenunciables; aunado a lo anterior, tales comisiones son remuneraciones al desempeño de su actividad como trabajador, correlacionadas con el cumplimiento de metas, las cuales deben ser tenidas en cuenta como factor salarial para el pago de sus acreencias laborales, máxime cuando participó en la mencionada campaña y cumplió al 100% con las metas para cumplir el presupuesto requerido por la universidad. Por lo que considera que la demandada actuó de mala fe al sustraerse de esa obligación, y así debería ser condenada al pago de la moratoria.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, la viabilidad en el pago del monto peticionado por concepto de comisiones, esto es, \$9.612.288 por metas asignadas para el primer semestre de 2016, así como su posible naturaleza salarial, para ser consideradas como tal dentro de liquidación de las acreencias laborales del demandante. Finalmente, se establecerá si hay lugar a reconocer la indemnización moratoria en los términos reclamados.

El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que son el empleador y el trabajador quienes pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales; evidentemente al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 *idem*, las comisiones hacen parte del salario, por ende, estas deben ser pactadas mutuamente.

Lo anterior, por cuanto el contrato de trabajo es eminentemente consensual, de ahí que las partes pueden acordar las condiciones en

las que se desarrollará el mismo, es decir, el tiempo de duración del contrato, las funciones a realizar durante su vigencia, la remuneración, etc.; sin embargo, en relación con el pago de las comisiones, debe quedar perfectamente plasmado en el texto del contrato de trabajo o en algún otro documento para que las partes a futuro, recuerden los compromisos acordados y ello sirva de prueba para demostrar de alguna manera esas condiciones ante un tercero, y de allí se desprenda la obligación clara en cabeza del empleador frente a su trabajador, con el fin de que este perciba lo así pactado por la prestación de sus servicios.

Descendiendo al caso en concreto, de f.º 160 a 164, reposa copia de la Resolución n.º 1966 de 2007, en la que se establecieron los estatutos de la fundación universitaria demandada, y se dispuso en el artículo 38, como función del Presidente del Claustro, entre otras, aprobar la planta de personal y fijar su remuneración.

De f.º 4, 5, 82, 83 reposa el contrato de trabajo, y en la cláusula 9.ª las partes de esta litis pactaron como remuneración la suma de \$2.800.000 mensuales cancelados por quincenas vencidas, y en las cláusulas 10.ª y 11.ª, se habla acerca de los conceptos no salariales, sin embargo, allí no se hace alusión a pago alguno de comisiones como Coordinador de Promoción en la Gerencia de Promoción Institucional, cargo para el cual fue contratado el demandante a partir del 28 de septiembre de 2015.

Según el 'otrosí' suscrito el 4 de julio de 2017, que reposa a f.º 135 y 136; el 4 de enero de 2016, se suscribió un contrato de trabajo entre las partes, que dentro del plenario no fue aportado; sin embargo, en el 'otrosí' se pactó un plan de incentivos, pero para el año 2017.

A f.º 84, reposa comunicación del Gerente de Talento Humano, en el que se le comunica al demandante que a partir del 1.º de agosto de 2016 tendría una remuneración mensual de \$3.200.000; este vínculo culminó el 15 de diciembre siguiente, y en ello no hay discusión, lo cual se acredita con la carta de terminación del contrato, liquidación final de prestaciones sociales y su pago que reposan a f.º 16, 109-111.

Ahora, se aportó un correo del 29 de febrero de 2016, en el que se citó a varias personas a una reunión que ser llevaría a cabo ese día a las 10 a.m. en la Sala de Juntas de Vicepresidencia Administrativa de la Sede Bolívar, cuyo asunto se denominó 'plan de comisiones portafolio presencial' sin contenido adicional alguno (f.º 8); sin embargo, teniendo en cuenta que se trata de correos institucionales a los que fue dirigida la invitación, no se tiene la certeza de que hubiese sido dirigida expresamente al demandante, en la medida en que se invitaron a 8 cuentas de correo institucional que son genéricas y no tienen un nombre propio.

Obra a f.º 10, 11, 121 y 122, un memorando suscrito el 1.º de junio de 2016, por el Vicerrector de Extensión y Proyección Social, y dirigido exclusivamente a la Directora de Promoción y Desarrollo Humano, en el que se indican las bases de cálculo de unas bonificaciones para la sedes de Bogotá y Cartagena, para los Gestores Comerciales y Coordinadores Comerciales, a partir del cumplimiento de las metas de nuevos estudiantes de primer semestre matriculados; se establecieron unas metas de estudiantes nuevos para Bogotá, y otras para Cartagena, así como el monto de las bonificaciones por nuevo estudiante de primer semestre de esas sedes, las cuales serían reconocidas en proporción al tiempo de participación de cada empleado en campaña semestral de matrículas, durante 4 meses y los soportes que debían presentarse para tal efecto, para un total de

\$9.612.288 por Coordinador a razón de 1301 estudiantes en total en los grupos de Bogotá (1181) y Cartagena (120), valor que según la liquidación allí elaborada le correspondería al demandante, por haber tenido un 100% de participación en la campaña, pagaderos de a \$2.403.072 entre junio y septiembre de 2016, y otros montos que serían designados para 4 personas más, como Gestores Comerciales.

Obra a f.º 8 y 120, el correo electrónico suscrito el 15 de junio de 2016, por el Jefe de Costos y Presupuestos dirigido a Gerencia Promoción Institucional de la fundación demandada, en el que se le remitió solicitud de pago de bonificaciones de promoción de los 4 gestores y 1 coordinador de la sede de Bogotá, con el fin de tomar el visto bueno de Presidencia, y así proceder a hacer los pagos correspondientes por parte de Promoción y Desarrollo.

Si bien, ese monto fue reclamado por el demandante 4 días después de haber finiquitado el vínculo laboral, esto es, el 19 de diciembre de 2016, la encartada negó tal petición el 23 de diciembre siguiente, y el 12 de enero de 2017, señaló que tal decisión obedece a que la solicitud que elevó Vicerrectoría de Extensión y Proyección Social no fue aprobada por la Presidencia de la Institución, por lo que ni se implementó ni se ejecutó el sistema de bonificaciones propuesto, lo cual, según la comunicación, le fue informado tanto al demandante como al resto de personal en reunión llevada a cabo el 9 de septiembre de 2016 (f.º 13-15, 16-20, 123-127).

Para acreditar al aspecto, se allegó certificación suscrita el 15 de junio de 2018, por quien fungió como Coordinador de Costos y Presupuestos en el año 2016, y como Director de Planeación Financiera en el año 2018, en la que consta que en el mes de febrero de 2016, se celebró una reunión con el personal de la Vicerrectoría de Extensión y Proyección Social, quien tuvo la iniciativa de proponer

el pago de unas bonificaciones para el equipo de Gestores Comerciales, Coordinadores Comerciales, Docentes y Decanos de la Institución, con el propósito de ser presentada a través de un borrador de justificación, ante la Presidencia del Claustro, para su aprobación; sin embargo, tal aprobación no se logró por parte de la Presidencia, motivo por el cual, se le solicitó al Gerente de Talento Humano de la Fundación que le informara la decisión tomada a quienes serían beneficiarios de tal iniciativa, lo cual ocurrió en septiembre de 2016 (f.º 128).

Dichas situaciones, las reafirmó en su declaración rendida ante la *a quo*, en la que agregó que la propuesta no fue aceptada por Presidencia, quien es la encargada de tal situación por virtud de los estatutos del Claustro, por haber sido presentada a destiempo, porque el proceso de matrículas terminó finalizando febrero, mientras que la propuesta se pasó en junio iniciando semestre, por unos ajustes que debió hacerse, y porque no estaba muy concreta frente a los hechos que ya habían sido cumplidos a nivel nacional, porque la idea era incluir en la misma, a las sedes Bogotá y Cartagena debido a que el presupuesto de la institución es integral para ambas y por períodos anuales; que tal decisión, fue informada al equipo comercial por César Nieto, mediante una reunión celebrada en septiembre en la que estuvo presente tanto el demandante como él (el testigo) y otras personas más; que cuando se obtenía aprobación de los incentivos, se formalizaban a través de un 'otrosí' a los contratos de trabajo de los beneficiarios.

También, se aportó certificación expedida el 15 de agosto de 2018, por la Secretaria General de la Fundación encartada, en la que hace constar que de conformidad con el artículo 38 de los Estatutos de la universidad, la función de aprobar la planta de personal y de fijar su remuneración, es exclusiva del Presidente del Claustro, por lo

que cualquier modificación que se efectúe al esquema de remuneración establecido para todos los trabajadores de la universidad, requiere ser previamente evaluado y aprobado por dicha persona, quien no aprobó las propuestas presentadas a través de un memorando de fecha 1.º de junio de 2016, por la Coordinación de Promoción adscrita a la Vicerrectoría de Extensión y Proyección Social, relacionadas con el reconocimiento de bonificaciones y comisiones a favor de los trabajadores, incluido el aquí demandante, por metas a cumplir respecto al número de estudiantes matriculados para el primer semestre del año 2016 (f.º 129).

Adicional a ello, obra a f.º 180 una certificación expedida el 6 de agosto de 2019, por la Secretaría General de la Universidad, en la que consta que para el primer semestre del año 2016, los estudiantes matriculados a nivel nacional fueron 1232, esto es, en la sede de Bogotá fueron 1192 y en Cartagena fueron 40, mientras que la meta nacional propuesta en el plan de incentivos, era de haber vinculado a 1301 nuevos estudiantes, y como para el año 2016 no se pactaron, ni se autorizaron bonificaciones por parte del Presidente del Claustro, tampoco se firmó algún ‘otrosí’ a los contratos de trabajo por dicho concepto.

Las anteriores probanzas, soportan las afirmaciones realizadas en el interrogatorio de parte por César Alfredo Nieto Liche, Jefe de Talento Humano y representante legal de la fundación demandada, al señalar que siempre firma las decisiones que autorice la Presidencia del Claustro, tales como contratos de trabajo, terminaciones de los mismos, los ‘Otrosíes’, pero siempre previa autorización de la Presidencia, porque así lo establecen los estatutos; que cuando se aprueban planes de incentivos como bonificaciones o comisiones, siempre se firma un ‘otrosí’ con los trabajadores, pero en el año 2016, no se realizaron en la medida en que no se aprobaron

los incentivos por parte de Presidencia como sí ocurrió en el año 2017, porque se demoraron en el proceso, pese a que se le presentó al absolvente, la propuesta, teniendo en cuenta que cada semestre hay unos nuevos incentivos sobre unas metas que se deben cumplir a nivel nacional, no solo a nivel de sede Bogotá o Cartagena; motivo por el que, al no haber sido aprobada la propuesta de incentivos para el primer semestre del año 2016, él realizó una reunión en la que le informó a todos los que hubieran podido resultar beneficiados de las bonificaciones, para comunicarles la negativa decidida por el Presidente del Claustro. También, reafirmó lo atinente a que dicho Presidente es la única persona que tiene la potestad en toda la fundación de aprobar la modificación a los salarios, a través de esa clase de incentivos o bonificaciones.

Además, el demandante por su parte, admitió en el interrogatorio de parte, que no fungió como Coordinador de Promoción a nivel nacional, en la medida en que, en Cartagena, también existía ese cargo.

El testigo Óscar Fernando Osorio Vega, sostuvo que tanto él como el demandante fueron citados a través de correo electrónico, a la reunión atrás mencionada que se llevó a cabo el 29 de febrero de 2016, en donde les hablaron de unas comisiones, pero a dicha reunión no asistió el Presidente de la Fundación; que el cargo que ocupó el demandante no tenía cobertura a nivel nacional, sino solo en la sede de Bogotá; que en septiembre de ese año César Nieto, los citó a una reunión en la cual les informó que no se iba a realizar el pago de esas comisiones ya que la Presidencia no las había aprobado.

Y la testigo Juliana Gómez Enríquez, Jefe de Administración y Compensación, quien responde por nómina y contratación de la demandada, además de hacer alusión a todas estas situaciones

fácticas, sostuvo que en los contratos de trabajo siempre se pactaba la remuneración fija, pero cuando se iban a reconocer comisiones se formalizaba tal aspecto a través de un 'otrosí', siempre y cuando haya lugar a ello, y se hayan aprobado por parte del Presidente, para efectos de proceder a ingresar la novedad a nómina, lo cual no ocurrió para el año 2016, porque la propuesta de incentivos se presentó tarde y no estuvo bien sustentada, a pesar de que varias personas trabajaron en ello, mientras que tales incentivos sí fueron aprobados y pagados para el año 2017, que fue cuando se realizaron los 'otrosíes'.

De manera que, analizando en conjunto el material probatorio aquí reseñado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, se concluye que en efecto, hubo una iniciativa de bonificaciones o comisiones por estudiante matriculado, en la que si bien se adujeron unas metas a alcanzar y algunos valores a reconocer para determinado personal por el cumplimiento de las mismas, la verdad es que por una parte, todo apunta a que tales metas se fijaron para ser alcanzadas a nivel nacional, es decir, no solo en la sede Bogotá; y por otra parte, que para ser efectivas tenían que tener la aprobación exclusiva por parte de Presidencia, primero, porque así se encuentra establecido en los estatutos del Claustro, y segundo, porque esa aprobación también depende de un presupuesto nacional anual.

Por tal motivo, a pesar de que en el memorando del 1.º de junio de 2016, se indicaron las bases de los cálculos para la liquidación de las comisiones que echa de menos el demandante, del mismo no se desprende una obligación expresamente exigible de la fundación hacia el demandante, porque a pesar de que allí se habló de un valor que le podría ser reconocido en su calidad de Coordinador de Promoción, que es la única prueba sobre la cual el apelante basa sus

pedimentos, lo cierto es, que la fundación encartada corrió con la carga probatoria impuesta por los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, para efectos de establecer que de conformidad con el trámite interno institucional que se tiene para efectos de hacer determinado pago, todo este tipo de propuestas tienen un escalamiento que finalmente son formalizadas a través de ‘otrosíes’ en donde las partes pactan el pago de sumas adicionales al salario básico, siempre y cuando toda esa gestión haya tenido un aval del órgano máximo del Claustro.

Este procedimiento, no puede ser desconocido como ahora lo hace el apelante, por cuanto él mismo, en una posterior vinculación laboral a la cual se hizo referencia a lo largo de todo el debate probatorio, suscribió un ‘otrosí’ en el que pactó con la encartada el pago de unas comisiones por su desempeño en el año 2017, y a través de otros medios probatorios aquí reseñados, se pudo concluir que incluso en el año 2014, hubo un incentivo propuesto y avalado por Presidencia para el personal de aquella época, pero para el año 2016, no hubo ejecución de comisión alguna a nivel nacional.

Así las cosas, considera la Sala que la valoración probatoria que efectuó la *a quo* estuvo ajustada a derecho, por lo tanto, la decisión absolutoria debe ser confirmada, en la medida en que las comisiones de las que aquí se pretende el pago, no pueden ser arrojadas a *motu proprio* simplemente por aparecer el nombre del demandante con un posible valor a reconocer, en una de las propuestas que se elevaron a Presidencia, con el fin de obtener su aval.

Dado el resultado del proceso, se hace innecesario emitir pronunciamiento alguno en relación con los demás problemas jurídicos planteados, por sustracción de materia. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ALBERTO FRANCISCO GÓMEZ TÉLLEZ** contra la **CORPORACIÓN TECNOLÓGICA DE BOGOTÁ.**

Litis consorte necesario **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 016 2017 00365 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuesto por la parte demandada Corporación Tecnológica de Bogotá, respecto de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que el traslado de Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el 1.º de mayo de 1998, es nulo e ineficaz, y que esta válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por otro lado, que se condene a Colfondos S.A., a realizar el traslado de los aportes realizados por el accionante a Colpensiones, que tanto la administradora de Régimen de Prima Media como el fondo de pensiones privado paguen los intereses moratorios más altos sobre las mesadas pensionales atrasadas.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó que la Corporación Tecnológica de Bogotá, debe realizar cálculo actuarial por las semanas de cotización del 16 de agosto de 1979 al 27 de marzo de 1985, que el accionante es beneficiario del Régimen de transición consagrado en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, que tiene derecho a trasladarse de Régimen en atención a la sentencia SU-062 de 2010, y que por ser beneficiario del Régimen de Transición tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez por parte de Colpensiones desde el momento de cumplimiento de los 60 años junto con el retroactivo e intereses moratorios.

Así mismo, el apoderado la parte demandante posteriormente, realizó reforma a la demanda en el sentido de modificar las pretensiones principales como subsidiarias y viceversa, de otro lado, retiró la pretensión principal n.º 3, y agregó, la pretensión subsidiaria declarativa 3.^a, y la pretensión subsidiaria condenatoria 6.^a (f.º 400).

Finalmente, que el juez acuda a sus facultades Ultra y Extra Petita y que se condenara al pago de las costas procesales a la demandada.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, indicó que nació el 18 de abril de 1954, que al 1.º de abril de 1994, contaba con más de 40 años, que se afilió al I.S.S. el 31 de agosto 1984, que el 1.º de mayo de 1998, efectuó el traslado de Régimen Pensional.

Por otro lado, señaló que laboró para la Corporación Tecnológica de Bogotá, desde el 16 de agosto de 1979 hasta el 30 de mayo de 2007 de forma continua, en el cargo de profesor y subdirector, que sus funciones eran entre otras: gestión de las importaciones de químicos para la demandada, gestión de las importaciones de vidrio y docencia presencial de la asignatura de inglés, que su jefe era el señor Hernando Campos Rodríguez, de quien recibía instrucciones, órdenes y directrices, que cumplía un horario de 8:00 am a 1:00 pm y de 4:00 pm a 8:00 pm, que el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 1979 hasta el de marzo 27 de 1985, no se encuentra reflejado en la historia laboral de Colpensiones.

Manifestó, que el fondo privado Colfondos S.A. no le informó las consecuencias de su traslado, ni el posible valor de su mesada pensional, así como tampoco las consecuencias que acarrearía su traslado, y menos que este traslado implicaría la pérdida del régimen de transición, que posee un total de 1435 semanas cotizadas entre los dos regímenes, que la mesada pensional ofrecida por Colfondos es desfavorable respecto a la que le pagaría Colpensiones.

Agregó, que el tiempo trabajo en la Corporación Tecnológica de Bogotá, que no se encuentra reflejado en la historia laboral es el equivalente a 15 de aportes, que ha solicitado en diferentes

oportunidades, hasta por medio de tutelas, corrección de historia laboral del periodo de tiempo del 16 de agosto de 1979 hasta el de 30 de mayo de 1985, y Colpensiones no ha realizado dicha corrección, que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, contaba con más de 760 semanas cotizadas.

Mencionó, que el 27 de febrero de 2017, radicó derecho de petición ante la Corporación Tecnológica de Bogotá solicitándole el pago de los aportes adeudados a Colpensiones, así como certificación laboral con extremos temporales, salario de cada año y cargo que desempeñó, sin que a la fecha se hubiere recibido respuesta alguna, que el 22 de marzo de 2017, solicitó a Colpensiones admitir su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aceptarlo como beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, acreditar los tiempos de cotización del 16 de agosto de 1979 hasta el de 30 de agosto de 1984, y que se le concediera la pensión de vejez, en la misma fecha pidió a Colfondos S.A. el traslado del régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y consecuentemente, la devolución de los aportes con sus rendimientos, el 26 de abril de 2017, elevó petición ante el fondo privado a fin de que allegara pruebas de las gestiones que realizó para asesorarlo al momento de su traslado, el 27 de abril de 2017, solicitó a Colpensiones declarar nulo el traslado del R.A.I.S. al R.P.M. y el reconocimiento de la pensión de vejez, finalmente, agregó que a estas dos solicitudes impetradas ante los fondos hasta esa fecha no se le habría dado respuesta alguna.

Finalmente, señaló que su empleador no la afilió ni cotizó al I.S.S., por lo tanto, la entidad no ha reconocido pensión alguna (f.º 193-210).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 29 de septiembre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 232-233), mediante providencia calendada el 13 de octubre de 2017, el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá corrigió el n.º 1.º del auto admisorio de la demanda en la forma solicitada por la parte actora (f.º 236).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición parcial a las pretensiones, indicó que de conformidad al Decreto 692 de 1994 y la voluntad expresada en el formulario de afiliación del demandante, se evidencia que el fondo privado cumplió con las exigencias legales y que el accionante conocía las características de cada uno de los regímenes, por lo que es claro que el demandante expresó su voluntad de traslado.

Agregó, que el demandante no hizo uso del derecho de retracto de la afiliación al fondo de pensiones privado; indicó, que el demandante al momento de efectuar su traslado contaba con 500 semanas de cotización, y no tenía régimen de transición por lo que tenía las mismas probabilidades de pensionarse por vejez en ambos regímenes.

Señaló, que en el presente caso no se evidencia vicio representado en fuerza y mucho menos en dolo, en cuanto al error indicó que este, sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento.

Frente a la prescripción, adujo que si se llegase a concluir que la vinculación del demandante estuvo viciada, y por ende, se declarara

nulidad relativa, dicha nulidad estaría prescrita, de conformidad al Artículo 150 del Código Civil.

Formuló como excepciones las de validez de la afiliación a Colfondos, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, e innominada o genérica (f. ° 361-374).

En cuanto a la reforma de la demanda, **COLFONDOS** manifestó su no oposición a la pretensión subsidiaria declarativa 3.^a, y con oposición a la pretensión subsidiaria condenatoria 6.^a. (f. °486-500)

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que la afiliación del demandante al R A I S tiene plena validez y legalidad, debido a que no se probó por parte del accionante alguna causal de nulidad; agregó, que es obligación de cada persona informarse antes de tomar alguna decisión, pues el desconocimiento de la Ley no es excusa.

Añadió, que el transcurso del tiempo subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido suceder, porque el demandante nunca dejó de cotizar, y tampoco presentó alguna queja o reclamo en relación a su traslado, dijo que no es procedente el traslado del actor, toda vez que en la legislación vigente se encuentra prohibido el traslado de régimen para aquellas personas que le faltaren 10 años o menos para adquirir la edad pensional, situación en la que se encuentra el demandante.

En cuanto al régimen de transición, adujo que si bien el accionante es beneficiario de este, pero de conformidad al acto legislativo 01 de 2005, no cuenta con la densidad de semanas de las

750 semanas allí establecidas, por esto todas las Resoluciones expedidas por Colpensiones se encuentran ajustadas a derecho.

Respecto al dolo, señaló que debe ser probado por quien lo alega, y dentro de la demanda solo se hicieron afirmaciones que no encontraban respaldo probatorio, por lo que no puede imputar como causal de nulidad.

Finalmente, aseveró que hasta tanto exista una relación laboral con sus trabajadores, es el empleador el responsable de realizar los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones, so pena de recibir sanciones bien sea administrativas o judiciales por el incumplimiento.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, e innominada o genérica (f.º 375-386).

De la reforma de la demanda, **COLPENSIONES**, se abstuvo de realizar pronunciamiento alguno, (f.º 503-504).

La **CORPORACIÓN TECNOLÓGICA DE BOGOTÁ**, se opuso parcialmente a las pretensiones, aseveró que el demandante nunca ejecutó o desarrolló contrato alguno con la Corporación entre el 16 de agosto de 1979 al 27 de marzo de 1985, no recibió órdenes o instrucciones, no existió subordinación laboral, únicamente se celebraron varios contratos de trabajo de forma discontinua autónoma e independiente desde el 28 de marzo de 1985, efectuando los aportes al sistema de pensiones.

Agregó, que la corporación Tecnológica de Bogotá no es la empresa empleadora, ni la deudora de los aportes a la seguridad social en pensión del accionante, que siempre ha obrado bajo el principio de buena fe, que al demandante no se le adeuda ninguna deuda por concepto de seguridad ni por cualquier otro concepto, puesto que no existió entre las partes una relación jurídica contractual.

Afirmó, que el actor nunca prestó sus servicios de forma permanente, ni bajo continuada subordinación o dependencia durante el periodo de tiempo entre el 16 de agosto de 1979 al 27 de marzo de 1985, por esto, hay ausencia de los elementos del contrato de trabajo, y es imposible ejercer las potestades reglamentarias y disciplinaria, adicionó que no tiene obligaciones con la demandante, porque no existe contrato de trabajo y no se generaron los derechos pretendido.

Propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: inexistencia del contrato del trabajo, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción, falta de legitimación den la causa por pasiva, inexistencia de sustitución o cambio de empleador, inexistencia de unidad de empresa entre la Corporación Tecnológica de Bogotá, el Instituto Tecnológico de Bogotá, la Escuela de Química Industrial y el Instituto Grancolombiano LTDA. y genérica (f.º 388-397).

Mediante oficio, el apoderado de la parte demandada efectuó subsanación a la contestación de la demanda (f.º 484), de conformidad a lo dispuesto por el *a quo*, en auto del 24 de abril de 2018 (f.º 482), en cuanto a la reforma de la demanda, **CORPORACIÓN TECNOLÓGICA DE BOGOTÁ**, con oposición a la pretensión

subsidiaria declarativa 3.^a y sin oposición a la pretensión subsidiaria condenatoria 6.^a, (f. °485)

En audiencia llevada a cabo el 25 de febrero de 2019, la parte actora manifestó que desistía de las pretensiones de la demanda respecto a Colpensiones y Colfondos S.A., adicionalmente solicitó que no se tuvieran en cuenta las pretensiones principales declarativas 3,4,5 y de las condenatorias 7 y 8 de la reforma de la demanda, de las subsidiarias 1,2 y 3, y las pretensiones subsidiarias condenatorias 4,5 y 6, modificó la pretensión 9 subsidiaria, en el sentido de que se condene a la Corporación Tecnológica de Bogotá al pago de indemnización a título de lucro cesante.

El Juez 16 Laboral del Circuito decidió: Primero; aceptar el desistimiento de la demanda en contra de Colpensiones y Colfondos S.A., segundo; ordenó que permaneciera vinculada al proceso Colfondos S.A. como Litis consorte necesaria de la demandada, y tercero; condenó en costas a la parte actora, por un valor de \$350.000 a favor de Colpensiones, por el desistimiento efectuado.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de octubre de 2019, declaró que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre la Corporación Tecnológica de Bogotá como empleadora y al demandante en calidad de trabajador, con vigencia entre el 16 de agosto de 1979 hasta el 30 de mayo de 2007, condenó a la Corporación Tecnológica de Bogotá a pagar a Colfondos el valor de cálculo actuarial, respecto de las cotizaciones dejadas de efectuar desde el 16 de agosto de 1979 hasta el 27 de marzo de 1985, a Colfondos a efectuar el cálculo actuarial de conformidad a lo establecido en el Decreto 1887 de 1994, y las normas concordantes,

dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la Sentencia, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la Corporación Tecnológica de Bogotá.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **CORPORACIÓN TECNOLÓGICA DE BOGOTÁ**, interpuso recurso de apelación, donde argumentó que el desconocimiento de documentos no es más que oponerse a la presunción de autenticidad del mismo, es decir, la parte demandante o la parte quien presenta el documento, es quien tiene la carga de la prueba demostrar que es auténtico.

Complementó, que el certificado de existencia y representación legal fue desvirtuado por la confesión del señor demandante, en donde informó que para la época en que la que se señaló en la demanda que había comenzado a trabajar con la demandada, está ya no existía. Alegó además, que el representante legal de la Corporación Tecnológica manifestó que no existía esa entidad para ese tiempo, y que de igual forma, lo hizo el testigo quien es hoy en día el rector, quien dijo que desconocía las situaciones laborales subordinadas de fecha anterior a 1985.

Adujo, que el mismo testigo de la parte demandante reveló que existía antes otras instituciones, como lo eran, el Instituto Grancolombiano, el Colegio Grancolombiano y la Escuela de Química; además, afirmó que jamás se demostró en el expediente que hubiera habido una unidad empresa, una sustitución o cambio de empleador.

Aseveró, que no está probado dentro del proceso que hubiera habido una prestación del servicio desde el 6 de agosto de 1979 al 27

de marzo de 1985, al menos, no para la Corporación Tecnológica de Bogotá, ya que fue creada años después.

Afirmó que al haber desistido el demandante de las pretensiones en contra de Colpensiones, no podría la administradora privada de pensiones demandada hacer un cálculo actuarial para una época donde ni siquiera existía la Ley 100 de 1993, ni mucho menos el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como tampoco la demandada; añadió, que mal puede el juez señalar que la entidad demandada solamente cambió su razón social, porque esta afirmación no tiene ningún sentadero, y no hay ninguna prueba de ello.

Finalmente, puntualizó que no estaba de acuerdo con el salario decretado porque no está aprobado y el a quo tampoco dio cuenta en la sentencia de cuáles eran los salarios año a año del año del 79 al 85.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, verificar si entre el demandante y la entidad demandada Corporación Tecnológica de Bogotá existió un contrato de trabajo. En caso afirmativo, se determinará el salario para liquidar la condena por concepto del cálculo actuarial.

Es sabido que, para que exista contrato de trabajo es necesario que exista una prestación personal del servicio de una persona natural a otra persona natural o jurídica, una remuneración por dichos servicios, y la subordinación laboral, que consiste en la facultad que tiene el empleador de dar órdenes, directrices e instrucciones y la obligación que tiene el trabajador de acatarlas.

Reunidos esos elementos, hay contrato de trabajo cualquiera que sea la denominación que le den las partes, de acuerdo con los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

El artículo 24 del citado código, establece que cuando hay una prestación personal de servicio, esta prestación se entiende regida por un contrato laboral. La jurisprudencia ha dicho que cuando está acreditada la prestación personal del servicio, corresponde a quien se benefició de ella demostrar que no hubo la subordinación propia de los contratos de trabajo sin importar el monto de la remuneración, pues cuando esta no es demostrada, deberá tenerse como tal el salario mínimo legal mensual vigente.

No es materia de controversia, que el aquí demandante laboró con la entidad demandada a través de la existencia de un contrato de trabajo desde el 16 de agosto de 1979 hasta el 30 de mayo de 2007, en virtud del cual el demandante cumplió entre otras labores, la de Rector, tal como se demuestra a folios 30 a 36 y 40-41 del expediente; por cuanto, el recurrente únicamente controvierte lo atinente al elemento de la subordinación jurídica frente a dicha vinculación, al aducir que dichos documentos (certificaciones y liquidación de prestaciones sociales) no fueron tachados de falsos, ni dicha situación fue materia de controversia en la primera instancia.

Dilucidado lo anterior, es preciso indicar que no es posible acoger los argumentos expuestos en la alzada, pues bajo los postulados de la normatividad aplicable al presente caso, es claro que ante la demostración de la prestación personal del servicio, sumada a la prueba de la remuneración percibida durante su ejecución, radicaba en cabeza de la demandada desvirtuar la presunción de la naturaleza contractual laboral de los acuerdos suscritos entre las partes, lo anterior, probando que las funciones o tareas encargadas habían sido

ejecutadas de manera autónoma por el demandante ,y sin que mediara la continuada subordinación respecto de la misma.

Circunstancias, que contrario a lo expuesto en el recurso, quedaron rebatidas con los documentos arriba mencionados, ya que de sus dichos se desprende que la labor realizada por el actor evidentemente estaba lejos de poder ser considerada autónoma.

Ahora bien, en lo atinente al cálculo actuarial, sea lo primero indicar que la afiliación de trabajadores particulares a la seguridad social en pensiones surgió desde la Ley 90 de 1946, cuando se creó el INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES, con el fin de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

Debido a que esa entidad tardó en asumir tales coberturas y bajo el entendido de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones por parte del empleador, éste asumía la obligación pensional conforme a lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo, artículo 260.

En torno al tema objeto de debate, desde la sentencia SL9856-2014, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtió que si bien la cobertura del ISS fue gradual y progresiva, el empleador tenía responsabilidades y obligaciones con relación a los periodos efectivamente laborados por el trabajador, pues la ley no lo excluyó de ese gravamen y los tiempos laborados respecto de quienes no tenían la obligación de afiliación, debe sumarse para el reconocimiento de la pensión de vejez:

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos

puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

[...]

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

Así se reiteró entre otras en las sentencias CSJ SL7647-2015, SL16086-2015, SL4072-2017, y recientemente, en la SL1515-2018, en la que se trató un asunto similar al que se pone en consideración de esta Sala, respecto a la obligación de pago de título pensional por periodos de vigencia de la relación laboral en los que no se efectuó afiliación y pago de aportes por el empleador, porque no había empezado la cobertura de los riesgos de I.V.M. del I.S.S., toda vez que se trataba de periodos anteriores al 1.º de enero de 1967, reiterando la Alta Corporación el criterio expuesto, para concluir que: «En esa dirección, se ha dicho que el pago del cálculo actuarial a cargo del empleador se justifica porque sería inequitativo e injusto que por la falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional, máxime que se trata de un lapso en que la obligación estuvo a cargo de aquel y, además, porque ello no resquebraja la estabilidad financiera del sistema, toda vez que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas».

Aunado a lo anterior, sostuvo en sentencias CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, que *mientras el derecho pensional esté en formación*, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, tampoco está sometida a prescripción, pues son

parte fundamental para la financiación y consolidación del derecho a la pensión.

Posición que ratificó en sentencia SL4103-2017, radicación n.º 49638, en la cual señaló que en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que *«...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.»* (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015).

Además, ha precisado la jurisprudencia en cita, que la falta de afiliación del trabajador da lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador, y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones. Y respecto a la aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de pensiones, bajo la idea de que son derechos en formación, que aquellos tienen *«...el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.»* (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015).

Por lo anterior, es claro que no le asiste razón a la recurrente, por cuanto si bien no era obligatorio efectuar aportes pensionales en los periodos de vinculación laboral del actor a cada una de ellas, ello no las exime de la obligación de responder por esos periodos, como

responsables que fueron del pago de las prestaciones patronales, hasta tanto se subrogó el riesgo pensional.

Por consiguiente, está llamada a pagar el cálculo actuarial por los periodos de vinculación laboral del actor, en los que no se efectuaron aportes pensionales, con destino a COLFONDOS, en los términos dispuestos en la sentencia impugnada, teniéndose en cuenta los salarios expuesto en las certificaciones arriba mencionadas, y no como lo adujo en su recurso el apoderado de la Corporación Tecnológica de Bogotá, que simplemente es un cálculo actuarial en la forma que previó el legislador para estos efectos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2.º del párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1887 de 1994, que lo reglamentó, determinando la forma en la que se obtiene el respectivo cálculo, al que deberán ceñirse las condenadas para dar cumplimiento a la decisión.

Las razones anteriores, son más que suficientes para CONFIRMAR la sentencia impugnada en los términos antes expuestos.

No se impondrán costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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

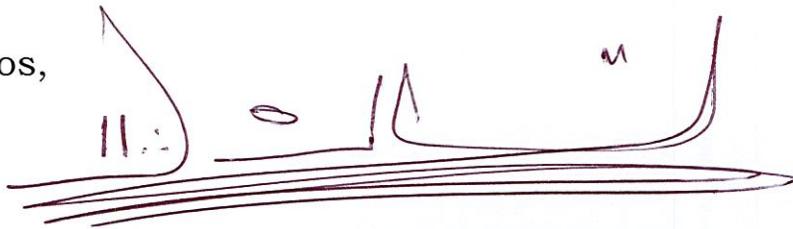
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de octubre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'David A. J. Correa Steer', with a horizontal line underneath.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón', with a horizontal line underneath.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', with a horizontal line underneath.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

RESOLUTIVO

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercera Instancia Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de octubre de 2015, en cuanto a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados



DAVID A. J. CORREA STEIER



ÁNGELA LUCÍA MUÑOZ VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ELSA VICTORIA SÁNCHEZ DE DROSTE** en contra de **MARTHA JULIETH RODRÍGUEZ GARCÍA**.

EXP. 11001 31 05 026 2017 00302 01

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de octubre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 15 de agosto de 2014 y el 17 de agosto de 2016, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías doblados, las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, aportes a vejez dejados de consignar entre el 9 de febrero de 2005 y el 5 de febrero de 2015, [sic] y la indexación (f.º 2, 3).

Como sustento relevante de sus peticiones, adujo que el 15 de agosto de 2014, fue contratada verbalmente por la demandada para desempeñarse como Auxiliar de Pastelería en el establecimiento de comercio denominado 'Cake's Paradise' de propiedad de la demandada, pactando para tal efecto un salario de \$649.500; sin embargo, el 15 de enero de 2015, el contrato de trabajo verbal pasó a ser escrito y se pactó una remuneración de \$676.000 mensuales para ese año, y \$813.800 para el año 2016; la demandada le otorgó vacaciones cada año fingiendo una terminación del contrato, pero nunca consignó el auxilio anual de cesantías, de manera que el vínculo nunca tuvo solución de continuidad (f.º 3, 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de agosto de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 50), quien contestó con oposición con el argumento relevante de que entre las partes existieron 3 contratos de trabajo y frente a cada uno le pagó a la demandante las acreencias laborales a las que tuvo derecho; propuso como excepciones de mérito las de pago, cobro de lo no debido,

inexistencia o falta de exigibilidad de la sanción, inadecuada interpretación de la realidad fáctica, nadie puede alegar en su favor su propia culpa (f.º 54-63).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 11 de octubre de 2019, declaró que entre las partes existieron 3 contratos de trabajo vigentes en los períodos comprendidos del 15 de agosto al 31 de diciembre de 2014, desde el 16 de enero hasta el 30 de diciembre de 2015, y entre el 15 de enero y el 17 de agosto de 2016, en consecuencia, condenó a la demandada al pago de \$4.000.000, por indemnización por despido sin justa causa, indexada al momento de su pago, más las costas y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra (f.º 103, 104).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, sostuvo que lo que surgió entre las partes fue una única relación laboral que inició en el 2014 y culminó en el 2016, por tanto, lo que hizo la demandada fue burlar la continuidad en la causación de sus derechos, con las aparentes liquidaciones de contrato, pues realmente salía a vacaciones; de modo que ello tiene incidencia para el reconocimiento de las indemnizaciones de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, y 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

V. CONSIDERACIONES

En estricta aplicación de lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si entre las partes existió una única relación

entre el 15 de agosto de 2014 y el 17 de agosto de 2016, como lo afirma la apelante, o 3 contratos de trabajo, en los períodos declarados por la *a quo*, para posteriormente establecer la viabilidad de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y reajustar la liquidación de la indemnización por despido a la que fue condenada la demandada.

Lo primero por indicar, es que el contrato a término fijo no requiere prueba solemne como actualmente lo sostiene la Sala de Casación Laboral (artículo 54 del Código Sustantivo del Trabajo y CSJ sentencias SL5737-2015, SL8024-2014 y SL, 5 abr. 2011 rad. 36035).

Y, frente al tema de la unidad contractual, la jurisprudencia tiene definido que en casos de firma de varios contratos de trabajo de manera sucesiva, entre las mismas partes, los jueces deben ser muy cautelosos en el examen de las pruebas para establecer la unidad de la relación laboral, ya que es bien conocido que, no pocas veces, las empresas han adoptado estas prácticas llevadas por el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de las cesantías, o para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado el contrato de manera unilateral (CSJ, SL, 15 mar. 2011 rad. 37435 y SL806-2013, reiteradas en sentencia SL15986-2014).

En el presente caso, y para desestimar la inconformidad de la recurrente, basta con decir que no incurrió en error la juzgadora de primera instancia al negar la pretensión en tal dirección, en la medida en que las partes no estuvieron frente a varios contratos de trabajo celebrados de manera sucesiva, que indiquen un acto defraudatorio de los derechos laborales de la demandante, sino frente a 3 contratos,

uno independiente del otro, sobre los cuales operó el simple ejercicio de libertad contractual:

El primero, celebrado en forma verbal el 15 de agosto de 2014 como lo admitió la demandada en la contestación a la demanda, el cual fue liquidado a 31 de diciembre de 2014, con el pago de cesantías e intereses a las cesantías, tal y como da cuenta el documento aportado en original y copia a f.º 64 y 94, con fecha de suscripción por parte de la demandante en constancia de haber recibido los valores indicados el 24 de diciembre de 2014; documento del que si bien, inicialmente la demandante en el interrogatorio de parte desconoció su firma allí impuesta al no acordarse de haberlo hecho, lo cierto es que luego de haberse recopilado las planillas de firmas y documentos correspondiente, para efectos de dar trámite a una presunta tacha de falsedad ante el Instituto de Medicina Legal (f.º 81, 82-97), allegó escrito donde manifestó que sobre esa liquidación *«no hay nada que analizar, ni mucho menos emitir un dictamen sobre la firma que él contiene, pues tal firma es la de la demandante, la cual no fue cuestionada en ningún momento (...)»* (f.º 100), de ahí que la *a quo* consideró mediante auto del 3 de abril de 2019, que era innecesario continuar con la prueba grafológica que había sido decretada en la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, así que ordenó proseguir con el trámite procesal respectivo (f.º 101).

El segundo vínculo, se constata a f.º 9, 65 y 87, donde reposa contrato individual de trabajo a término indefinido firmado entre las partes el 16 de enero de 2015, en el que se pactó en la cláusula undécima, que dicho escrito reemplazaba en su integridad y dejaba sin efecto cualquier otro contrato verbal o escrito, celebrado entre las partes con anterioridad.

Según el documento que obra replicado a f.º 10, 66, 88 y 96, se verifica que las partes acordaron *«de forma voluntaria liquidar los derechos*

laborales» el 30 de diciembre de 2015, por lo que convinieron liquidar las vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y una diferencia en el pago de las primas de servicio, acreencias todas estas causadas por el tiempo laborado en el año 2015; dicho acuerdo, fue firmado por ambas partes, con la nota de que la demandante recibió a satisfacción la suma allí calculada, que la empleadora quedaba a paz y salvo, y libre de toda deuda laboral con aquella, *«dando por terminado el contrato de trabajo y cualquier relación laboral entre ellos»*.

Posteriormente, las partes suscribieron un tercer contrato individual de trabajo, pero esta vez, a término definido a 6 meses dispuestos expresamente entre el 15 de enero de 2016 y el 15 de julio de 2016 (f.º 35, 67, 92), del cual pese a que operó la prórroga automática, en tanto que las partes guardaron silencio para terminarlo en dicha data, la parte demandada el 17 de agosto de 2016, dio por terminado el vínculo de manera unilateral, dado que, según su dicho, la demandante no regresó a trabajar desde el primer día de dicho mes y año, al no aceptar la reducción en las horas laborales propuesta por la empleadora (f.º 8, 68), con la respectiva consignación de un título de depósitos judiciales a órdenes del Juzgado 32 Laboral de este Circuito Judicial (f.º 69-74).

De los recibos de pagos quincenales que obran de f.º 11 a 34, 36 a 48, 89-91, y 93, no se colige la prestación de los servicios de la demandante, en la primera quincena de enero de 2015, ni del 31 de diciembre de 2015 al 14 de enero de 2016; tampoco ese aspecto se logra concluir de la única testigo que rindió su declaración ante el juzgado, Claudia Matilde Loaiza Torres, antigua vecina de Elsa Sánchez, por cuanto manifestó haber visto a la demandante laborar en forma recurrente en una pastelería ubicada en los locales cercanos al conjunto residencial en donde vivió, dado que entre los años 2014 y 2016, compró algunas tortas, helados, agua aromática y postres

para su familia; sin embargo, no fue interrogada acerca de los extremos temporales aproximados y mucho menos, si el establecimiento en donde vio a la demandante prestando sus servicios, cerró puertas al público en algún momento, siendo su declaración demasiado precaria para los fines pretendidos en la apelación, como tampoco se buscó una confesión por parte de la demandada en su interrogatorio de parte, frente a estas situaciones fácticas.

De manera que, del material probatorio aportado, se concluye que no incurrió en yerro alguno la *a quo* al declarar la existencia de 3 contratos de trabajo entre las partes bajo modalidades diferentes; pues, no se puede olvidar que al igual que en el derecho privado, pero con algunas limitaciones en materia laboral, toda vez que las manifestaciones de voluntad de los sujetos del vínculo laboral pueden ser revocadas por acuerdos posteriores, como aquí sucedió, por lo que nada ilegal hay, cuando las partes pactaron verbalmente un contrato de trabajo, que posteriormente dieron por terminado, para luego suscribir un contrato por escrito a término indefinido y darlo por terminado por mutuo consentimiento al día 345, y finalmente pactar un contrato a término fijo a 6 meses que aun cuando se prorrogó automáticamente, se terminó en forma unilateral por la demandada antes de culminarse dicha prórroga; sin que en el juicio se hubieran alegado o acreditado vicios del consentimiento por parte de la demandante, para terminar en forma voluntaria los 2 contratos que existieron en los años 2014 y 2015.

Así las cosas, debe advertirse que no es procedente establecer una unidad contractual del último con los dos anteriores, en la medida en que este contrato surgió de la libre voluntad de las partes y el ejercicio de la libertad contractual, con una variación en el tiempo

de duración, que no tuvo la virtualidad de defraudar derechos laborales.

Sobre el particular, no está demás precisar que dentro del marco de regulación de las relaciones laborales, es un hecho indiscutible que el empleador goza genéricamente de plena libertad a la hora de contratar o no a los trabajadores, así como para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, por supuesto, dentro de las variadas posibilidades que le otorga la ley, entre las cuales, está, desde luego, la de a término fijo, que no ha perdido legitimidad, y puede ser utilizado según lo estime el empleador (CSJ SL, 24 abr. 2012 rad. 54003, SL8693-2014 y SL3535-2015).

Por lo anterior, se concluye, que el numeral primero de la sentencia apelada se debe confirmar, de ahí que no haya lugar a modificar la condena impuesta en primera instancia por concepto de indemnización por despido sin justa causa, y mucho menos, imponer la sanción por no consignación de las cesantías, por cuanto que, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone la obligación de consignar el auxilio de las cesantías a más tardar el 14 de febrero de la anualidad siguiente a la que fue causado dicho concepto, la cual no puede ser exigible de la aquí empleadora, justamente por la forma en que terminaron los 3 vínculos contractuales que ataron a las partes, que imponían como única obligación, cancelar en forma directa dicho auxilio a la terminación de cada uno de estos contratos.

En los anteriores términos, se reitera, se confirma en su integridad la sentencia apelada, sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

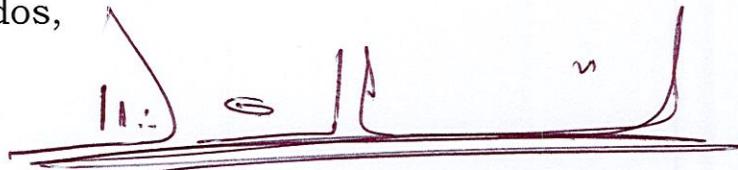
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferidas por el Juzgado veintiséis Laboral del circuito de Bogotá D.C., el 11 de octubre de 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

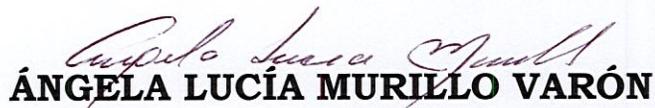
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado veintiseis Laboral del circuito de Bogotá D.C., el 11 de octubre de 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no casación.

NOTIFICUES Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEYER



ANGELLA LUCIA MURILLO VARÓN



ERICKÁN MAURICIO CLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ GUILLERMO NIÑO** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 026 2018 00577 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA
I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el Artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por los periodos cotizados al servicio de empleadores particulares y aportes realizados como independiente entre el 17 de febrero de 1987 y el 31 de enero de 2012; consecuentemente, se declare que la misma es compatible con la pensión vitalicia de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio mediante Resolución n.º 04403 del 12 de noviembre de 2004. Adicionalmente, se condene a **COLPENSIONES** al pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha del pago de la indemnización sustitutiva y a la indexación de la misma.

Como fundamento de lo anterior, señaló que la pensión de jubilación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se dio como consecuencia de los más de 20 años de servicios prestados como docente de vinculación nacional, y se reconoció con base en el Decreto 1775 de 1990, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 33 de 1985 y Ley 91 de 1989.

No obstante lo anterior, indicó que del 17 de febrero de 1987 al 31 de diciembre de 2002 y del 1.º de octubre de 2005 al 31 de enero de 2012, cotizó como dependiente e independiente, respectivamente, al extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy **COLPENSIONES**, un total de 1086,29 semanas.

Manifestó que, **COLPENSIONES** negó tanto la solicitud de reconocimiento y pago de su pensión de vejez, como la posterior solicitud de indemnización sustitutiva; la primera, por el no cumplimiento de requisitos para tal reconocimiento, en este caso de las semanas de cotización; y la segunda, por la incompatibilidad existente entre ésta prestación y el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, manifestó que fue vinculado al Servicio Educativo Oficial Nacional a partir del 22 de mayo de 1981, razón por la cual hace parte de los regímenes exceptuados por el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y por la Ley 812 de 2003, siéndole aplicable el régimen pensional previsto en la Ley 91 de 1989. Por lo anterior, cotizó al Instituto de Seguros Sociales en calidad de 'Docente Particular' desde el mes de febrero de 1987, razón por la cual, al ser independiente el pago de la indemnización sustitutiva de **COLPENSIONES** y la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio, es procedente el pago de esta primera prestación a su favor debido a los aportes realizados.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de febrero de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 61).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; con fundamento en que la prestación reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la indemnización sustitutiva que se pretende por el demandante en virtud del Artículo 37 de la Ley 100 de 1993 son incompatibles,

teniendo en cuenta que con base en el artículo 128 de la Constitución Política, nadie puede recibir más de una asignación que provenga del erario público.

Adicionalmente, que de acuerdo con el Inciso 4.º del Artículo 17 de la Ley 549 de 1999, que dispone que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al I.S.S. serán utilizados para financiar la pensión, disponiéndose a la entidad que reconozca la prestación la entrega de los tiempos no incluidos para el reconocimiento pensional, lo que genera que, los tiempos cotizados por el demandante en el Régimen de Prima Media sean destinados para financiar la prestación que le reconoció el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto de los intereses moratorios solicitados por el demandante, arguyó que no se tiene derecho al reconocimiento de los mismos, toda vez que no se cumplen los requisitos para su causación, ya que no se ha incurrido en mora o retardo en el pago de mesadas pensionales, sumado a que la prestación solicitada no tiene esta connotación.

Formuló como excepciones de mérito las denominadas prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (f.º 64 - 69).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 63).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de noviembre de 2019, condenó a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante la suma de \$79.652.358 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, y condenó en costas (f.º 91).

Consideró, que de acuerdo con la sentencia n.º64674 del 4 de julio de 2018, emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Dr. Ernesto Forero Vargas, la cual a su vez, cita la Sentencia de esta misma Corporación, radicado 40848 del 06 de diciembre de 2011, la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio al demandante es **compatible** con la indemnización pretendida, pues su pago se encuentra a cargo de entidades distintas y se trata de dos prestaciones totalmente diferentes en su finalidad, naturaleza y financiamiento.

Además, respecto del carácter de los dineros con que el Instituto de los Seguros Sociales paga las prestaciones que concede, indicó la anterior sentencia referida que hace rato fue superado ese debate en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, sumado a que el I.S.S. se convierte en un mero administrador de esos dineros, razón por la cual, no es dable señalar a dicho fondo común como bien del tesoro, no

haciendo parte de la prohibición contemplada en el Artículo 128 de la Constitución Política.

En cuanto a los intereses moratorios, no accedió a los mismos tras considerar que no se presentan los presupuestos del Artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló para que fuese revocada totalmente la sentencia proferida, dado que el demandante se encuentra inmerso dentro de la incompatibilidad de que trata el Artículo 4.º de la Ley 549 entre la pensión reconocida por el Magisterio y la indemnización sustitutiva pretendida. Sumado a ello, solicita se tenga en cuenta el Artículo 128 de la Constitución Política, toda vez que una persona no puede recibir dos asignaciones provenientes del erario público.

Finalmente, solicita igualmente se revoque la condena en costas y agencias en derecho impuestas por el *a quo*.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del CPTSS, la Sala estudiará si es o no compatible la pensión de jubilación que percibe la demandante otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida a cargo de Colpensiones; en caso afirmativo, se analizará el cumplimiento y las condiciones de los requisitos exigidos para acceder al derecho reclamado.

Se acreditaron y no fueron discutidos los siguientes hechos: **i)** la demandante nació el 3 de julio de 1949, por lo que a la fecha cuenta con 71 años de edad (f.º 16); **ii)** completó 1086.29 semanas cotizadas a Colpensiones por empleadores del sector privado entre el 17 de febrero de 1987 y el 31 de enero de 2012 (f.º 22 a 24); **iii)** mediante Resolución n.º 04403 del 12 de noviembre de 2004, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación en favor de la demandante, a partir del 4 de julio de 2004, al tenor de las leyes 33 de 1985, 91 de 1989, y 962 de 2005, y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 2831 de 2005, (f.º 17 a 19); **iv)** el 29 de febrero de 2016, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (f.º 31); **v)** la prestación fue negada en Resoluciones n.º GNR-146177 y GNR-199305 de 2016, por considerarla incompatible al tenor de lo previsto en los artículos 128 de la Constitución Política, y 19 de la Ley 4.ª de 1992, y que los aportes efectuados deben ser utilizados para financiar la pensión reconocida por el Fomag, conforme a los artículos 2.º del Decreto 2527 de 2000 y 17 de la Ley 549 de 1999 (f.º 32 a 39).

Por imperativo mandato legal contenido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes forman parte del sector que la jurisprudencia y la doctrina ha considerado como regímenes exceptuados del sistema general social integral, implementado mediante dicha Ley 100.

A su vez, en cuanto a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, se dispuso en dicha normativa, que no solo el Sistema de

Seguridad Social Integral no se les aplica, sino que las *«prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración»*; de tal manera que los educadores cobijados por esas prerrogativas tienen consagradas en su favor claras disposiciones de compatibilidad con pensiones, salarios y cualquier otro ingreso; en lo atinente a ese régimen pensional especial y a la cobertura de las contingencias para la vejez, establecidas en sistema general de seguridad social, creado por la Ley 100 de 1993.

Además, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, compilado hoy en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, refirió con relación a esta compatibilidad, que para el caso de los educadores quedó abierta la posibilidad de acumular cotizaciones, sin embargo, ello no implica que los docentes deban escoger obligatoriamente uno de los dos regímenes existentes en materia de pensiones; lo que se prevé allí, es la posibilidad de solicitar la acumulación de los aportes efectuados en uno de esos regímenes, con el fin de incrementar la prestación económica por vejez o disfrutar ambas prestaciones.

De manera reiterada, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no existe una incompatibilidad para gozar simultáneamente de las dos prestaciones, originadas ellas, en el trabajo a diferentes empleadores, puesto que la financiación de una y otra pensión es diferente, precisándose que los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles (CSJ SL, 19 jun. 2008 rad. 28164, SL, 3 may. y 6 dic. 2011 rad. 40848 y 39810, y SL451-2013).

También se debe advertir, que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció que los docentes vinculados con posterioridad gozarán de las previsiones legales contenidas en la Ley 100 de 1993, lo cierto es, que para los docentes vinculados antes de aquella, aplican las disposiciones vigentes para el Magisterio Nacional, situación en la que se encuentra jurídicamente el demandante, pues estuvo vinculado en esa calidad desde el 10 de junio de 1981 (f.º 21), razón por la que no hay lugar a declarar la incompatibilidad pensional entre las prestaciones.

En este punto, se advierte que aun cuando el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, prevé que una de las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones consiste en que *«los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública»*, no se puede perder de vista que, la última expresión fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-378-98 *«(...) en el entendido que la naturaleza pública que se reconoce al fondo común que se constituye con los aportes de los afiliados en el régimen de prima media con prestación definida, dado su carácter parafiscal, **en ningún caso, debe ser entendida en el sentido que los dineros que de él hacen parte pertenecen a la Nación.***

Sobre ese aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y uniforme, ha explicado igualmente, que a pesar de que Colpensiones tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, contrario a lo que parece entender la apelante, ello no implica la propiedad del fondo económico con el que se financian las mismas, toda vez que los aportes que sirven para el

efecto son realizados por empleadores y trabajadores y dicho ente solo actúa como su administrador (CSJ SL1373-2019, SL4538-2018, SL451-2013, y SL, 18 sep. 2012 rad. 41158).

De este modo, encuentra la Sala que para el momento en el que la demandante solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el 29 de febrero de 2016, contaba con un total de 1086.29 semanas de cotizaciones efectuadas en forma interrumpida entre el 17 de febrero de 1987 y el 31 de enero de 2012, por el demandante como independiente y por el Colegio Emilio Valenzuela, última institución que reportó la novedad de retiro (R) (f.º 22 a 24), razón por la cual se concluye que el demandante acredita los requisitos normativos dispuestos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Según lo hasta aquí expuesto, y en los términos de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, había lugar a ordenar el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, *«equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado»*.

El artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, dispone la fórmula a aplicar para determinar el valor de la indemnización sustitutiva, la que conforme a la liquidación que se anexa a esta decisión, teniendo en cuenta un total de 1086.29 semanas de cotización, un salario base de liquidación promedio semanal de \$405.180 y un promedio ponderado de los porcentajes de cotización de 12,08%, arroja la suma de \$53.196.612, la cual fue indexada a la fecha de esta decisión, monto que resulta inferior

al establecido en primera instancia (que tuvo en cuenta unos porcentajes de cotización distintos – f.º 86), por lo que, habrá de modificarse la condena impuesta. Siendo oportuno precisar en relación con la indexación ordenada por la *a quo*, que la suma aquí liquidada, en todo caso, deberá ser actualizada desde la fecha de esta decisión, hasta la de pago efectivo, al no serle extensible a la parte demandante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por lo demás, no se configura el fenómeno prescriptivo sobre la indemnización aquí reconocida, al no haber transcurrido más de 3 años entre su exigibilidad, esto es, a partir de la declaración de imposibilidad de continuar cotizando, que en este caso se dio el 29 de febrero de 2016 (CSJ SL, 15 may. 2006 rad. 26330 y SL, 23 jul. 2009 rad. 36526), y la presentación de la demanda (16 de octubre de 2018 - f.º 44).

En los anteriores términos, quedado estudiado el recurso de apelación interpuesto por la demandada y surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de los puntos discutidos que no fueron apelados. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

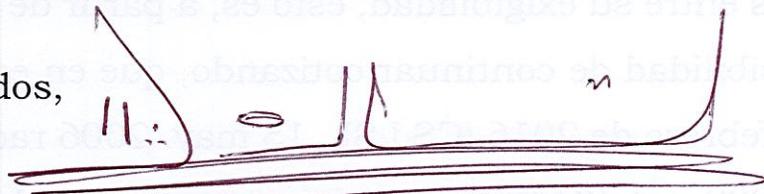
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el 5

noviembre de 2019, en el sentido de **condenar** a Colpensiones, a reconocer y pagar a José Guillermo Niño, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, reglada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$53.196.612, que deberá ser indexada desde la fecha de esta decisión, hasta cuando se realice el pago efectivo por parte de la demandada, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

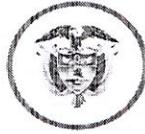
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Salvamento de voto


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

Expediente n.º 11001 31 05 026 2018 00577 01

Demandante: JOSÉ GUILLERMO NIÑO

Demandado: COLPENSIONES

Promedio Salarial Anual							
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	0	-	-	\$ 0,00		
17/02/87	28/02/87	12	39.310,00	1.310,33	\$ 15.724,00		
01/03/87	31/03/87	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/04/87	30/04/87	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/05/87	31/05/87	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/06/87	30/06/87	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/07/87	31/07/87	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/08/87	31/08/87	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/09/87	30/09/87	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/10/87	31/10/87	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/11/87	30/11/87	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/12/87	31/12/87	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
Total días		318			\$ 416.686,00	\$ 1.310,33	\$ 39.310,00
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/02/88	29/02/88	29	39.310,00	1.310,33	\$ 37.999,67		
01/03/88	31/03/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/04/88	30/04/88	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/05/88	31/05/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/06/88	30/06/88	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/07/88	31/07/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/08/88	31/08/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/09/88	30/09/88	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/10/88	31/10/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/11/88	30/11/88	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/12/88	01/12/88	1	70.260,00	2.342,00	\$ 2.342,00		
Total días		336			\$ 725.012,00	\$ 2.157,77	\$ 64.733,21
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	0	-	-	\$ 0,00		
06/02/89	28/02/89	23	79.290,00	2.643,00	\$ 60.789,00		
14/03/89	31/03/89	18	79.290,00	2.643,00	\$ 47.574,00		
01/04/89	30/04/89	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/05/89	31/05/89	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/06/89	30/06/89	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/07/89	31/07/89	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/08/89	31/08/89	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/09/89	30/09/89	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/10/89	31/10/89	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/11/89	30/11/89	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/12/89	01/12/89	1	79.290,00	2.643,00	\$ 2.643,00		
Total días		286			\$ 755.898,00	\$ 2.643,00	\$ 79.290,00
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	0	-	-	\$ 0,00		
08/02/90	28/02/90	21	99.630,00	3.321,00	\$ 69.741,00		
01/03/90	31/03/90	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/04/90	30/04/90	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/05/90	31/05/90	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/06/90	30/06/90	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/07/90	31/07/90	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/08/90	31/08/90	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/09/90	30/09/90	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/10/90	31/10/90	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/11/90	30/11/90	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/12/90	16/12/90	16	99.630,00	3.321,00	\$ 53.136,00		
Total días		312			\$ 1.036.152,00	\$ 3.321,00	\$ 99.630,00

Año 1991

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	0	-	-	\$ 0,00		
05/02/91	28/02/91	24	136.290,00	4.543,00	\$ 109.032,00		
01/03/91	31/03/91	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/04/91	30/04/91	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/05/91	31/05/91	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/06/91	30/06/91	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/07/91	31/07/91	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/08/91	31/08/91	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/09/91	30/09/91	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/10/91	31/10/91	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/11/91	30/11/91	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/12/91	16/12/91	16	136.290,00	4.543,00	\$ 72.688,00		
Total días		315			\$ 1.431.045,00	\$ 4.543,00	\$ 136.290,00

Año 1992

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	0	-	-	\$ 0,00		
26/02/92	29/02/92	4	165.180,00	5.506,00	\$ 22.024,00		
01/03/92	31/03/92	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/04/92	30/04/92	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/05/92	31/05/92	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/06/92	30/06/92	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/07/92	31/07/92	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/08/92	31/08/92	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/09/92	30/09/92	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/10/92	31/10/92	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/11/92	30/11/92	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/12/92	31/12/92	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
Total días		310			\$ 1.706.860,00	\$ 5.506,00	\$ 165.180,00

Año 1993

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/02/93	28/02/93	28	165.180,00	5.506,00	\$ 154.168,00		
01/03/93	31/03/93	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/04/93	30/04/93	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
20/05/93	31/05/93	12	165.180,00	5.506,00	\$ 66.072,00		
01/06/93	30/06/93	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/07/93	31/07/93	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/08/93	31/08/93	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/09/93	30/09/93	30	234.720,00	7.824,00	\$ 234.720,00		
01/10/93	31/10/93	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/11/93	30/11/93	30	234.720,00	7.824,00	\$ 234.720,00		
01/12/93	15/12/93	15	234.720,00	7.824,00	\$ 117.360,00		
Total días		330			\$ 2.206.404,00	\$ 6.686,07	\$ 200.582,18

Año 1994

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
31/01/94	31/01/94	1	231.660,00	7.722,00	\$ 7.722,00		
01/02/94	28/02/94	28	231.660,00	7.722,00	\$ 216.216,00		
01/03/94	31/03/94	31	231.660,00	7.722,00	\$ 239.382,00		
01/04/94	30/04/94	30	231.660,00	7.722,00	\$ 231.660,00		
01/05/94	31/05/94	31	231.660,00	7.722,00	\$ 239.382,00		
01/06/94	30/06/94	30	231.660,00	7.722,00	\$ 231.660,00		
01/07/94	31/07/94	31	231.660,00	7.722,00	\$ 239.382,00		
01/08/94	31/08/94	31	282.625,00	9.420,83	\$ 292.045,83		
01/09/94	30/09/94	30	282.625,00	9.420,83	\$ 282.625,00		
01/10/94	31/10/94	31	282.625,00	9.420,83	\$ 292.045,83		
01/11/94	30/11/94	30	282.625,00	9.420,83	\$ 282.625,00		
01/12/94	14/12/94	14	282.625,00	9.420,83	\$ 131.891,67		
Total días		318			\$ 2.686.637,33	\$ 8.448,55	\$ 253.456,35

Año 1995

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	0	-	-	\$ 0,00		
01/02/95	28/02/95	30	339.150,00	11.305,00	\$ 339.150,00		
01/03/95	31/03/95	30	339.150,00	11.305,00	\$ 339.150,00		
01/04/95	30/04/95	30	339.150,00	11.305,00	\$ 339.150,00		
01/05/95	31/05/95	30	526.720,00	17.557,33	\$ 526.720,00		
01/06/95	30/06/95	30	529.040,00	17.634,67	\$ 529.040,00		
01/07/95	31/07/95	30	501.400,00	16.713,33	\$ 501.400,00		
01/08/95	31/08/95	30	529.040,00	17.634,67	\$ 529.040,00		
01/09/95	30/09/95	30	529.040,00	17.634,67	\$ 529.040,00		
01/10/95	31/10/95	30	529.040,00	17.634,67	\$ 529.040,00		
01/11/95	29/11/95	29	529.040,00	17.634,67	\$ 511.405,33		
01/12/95	31/12/95	0	-	-	\$ 0,00		
Total días		299			\$ 4.673.135,33	\$ 15.629,22	\$ 468.876,45

Año 1996

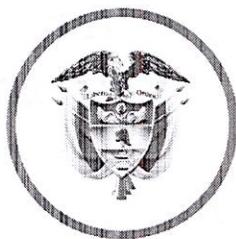
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	330.650,00	11.021,67	\$ 330.650,00		
01/02/96	29/02/96	30	701.605,00	23.386,83	\$ 701.605,00		
01/03/96	31/03/96	30	701.605,00	23.386,83	\$ 701.605,00		
01/04/96	30/04/96	30	868.350,00	28.945,00	\$ 868.350,00		
01/05/96	31/05/96	30	868.350,00	28.945,00	\$ 868.350,00		
01/06/96	30/06/96	30	868.350,00	28.945,00	\$ 868.350,00		
01/07/96	31/07/96	30	868.350,00	28.945,00	\$ 868.350,00		
01/08/96	31/08/96	30	868.350,00	28.945,00	\$ 868.350,00		
01/09/96	30/09/96	30	868.350,00	28.945,00	\$ 868.350,00		
01/10/96	31/10/96	30	868.350,00	28.945,00	\$ 868.350,00		
01/11/96	30/11/96	30	868.350,00	28.945,00	\$ 868.350,00		
01/12/96	31/12/96	30	434.175,00	14.472,50	\$ 434.175,00		
Total días		360			\$ 9.114.835,00	\$ 25.318,99	\$ 759.569,58
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	577.950,00	19.265,00	\$ 577.950,00		
01/02/97	28/02/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/03/97	31/03/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/04/97	30/04/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/05/97	31/05/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/06/97	30/06/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/07/97	31/07/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/08/97	31/08/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/09/97	30/09/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/10/97	31/10/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/11/97	30/11/97	30	1.155.900,00	38.530,00	\$ 1.155.900,00		
01/12/97	31/12/97	30	577.950,00	19.265,00	\$ 577.950,00		
Total días		360			\$ 12.714.900,00	\$ 35.319,17	\$ 1.059.575,00
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/02/98	28/02/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/03/98	31/03/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/04/98	30/04/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/05/98	31/05/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/06/98	30/06/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/07/98	31/07/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/08/98	31/08/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/09/98	30/09/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/10/98	31/10/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/11/98	30/11/98	30	1.333.920,00	44.464,00	\$ 1.333.920,00		
01/12/98	31/12/98	30	666.960,00	22.232,00	\$ 666.960,00		
Total días		360			\$ 15.340.080,00	\$ 42.611,33	\$ 1.278.340,00
Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	773.841,00	25.794,70	\$ 773.841,00		
01/02/99	28/02/99	30	1.547.682,00	51.589,40	\$ 1.547.682,00		
01/03/99	31/03/99	30	1.547.682,00	51.589,40	\$ 1.547.682,00		
01/04/99	30/04/99	30	1.547.682,00	51.589,40	\$ 1.547.682,00		
01/05/99	31/05/99	30	1.547.682,00	51.589,40	\$ 1.547.682,00		
01/06/99	30/06/99	30	1.547.682,00	51.589,40	\$ 1.547.682,00		
01/07/99	31/07/99	30	1.547.682,00	51.589,40	\$ 1.547.682,00		
01/08/99	19/08/99	19	1.547.682,00	51.589,40	\$ 980.198,60		
01/09/99	30/09/99	30	1.547.682,00	51.589,40	\$ 1.547.682,00		
01/10/99	31/10/99	30	1.547.682,00	51.589,40	\$ 1.547.682,00		
01/11/99	30/11/99	30	1.547.682,00	51.589,40	\$ 1.547.682,00		
01/12/99	31/12/99	30	773.841,00	25.794,70	\$ 773.841,00		
Total días		349			\$ 16.457.018,60	\$ 47.154,78	\$ 1.414.643,43
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	804.841,00	26.828,03	\$ 804.841,00		
01/02/00	29/02/00	30	1.609.682,00	53.656,07	\$ 1.609.682,00		
01/03/00	31/03/00	30	1.609.682,00	53.656,07	\$ 1.609.682,00		
01/04/00	30/04/00	30	1.610.000,00	53.666,67	\$ 1.610.000,00		
01/05/00	31/05/00	0	-	-	\$ 0,00		
01/06/00	30/06/00	30	1.610.000,00	53.666,67	\$ 1.610.000,00		
01/07/00	31/07/00	30	1.610.000,00	53.666,67	\$ 1.610.000,00		
01/08/00	31/08/00	30	1.610.000,00	53.666,67	\$ 1.610.000,00		
01/09/00	30/09/00	30	1.610.000,00	53.666,67	\$ 1.610.000,00		
01/10/00	31/10/00	30	1.610.000,00	53.666,67	\$ 1.610.000,00		
01/11/00	30/11/00	30	1.610.000,00	53.666,67	\$ 1.610.000,00		
01/12/00	31/12/00	30	805.000,00	26.833,33	\$ 805.000,00		
Total días		330			\$ 16.099.205,00	\$ 48.785,47	\$ 1.463.564,09
Año 2001							

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/02/11	28/02/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/03/11	31/03/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/04/11	30/04/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/05/11	31/05/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/06/11	30/06/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/07/11	31/07/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/08/11	31/08/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/09/11	30/09/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/10/11	31/10/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/11/11	30/11/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/12/11	31/12/11	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		360			\$ 12.000.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/02/12	29/02/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/03/12	31/03/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/04/12	30/04/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/05/12	31/05/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/06/12	30/06/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/07/12	31/07/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/08/12	31/08/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/09/12	30/09/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/10/12	31/10/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/11/12	30/11/12	0	-	-	\$ 0,00		
01/12/12	31/12/12	0	-	-	\$ 0,00		
Total días		30			\$ 1.000.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00

Cálculo Toda La Vida Laboral											
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	Cotización Definitiva	Ponderación	Promedio Ponderado	
1987	318	4,132	103,80	25,122	\$ 39.310,00	\$ 987.540,48	\$ 10.467.929,04	6,50%	4,213036566	0,273847377	
1988	336	5,124	103,80	20,256	\$ 64.733,21	\$ 1.311.237,93	\$ 14.685.864,80	6,50%	4,451510334	0,289348172	
1989	286	6,566	103,80	15,810	\$ 79.290,00	\$ 1.253.547,77	\$ 11.950.488,72	6,50%	3,789083201	0,246290408	
1990	312	8,281	103,80	12,535	\$ 99.630,00	\$ 1.248.873,92	\$ 12.988.288,79	6,50%	4,13354531	0,268680445	
1991	315	10,961	103,80	9,470	\$ 136.290,00	\$ 1.290.655,73	\$ 13.551.885,19	6,50%	4,173290938	0,271263911	
1992	310	13,901	103,80	7,467	\$ 165.180,00	\$ 1.233.398,01	\$ 12.745.112,73	6,50%	4,107048225	0,266958135	
1993	330	17,395	103,80	5,967	\$ 200.582,18	\$ 1.196.915,52	\$ 13.166.070,73	8,00%	4,372019078	0,349761526	
1994	318	21,328	103,80	4,867	\$ 253.456,35	\$ 1.233.547,04	\$ 13.075.598,65	11,50%	4,213036566	0,484499205	
1995	299	26,147	103,80	3,970	\$ 468.876,45	\$ 1.861.380,77	\$ 18.551.761,70	12,50%	3,961314255	0,495164282	
1996	360	31,237	103,80	3,323	\$ 759.569,58	\$ 2.524.028,89	\$ 30.288.346,72	13,50%	4,769475358	0,643879173	
1997	360	37,997	103,80	2,732	\$ 1.059.575,00	\$ 2.894.578,61	\$ 34.734.943,29	13,50%	4,769475358	0,643879173	
1998	360	44,716	103,80	2,321	\$ 1.278.340,00	\$ 2.967.439,36	\$ 35.609.272,32	13,50%	4,769475358	0,643879173	
1999	349	52,185	103,80	1,989	\$ 1.414.643,43	\$ 2.813.845,20	\$ 32.734.399,14	13,50%	4,623741388	0,624205087	
2000	330	57,002	103,80	1,821	\$ 1.463.564,09	\$ 2.665.116,99	\$ 29.316.286,86	13,50%	4,372019078	0,590222576	
2001	360	61,989	103,80	1,674	\$ 1.728.020,83	\$ 2.893.553,44	\$ 34.722.641,32	13,50%	4,769475358	0,643879173	
2002	358	66,729	103,80	1,556	\$ 1.837.530,73	\$ 2.858.365,86	\$ 34.109.832,55	13,50%	4,742978272	0,640302067	
2003	0	71,395	103,80	1,454	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	13,50%	0	0	
2004	0	76,029	103,80	1,365	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	14,50%	0	0	
2005	90	80,209	103,80	1,294	\$ 1.000.000,00	\$ 1.294.121,55	\$ 3.882.364,65	15,00%	1,192368839	0,178855326	
2006	360	84,103	103,80	1,234	\$ 1.058.333,33	\$ 1.306.197,37	\$ 15.674.368,46	15,50%	4,769475358	0,73926868	
2007	330	87,869	103,80	1,181	\$ 1.063.636,36	\$ 1.256.478,41	\$ 13.821.262,46	15,50%	4,372019078	0,677662957	
2008	357	92,872	103,80	1,118	\$ 1.005.117,65	\$ 1.123.383,80	\$ 13.368.267,26	16,00%	4,72972973	0,756756757	
2009	360	100,000	103,80	1,038	\$ 1.000.000,00	\$ 1.038.000,00	\$ 12.456.000,00	16,00%	4,769475358	0,763116057	
2010	360	102,002	103,80	1,018	\$ 1.000.000,00	\$ 1.017.629,02	\$ 12.211.548,25	16,00%	4,769475358	0,763116057	
2011	360	105,237	103,80	0,986	\$ 1.000.000,00	\$ 986.349,68	\$ 11.836.196,17	16,00%	4,769475358	0,763116057	
2012	30	109,157	103,80	0,951	\$ 1.000.000,00	\$ 950.920,41	\$ 950.920,41	16,00%	0,39745628	0,063593005	
Total días	7548	Total devengado toda la vida laboral actualizado					2020	\$ 436.899.650,21			12,08%
Total semanas	1086,71	Salario Base Semanal						\$ 405.180			
		Promedio Ponderado Tasa de Cotización						12,08%			
		Indemnización Sustitutiva						\$ 53.196.612			

//Nmc.**

Year	Month	Day	Time	Location	Event	Participants	Notes
2000	1	1	10:00
2000	1	2	10:00
2000	1	3	10:00
2000	1	4	10:00
2000	1	5	10:00
2000	1	6	10:00
2000	1	7	10:00
2000	1	8	10:00
2000	1	9	10:00
2000	1	10	10:00
2000	1	11	10:00
2000	1	12	10:00
2000	1	13	10:00
2000	1	14	10:00
2000	1	15	10:00
2000	1	16	10:00
2000	1	17	10:00
2000	1	18	10:00
2000	1	19	10:00
2000	1	20	10:00
2000	1	21	10:00
2000	1	22	10:00
2000	1	23	10:00
2000	1	24	10:00
2000	1	25	10:00
2000	1	26	10:00
2000	1	27	10:00
2000	1	28	10:00
2000	1	29	10:00
2000	1	30	10:00
2000	1	31	10:00
2000	2	1	10:00
2000	2	2	10:00
2000	2	3	10:00
2000	2	4	10:00
2000	2	5	10:00
2000	2	6	10:00
2000	2	7	10:00
2000	2	8	10:00
2000	2	9	10:00
2000	2	10	10:00
2000	2	11	10:00
2000	2	12	10:00
2000	2	13	10:00
2000	2	14	10:00
2000	2	15	10:00
2000	2	16	10:00
2000	2	17	10:00
2000	2	18	10:00
2000	2	19	10:00
2000	2	20	10:00
2000	2	21	10:00
2000	2	22	10:00
2000	2	23	10:00
2000	2	24	10:00
2000	2	25	10:00
2000	2	26	10:00
2000	2	27	10:00
2000	2	28	10:00
2000	2	29	10:00
2000	2	30	10:00
2000	2	31	10:00
2000	3	1	10:00
2000	3	2	10:00
2000	3	3	10:00
2000	3	4	10:00
2000	3	5	10:00
2000	3	6	10:00
2000	3	7	10:00
2000	3	8	10:00
2000	3	9	10:00
2000	3	10	10:00
2000	3	11	10:00
2000	3	12	10:00
2000	3	13	10:00
2000	3	14	10:00
2000	3	15	10:00
2000	3	16	10:00
2000	3	17	10:00
2000	3	18	10:00
2000	3	19	10:00
2000	3	20	10:00
2000	3	21	10:00
2000	3	22	10:00
2000	3	23	10:00
2000	3	24	10:00
2000	3	25	10:00
2000	3	26	10:00
2000	3	27	10:00
2000	3	28	10:00
2000	3	29	10:00
2000	3	30	10:00
2000	3	31	10:00
2000	4	1	10:00
2000	4	2	10:00
2000	4	3	10:00
2000	4	4	10:00
2000	4	5	10:00
2000	4	6	10:00
2000	4	7	10:00
2000	4	8	10:00
2000	4	9	10:00
2000	4	10	10:00
2000	4	11	10:00
2000	4	12	10:00
2000	4	13	10:00
2000	4	14	10:00
2000	4	15	10:00
2000	4	16	10:00
2000	4	17	10:00
2000	4	18	10:00
2000	4	19	10:00
2000	4	20	10:00
2000	4	21	10:00
2000	4	22	10:00
2000	4	23	10:00
2000	4	24	10:00
2000	4	25	10:00
2000	4	26	10:00
2000	4	27	10:00
2000	4	28	10:00
2000	4	29	10:00
2000	4	30	10:00
2000	4	31	10:00
2000	5	1	10:00
2000	5	2	10:00
2000	5	3	10:00
2000	5	4	10:00
2000	5	5	10:00
2000	5	6	10:00
2000	5	7	10:00
2000	5	8	10:00
2000	5	9	10:00
2000	5	10	10:00
2000	5	11	10:00
2000	5	12	10:00
2000	5	13	10:00
2000	5	14	10:00
2000	5	15	10:00
2000	5	16	10:00
2000	5	17	10:00
2000	5	18	10:00
2000	5	19	10:00
2000	5	20	10:00
2000	5	21	10:00
2000	5	22	10:00
2000	5	23	10:00
2000	5	24	10:00
2000	5	25	10:00
2000	5	26	10:00
2000	5	27	10:00
2000	5	28	10:00
2000	5	29	10:00
2000	5	30	10:00
2000	5	31	10:00
2000	6	1	10:00
2000	6	2	10:00
2000	6	3	10:00
2000	6	4	10:00
2000	6	5	10:00
2000	6	6	10:00
2000	6	7	10:00
2000	6	8	10:00
2000	6	9	10:00
2000	6	10	10:00
2000	6	11	10:00
2000	6	12	10:00
2000	6	13	10:00
2000	6	14	10:00
2000	6	15	10:00
2000	6	16	10:00
2000	6	17	10:00
2000	6	18	10:00
2000	6	19	10:00
2000	6	20	10:00
2000	6	21	10:00
2000	6	22	10:00
2000	6	23	10:00
2000	6	24	10:00
2000	6	25	10:00
2000	6	26	10:00
2000	6	27	10:00
2000	6	28	10:00
2000	6	29	10:00



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ ELDER PEÑALOZA** contra **INGENIERIAS Y SERVICIOS S.A.S – INCER S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 028 2015 00826 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y parte demandada contra la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara que entre él e INGENIERIAS Y SERVICIOS S.A.S., existió un contrato de trabajo entre el 12 de octubre de 2012 y el 30 de enero de 2015, y que en esta fecha la relación laboral finalizó por un despido indirecto; que la demandada le adeuda 25 días de salario; 19 días de vacaciones causadas y no pagadas, y la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; así como que la liquidación y pago de salarios se realizó sobre una base salarial diferente e inferior a la pactada. Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, por \$5.903.315; \$2.683.333 por 25 días de salario; \$2.039.333 por 19 días de vacaciones causadas y no pagadas; la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por \$25.760.000; al pago de las costas del proceso y agencias en derecho, así como los derechos ultra y extrapetita que resultaren probados en el transcurso del proceso.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que en caso de que no le fuera reconocida la indemnización moratoria, se le concediera y reconociera el valor indexado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra de la demandada.

Para el efecto, manifestó que suscribió un contrato laboral a término indefinido con la sociedad **INGENIERIAS Y SERVICIOS INCER S.A.S.** desde el 12 de octubre de 2012 hasta el 30 de enero de 2015; que percibía una remuneración mensual de \$3.220.000, más \$1.380.000 que nunca fue modificada; que el contrato laboral terminó de forma unilateral sin justa causa, esto un despido indirecto, toda vez que si bien es cierto que presentó la renuncia la

misma fue inducida por la demandada; que no le han sido cancelados 25 días laborados, ni 19 días correspondientes a vacaciones causadas por el periodo de vinculación laboral; que aun le adeudan prestaciones sociales además de las indemnizaciones por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, y que a pesar de los múltiples requerimientos la sociedad demandada, hasta la presente fecha, se ha abstenido de cancelar sus obligaciones laborales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de noviembre de 2015, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 14).

INGENIERIAS Y SERVICIOS S.A.S. – INCER S.A.S. se allanó a la primera pretensión, y se opuso a las restantes. En su defensa, alegó que no es cierto que haya habido un despido indirecto como quiera que no hay soporte fáctico que lo sustente, y al contrario denota mala fe del ex – trabajador el indicar esto; que el demandante no legalizó varias sumas de dinero que le fueron entregadas, por lo que autorizó a la compañía al descuento de estas sumas, las cuales superaban el valor al que tenía derecho por concepto de salarios; que no existe saldo a favor del trabajador, sino que este le debe dinero a ella; que canceló por órdenes del despacho judicial el valor correspondiente a las vacaciones a las que tenía derecho el demandante, y que no hay lugar al reconocimiento de la indemnización contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a que el trabajador renunció de forma voluntaria, ni a la sanción moratoria por cuanto no se le adeuda ninguna suma (f.º 23 - 25)

Propuso las excepciones de inexistencia de pago, buena fe, y legalidad del descuento (f.º 26 - 29).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 19 de febrero de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de octubre de 2012 y el 30 de enero de 2015; declaró que la suma recibida por el actor por concepto de bonificación constituye factor salarial; condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor la suma de \$886.805, por concepto de saldo insoluto de vacaciones; la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra, y declaró probadas las excepciones de buena fe y legalidad en el descuento.

Consideró, que los problemas jurídicos a resolver, consistían en determinar si la suma recibida por el actor, por concepto de bonificación constituía factor salarial, y determinar si había lugar al pago de la indemnización por despido indirecto, vacaciones, salarios, e indemnización moratoria.

Adujo, que para determinar si una suma pagada al trabajador puede ser constitutiva de salario deben analizarse los supuestos fácticos que le puedan dar ese carácter, como si se trata de un beneficio que retribuye de manera habitual el servicio, la periodicidad, la regularidad de su pago y su finalidad, en concordancia con lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-7820 de 2014 y SL-39475 de 2012, para concluir que en este caso, conforme a los desprendibles de nómina obrantes en el expediente (f.º 161 – 188), se evidenció que la suma otorgada por la demandada por concepto de bonificación fue recibida por el actor durante la vigencia de la relación laboral, y que la misma retribuyó el trabajo personal y subordinado de este, pues en el contrato de trabajo no se condicionó su causación a un requisito distinto a la prestación del servicio, por lo que debía tenerse como

factor salarial.

Sobre la indemnización por despido indirecto, expresó que en sentencia SL-13648 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, señaló que para que se configure un despido indirecto se debe tener en cuenta tres requisitos esenciales; **i)** que el trabajador en un acto de voluntad manifieste su intención de dimitir la relación laboral; **ii)** que dentro de ese acto exponga con claridad la motivación que ajustada a una de las causales contempladas en el literal b) del artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965, lo llevó a tomar tal determinación, y **iii)** cumplir con la carga probatoria impuesta demostrando efectivamente que el empleador incurrió en las conductas que este le imputa.

Aseveró, que en este caso, el demandante no acreditó que al momento de presentar su renuncia hubiese sido coaccionado por la demandada, toda vez que con el interrogatorio que absolvió se probó que dicho acto fue voluntario y obedeció a un acuerdo verbal con los ingenieros Felipe Toro y Augusto Muñoz, por lo que no ahora no podía alegar un vicio a su favor. Igualmente, indicó que en la carta de renuncia, el actor no manifestó nada respecto del incumplimiento de las obligaciones del empleador.

Sobre la pretensión de reconocimiento de vacaciones, esgrimió que como el despacho había determinado que la bonificación si constituía factor salarial, el valor a cancelar por concepto de vacaciones correspondía a la suma de \$3.666.666, por lo que la demandada le adeudaba la suma restante de \$886.805. En cuanto a los salarios, indicó que la pasiva al momento de efectuar la liquidación final de prestaciones sociales (f.º 189), le reconoció la suma de \$2.866.112 al actor pese a que la misma ascendía a \$6.000.000, por cuanto este autorizó que los valores, como anticipos

de obra, que no fueran legalizados dentro de los 5 días siguientes al agotamiento de los giros fueran descontados de sus salarios y prestaciones.

Indicó, que conforme a lo establecido en el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo, las deducciones, retenciones y compensaciones del salario solo son permitidas cuando existe orden suscrita por el trabajador, a menos de que correspondan a las prohibiciones establecidas en la norma en mención, y que en el presente caso, la demandada descontó la suma de \$1.400.000 correspondiente a 12 días de salario, debido a que existía autorización del trabajador para hacerlo.

Finalmente, señaló que sobre la indemnización contemplada en el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo, consideró que la conducta de la demandada estuvo asistida de buena fe, por el hecho de que consignó y comunicó al actor el pago mediante depósito judicial de la liquidación final de sus acreencias laborales.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación con fundamento en que sí se demostró el despido indirecto, con las negociaciones que se surtieron entre el trabajador y la demandada, por lo que le debe ser reconocida la indemnización contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Expresó, que la pasiva también le adeuda la indemnización del artículo 65 *ibídem*, toda vez que pese a que el contrato de trabajo finalizó el 30 de enero de 2015, fue necesario que la demandada recibiera por correo certificado la citación para notificación de auto admisorio de la demanda, esto es, el 12 de noviembre de 2015, y el 19 de noviembre de esa misma anualidad, procediera a realizar la

consignación de las prestaciones sociales, es decir nueve meses después de la terminación del contrato de trabajo. También, indicó que en dicha liquidación no se incluyeron los salarios y las prestaciones debidas, por lo que la misma fue irregular en cuanto le efectuaron un descuento de \$1.400.000 de forma ilegal, sin que la demandada contara con la autorización para hacer esto, toda vez que no existían saldos por legalizar como se desprendió del dictamen pericial.

Por su parte, la demandada, interpuso recurso de apelación respecto de la naturaleza de la bonificación pactada, tras considerar que el despacho confundió su naturaleza al darle un efecto salarial cuando no estaba probado que remunerara la prestación de un servicio, y que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo establece dos tipos de bonificaciones, unas de carácter ocasional, de donde se deriva su condición de mera liberalidad, y otras que están pactadas entre las partes como excluidas del ingreso salarial teniendo como condición que no remuneran el servicio del trabajador, y que si bien es cierto que en el contrato de trabajo se estableció que la misma estaba sujeta a su función de ingeniero civil, no quiere decir que se remunerara directamente el servicio por cuanto simplemente se trata de una bonificación, que por expresa manifestación de las partes, estaba fuera del ámbito salarial. Aunado a ello, esgrimió que la misma cumple con los lineamientos jurisprudenciales señalados por el mismo despacho.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos

apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes.

1.- DE LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANDA

Para determinar si la suma otorgada al actor, por concepto de bonificación, constituye factor salarial debe determinarse si este pago correspondía a una retribución directa del servicio.

En reiterada jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto que por regla general todos los pagos que recibe el trabajador constituyen salario a menos de que sean prestaciones sociales; sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie y que no sean para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para el desempeño de sus funciones; que se trate de sumas ocasionales y entregadas por la mera liberalidad del empleador; pagos que por disposición legal no son salario, y los beneficios o auxilios habituales y ocasionales acordados mediante el contrato de trabajo o convencionalmente, cuando las partes de forma expresa hayan establecido que los mismos no constituyen salario. (CSJ SL 1371 de 2019; SL 1399 de 2019; SL - 1798 - 2018, y SL - 1437 de 2018).

Ahora bien, de los desprendibles de nómina que obran en el expediente (f.º 161 a f.º 88) se tiene que el demandante recibió dicha bonificación de forma habitual, durante la vigencia de la relación laboral, no obstante, como el carácter habitual de la misma no es suficiente para deprecar que las sumas recibidas por el trabajador constituía salario, debe la sala determinar si la finalidad de la bonificación es remunerar de manera directa la actividad que realizaba al empleador.

Para el efecto, debe hacerse una remisión a la cláusula novena del contrato de trabajo en la cual se estableció lo siguiente: “NOVENA. – El empleador reconocerá al trabajador, por mera liberalidad, y mientras permanezca ejerciendo sus funciones de INGENIERO CIVIL RESIDENTE (Dirección, confianza y manejo), una bonificación de \$1.380.000 mensuales, no constitutiva de salario, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del C.S.T., subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. En consecuencia, este valor no tendrá incidencia salarial” (f.º 46).

Al hacer una interpretación de esta cláusula, esta sala estima que no erró el *a quo* al considerar que la bonificación pactada estaba retribuyendo de manera directa el servicio prestado por el actor, por cuanto se estableció que su reconocimiento estaba sujeto al ejercicio de las funciones del actor en el cargo para el que fue contratado. Así las cosas, en este punto se **confirma** la sentencia apelada.

1.- DE LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE.

1.1. DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO.

Conforme a lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia de antaño, el despido indirecto se da cuando el trabajador presenta su renuncia por haber incurrido el empleador en una o más de las causales previstas en el literal b) del artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965, que reformó el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, (sentencias CSJ SL 41490, 9 ago. 2011, CSJ SL2412-2016, CSJ SL18344-2016 y CSJ SL14877- 2016), es decir, que la causa de su renuncia fue atribuible al empleador, misma que debe aducirse a la terminación.

En sentencia SL – 1628 de 2018, esa corporación dispuso que para efectos de imponer la indemnización prevista en el artículo 64

del Código Sustantivo del Trabajo, por despido indirecto, el trabajador, *“tiene la carga de demostrar, además de la decisión de la renuncia motivada comunicada al empleador al momento de su retiro, los hechos en los cuales edificó su decisión. Ahora, si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde probarlos.”*

Esta sala, observa que de ninguna de las pruebas obrantes en el expediente, se puede apreciar que efectivamente hubo un despido indirecto, o que la empresa demandada haya inducido al actor a presentar su renuncia. Lo anterior, por cuanto en la misiva presentada por el actor, este alega que el motivo al cual obedeció su decisión fue por razones estrictamente personales, y no que la demandada haya incurrido en alguna de las causales previstas en el literal b) del artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965.

Asimismo, se comparte la apreciación hecha por el *a quo* respecto de lo manifestado en el interrogatorio de parte por el actor, en el sentido de que este admitió haber renunciado voluntariamente a la empresa con posterioridad a un acuerdo con el ingeniero Felipe Toro, y el ingeniero Augusto Muñoz. Aunado a ello, la testigo Ángela María Rojas expresó que según su conocimiento la renuncia del actor obedeció a otra alternativa laboral. Por lo que en este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

1.2.- DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

En lo que atañe a la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, valga recordar que, para establecer su procedencia, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al

abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL -12854 de 2016).

Recientemente, en sentencia SL – 2873 de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia esgrimió que la sanción moratoria procede *“cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, SL8216-2016 y SL3936-2018).”*

Al examinar el presente caso, encuentra la sala que dentro del expediente no obra prueba alguna que respalde que la demandada obró de buena fe al abstenerse de cancelarle la liquidación al aquí demandante durante 9 meses y 26 días. Aunado a ello, la pasiva no esgrimió si quiera un argumento válido, ni allegó al juicio elementos valederos que evidenciaran la presencia de un actuar conscientemente correcto.

De otra parte, el *a quo* no efectuó un examen riguroso respecto del comportamiento de la demandada, por cuanto la única razón que esgrimió para absolverla de este pedimento fue que esta consignó y comunicó al actor del pago mediante depósito judicial de la liquidación final de sus acreencias laborales, previa retención de lo adeudado por salario. respecto de la cual existió autorización del actor.

No obstante, no tuvo en consideración que el demandante renunció el 30 de enero de 2015 (f.º 46); que la demanda laboral interpuesta por el actor fue admitida el 10 de noviembre de 2015 (f.º 14), y que solo hasta el 18 de noviembre de la misma anualidad el representante legal de la demandada puso a disposición del Juzgado Laboral del Circuito de Bogotá el título judicial n.º 40010005273429 por el valor de \$2.866.112 correspondiente a la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales del actor (f.º 173), esto es, 9 meses y 26 días después, pese a que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el empleador a la terminación del contrato de trabajo debe pagar al trabajador los emolumentos debidos, y de no haber acuerdo con el empleado al respecto, proceder a su consignación ante el juez laboral. Así las cosas, es claro que la demandada tan solo cumplió con lo establecido en la norma al momento de percatarse de que el actor había acudido a la jurisdicción ordinaria laboral para el reclamo de sus derechos, hecho que a criterio de esta sala demuestra que la conducta de la pasiva estuvo precedida de mala fe.

Por otra parte, si bien es cierto que el actor autorizó que los valores que no legalizara fueran descontados de sus salarios y prestaciones, como en efecto sucedió, esto no constituye una razón válida, como lo adujo el *a quo*, para que la pasiva no hubiese pagado la liquidación de prestaciones sociales al actor en el momento en que el contrato finalizó por cuanto el trabajador tenía un saldo a su favor que le debía ser reconocido. Así las cosas, sobre este punto se **revocará** la decisión apelada y se procederá a condenar a la demandada al reconocimiento de la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como quiera que esta sala determinó que la bonificación reconocida al actor si tiene incidencia salarial, habrá de tenerse en

cuenta este emolumento para efectos de realizar el cálculo de esta sanción, así como el valor del salario devengado por el actor que se probó en el curso del proceso, esto es, CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000), por lo que al hacer las operaciones aritméticas, al multiplicarse por 296 días (9 meses y 26 días), nos arroja la suma de \$49.333.333.33, valor este, por el cual se condenará a la entidad demandada.

1.3 DE LOS DESCUENTOS AL SALARIO DEL TRABAJADOR

El artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el empleador no puede deducir, retener, o compensar suma alguna de salario, sin orden suscrita por el trabajador.

En este sentido, comparte la sala la apreciación hecha por el *a quo* de que el trabajador efectivamente autorizó los descuentos efectuados por el empleador como quiera que en la solicitud de anticipo allegada al proceso por la demandada (f.º 49) consta la siguiente cláusula: *“CLÁUSULA ÚNICA: Me comprometo a legalizar los gastos correspondientes a esta solicitud en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles desde la ejecución. En su defecto, Autorizo a la Tesorería de INCER S.A., Para que descuenta de mi salario, y en una sola cuota, el valor correspondiente a la nómina del mes siguiente a la fecha en que se realizó la solicitud”*. Por dicho motivo, la accionada descontó de la liquidación final del actor la suma de \$1.400.000, correspondiente a 12 días de salario debido a que esta era la suma que debía el actor por no haber legalizado los gastos. Por ende, no es cierto que la empresa haya incurrido en un descuento ilegal como lo indicó la parte demandante al apelar la decisión del *a quo*. Así que en este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

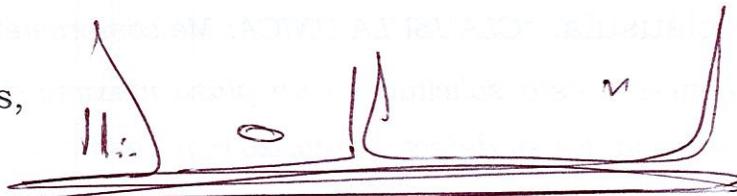
PRIMERO: CONFIRMAR en los numerales 1.º, 2.º y 3.º la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 19 de febrero de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 4.º para en su lugar **CONDENAR** a **INGENIERIAS Y SERVICIOS S.A.S – INCER S.A.S.**, al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por la suma de \$49.333.333.33, conforme a lo precisado en la presente sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



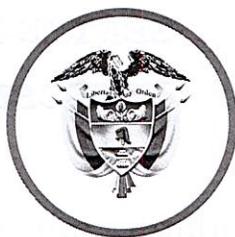
DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **PABLO EMILIO RIAÑO GUZMÁN** contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 039 2017 00763 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de conocer en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara la existencia del contrato de trabajo con el SENA; que es beneficiario de la pensión consagrada en el artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el SENA y su sindicato de trabajadores oficiales, y consecuentemente, que se le condene a pagarle dicha pensión convencional, ordenándose además a COLPENSIONES para que le pague el retroactivo pensional debidamente indexado más las costas.

De manera subsidiaria, pretendió que se declarara que es beneficiario de la pensión de vejez del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y que se condene a COLPENSIONES a pagarle dicha pensión de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, junto con las mesadas y el retroactivo pensional indexado más las costas.

Para el efecto, manifestó que nació el 1.º de abril de 1959, y se vinculó al SENA el 14 de enero de 1988, vinculación que está vigente; que es beneficiario de la pensión del artículo 109 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empleadora y el sindicato de sus trabajadores oficiales, que exige 20 años de servicio y 55 años de edad; que su asignación mensual para 2017 fue de \$2.302.477, y que reclamó a las demandadas lo aquí reclamado, recibiendo respuesta negativa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 30 de mayo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 65).

El **SERVICIO NACIONAL DE APFRENDIZAJE -SENA-**, se opuso a las pretensiones del actor, porque el artículo 18 del Decreto 4937 de 2009, le prohíbe expresamente el reconocimiento de cualquier pensión, aunque admitió la vinculación del demandante y su condición de beneficiario de la convención colectiva de trabajo.

Propuso las excepciones de ausencia de los presupuestos básicos para la prosperidad de las pretensiones; inexistencia de la causa para incoar el medio de control en contra del Sena; cobro de lo no debido y buena fe (f.º 86-101).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, también se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el demandante tenía 35 años de edad a 1.º de abril de 1994 y no era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe; presunción de legalidad de los actos administrativos; no configuración del derecho a intereses moratorios ni a indemnización moratoria; no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste alguno; carencia de causa para demandar; prescripción; compensación y no procedencia de condena en costas (f.º 196—205)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 6 de diciembre de 2019, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y absolvió a las demandadas SENA y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, a quien

condenó en costas, fijando las agencias en derecho en \$400.000.

El juzgado, dio por establecido que el demandante nació el 1.º de abril de 1959; que ingresó al Sena el 14 de enero de 1988, llevando 29 años de servicio; que era beneficiario de la convención colectiva de trabajo, por haberlo aceptado así el Sena en la contestación y en la respuesta a la reclamación administrativa, y que igualmente es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más de 750 semanas de cotización o de años servicios a la entrada en vigencia de dicha ley y del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que empezó a cotizar al ISS en forma continua e ininterrumpida desde 1978.

Expresó que los problemas jurídicos a resolver eran los siguientes: **i)** si el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación convencional, o en su defecto, **ii)** si tiene derecho a la pensión de jubilación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por ser beneficiario del régimen de transición pensional.

Sobre lo primero, encontró que el artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo del Sena, consagraba una pensión de jubilación para sus trabajadores oficiales con 20 años de servicio y lleguen a la edad de 55 años para los hombres y 50 para las mujeres. Sin embargo, dijo que de acuerdo con las sentencias SL - 38272 del 30 de enero de 2003, de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, y la sentencia SU-555 de 2014 de la Corte Constitucional, dicha convención colectiva rigió máximo hasta el 31 de julio de 2010, y el actor cumplió los 55 años de edad en 2014, por lo que antes de esa fecha no había causado el derecho convencional a su favor.

En cuanto a lo segundo, dijo que tampoco tenía derecho a la pensión del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con

el Acuerdo 049 de 1990, porque cumplió los 60 años de edad en el 2019 y cuando presentó la demanda el 15 de diciembre de 2017, tampoco tenía causado el derecho a la pensión de vejez.

IV. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

No hay duda de que el demandante nació el 1.º de abril de 1959; ingresó al Sena el 14 de enero de 1988, y sigue vinculado a dicha entidad, siendo además beneficiario del régimen convencional del SENA, por cuanto no fue materia de discusión por las partes. Tampoco hay duda de que a 1.º de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, si bien no contaba con 40 o más años de edad, tenía más de 15 años de servicios o cotizados, lo que lo convierte en beneficiario del régimen de transición del artículo 36 en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005.

El párrafo transitorio tercero del citado Acto Legislativo, determinó que “Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

La Convención Colectiva de Trabajo (f.º 25-45), fue pactada con vigencia entre el 1.º de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, y su artículo 109 consagra pensión de jubilación para quienes tengan 20 años de servicio y lleguen a la edad de 55 años para los hombres y 50 para las mujeres. No aparece que haya sido denunciada o reemplazada por otra convención, pacto o laudo, por lo que se prorrogó automáticamente por periodos sucesivos de 6 meses (artículo 478 del C.S.T.), por lo que es fácil colegir que cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, que fue el 25 de julio de ese año, estaba prorrogada automáticamente hasta el 31 de diciembre de 2005, cuando perdió su vigencia. Para esta fecha, el actor no había causado el derecho a la pensión convencional, pues no tenía 20 años de servicio ni tenía 55 años de edad, que tan solo vino a cumplir el 1.º de abril de 2014, ni tampoco lo tenía para el 31 de julio de 2010.

En lo relativo a la pensión de vejez del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990, por ser el demandante beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, advierte la Sala que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, exigía como requisitos para la pensión de vejez 60 años de edad para los hombres y 55 para las mujeres, y 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 en cualquier época. La densidad de cotizaciones las tiene con suficiencia el demandante; sin embargo, los 60 años de edad los cumplió el 1.º de abril de 2019, por lo que cuando presentó la demanda tampoco tenía derecho a dicha pensión; además, de que el régimen pensional anterior a la Ley 100 estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, según el parágrafo transitorio cuarto del Acto Legislativo 01 de 2005.

En síntesis, no tiene derecho el demandante ni a la pensión de jubilación del artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el SENA y el sindicato de sus trabajadores oficiales, con vigencia entre el 1.º de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, ni tampoco a la pensión que consagraba el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por no estar el régimen convencional vigente al 1.º de abril de 2014 cuando cumplió los 55 años de edad, y porque el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005, perdió vigencia el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual no tenía 60 años de edad.

En consecuencia, se confirmará la sentencia consultada, sin que haya lugar a costas por haber conocido la Sala en consulta.

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

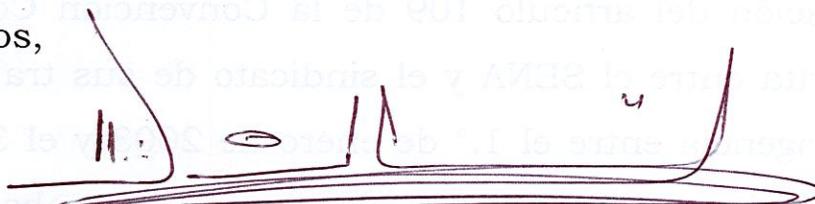
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida el 6 de diciembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

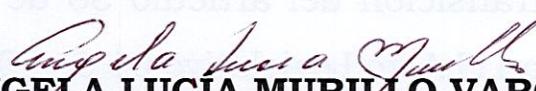
SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA