



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 038 2017 00291 01  
**DEMANDANTE:** MARLENE OSPINA MORALES  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Conforme al memorial de folio 151, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTÍZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con Cedula de ciudadanía número 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada.

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de febrero de 2020. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

**I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez de forma definitiva y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de agosto de 1963, que es paciente con antecedentes de carcinoma "in cito" y en el año 2000 le fue diagnosticado "CA de cérvix" tratado con cirugía, además, en el año 2015 presentó lesiones metastásicas en hígado por tumor neuroendocrino. Refirió que por estas enfermedades Colpensiones determinó una pérdida de capacidad laboral del 61.89% de origen común, estructurada el 24 de marzo de 2015. Señaló que la enfermedad por ser producto de una metástasis no se produjo el día en que le fue practicado el examen de abdomen en el 2015, sino en el año 2000 cuando apareció la enfermedad.

Señaló que, conforme a su historia laboral empezó a cotizar al sistema de pensiones el 26 de agosto de 1982 hasta el 31 de diciembre de 2011, en el que acumuló 1.346 semanas. Preciso que tiene 26 semanas en el año inmediatamente anterior al 2000 y solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión por invalidez, la cual fue negada mediante Resolución 249534 de 24 de agosto de 2016, por no acreditar 50, ni 26 semanas cotizadas en el año anterior a la estructuración de la invalidez, por lo que no acredita el requisito de semanas cotizadas exigido por la ley. Inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los que fueron atendidos por la entidad mediante Resolución 292415 de 10 de octubre de 2016 y n.º 42807 del 29 de noviembre de 2016, en la que confirmó su decisión inicial.

Relató que se encuentra en condiciones económicas precarias que le impiden sufragar sus gastos personales y no se ha podido ubicar laboralmente, pues le está prohibido realizar cualquier esfuerzo físico por mínimo que sea. Señaló que interpuso acción de tutela la cual correspondió al Juzgado 17 Penal del Circuito de Conocimiento, quien negó el amparo de los derechos, sin embargo, ante la impugnación presentada ante, la Sala Penal de esta Corporación revocó la decisión y ordenó de forma transitoria los derechos a la seguridad social, la vida en condiciones dignas y el mínimo vital, por tanto, dispuso a Colpensiones reconocer la pensión de invalidez y concedió a la accionante un plazo de cuatro meses para ejercer la acción ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Narró que Colpensiones mediante Resolución SUB 18689 cumplió del fallo de tutela incluyéndola en nómina y realizó el pago del retroactivo correspondiente a la mesada de abril de 2017 (f.º 1 a 6).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó lo relativos la fecha de nacimiento, el número de semanas cotizadas, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento provisional de la pensión de invalidez. Respecto de los demás, manifestó no constarles.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, la buena fe, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (f.º 99 a 112).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de febrero de 2020, declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en aplicación de la Ley 860 de 2003. En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar pensión de invalidez de manera definitiva en los términos en que fue otorgada mediante Resolución SU 18689 de 24 de marzo de 2017. Condenó en costas a la demandada (f.º 140).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante no acredita 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, ni 26 semanas en el año inmediatamente anterior, no obstante, cuenta 1342.86 semanas cotizadas a lo largo de su vida, por lo que cumple con el número mínimo de semanas para acceder a la pensión de vejez, pendiente de acreditar únicamente la edad por lo que

en aplicación del criterio jurisprudencial fijado por la Corte Suprema de Justicia tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión reclamada.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que Colpensiones por tratarse de una entidad que administra recursos del erario, se debe aplicar el artículo 39 de la Ley 860 de 2003, que en su numeral 1º dispone que para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez el afiliado debe contar con 50 semanas cotizadas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, requisito que no acredita la demandante.

Alegó que la demandante no solicitó administrativamente dar aplicación al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia relacionada con el número de semanas cotizadas a lo largo de la vida y en todo caso, no cuenta con la edad para acceder a la pensión de vejez por lo que omitió realizar ese estudio. Arguyó que la demandante debió interponer los recursos de ley contra el dictamen pericial.

Subsidiariamente, imploró ser absuelta de la condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no tiene la facultad de hacer interpretaciones jurisprudenciales dado que, al manejar recursos públicos, ello se prestaría incluso en temas de corrupción.

### **IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

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

## **V. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala dilucidar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de manera definitiva de la pensión de invalidez.

### **1. De la pensión de invalidez**

En el presente caso está demostrado que mediante dictamen de 19 de abril de 2016 (f.º 16), Colpensiones determinó que la actora padece una pérdida de capacidad laboral del 61.89%, estructurada el 24 de marzo de 2015, ocasionada por enfermedad degenerativa (f.º 26 a 30), lo que conllevó a solicitar la pensión el 17 de junio de 2016, la cual fue negada a través de Resolución GNR 249534 de 24 de agosto de 2016 (f.º 32 a 34), al no acreditar las 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración. Que contra dicha decisión se interpusieron los recursos de reposición y apelación, que fueron resueltos desfavorablemente a través de actos administrativos GNR 297415 del 10 de octubre de 2016 (f.º 36 y 37) y VPB 42807 del 29 de noviembre de 2016 (f.º 39 y 40).

Paralelamente, se advierte que el demandante presentó acción de tutela con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión, la cual fue negada en primera instancia por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento (f.º 42 a 48) y revocada por la Sala Penal de este Tribunal, para en su lugar, ordenar al ente de seguridad social a reconocer la pensión de invalidez a partir del 31 de diciembre de 2011, fecha presunta de la estructuración de invalidez y ordenó a la accionante promover la respectiva acción ante la justicia ordinaria dentro de los dentro de los cuatro meses siguientes (f.º 71 a 84).

Puestas las cosas de esta manera, se precisa que, en materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Así, tratándose de la pensión de invalidez el precepto aplicable será aquella en vigencia de la cual se determine la fecha de

estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, como quiera que la invalidez de la demandante se estructuró el 24 de marzo de 2015 (f.º 26 a 30) debe aplicarse el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ya que es la disposición vigente a dicha data, la cual establece como requisitos para obtener la prestación invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así la cosas, se cumple el primer requisito por cuanto la demandante le fue calificada una PCL del 61.89% (f.º 26 a 30), no obstante, no cotizó semana alguna dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez como se verifica del reporte de folios 128 a 136, según el cual la última cotización realizada corresponde al periodo diciembre de 2011, con el empleador Fondo Rotatorio. Por tanto, la actora no acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada al amparo de la norma vigente al momento de estructuración de la invalidez.

Ahora bien, de conformidad con el reporte referido se corrobora que la promotora del juicio a lo largo de su vida laboral - 26 de agosto de 1982 al 31 de diciembre de 2011 - acredita un total de 1.342 semanas cotizadas (f.º 28 a 130), es decir, una densidad superior a la prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, correspondiente a 1.300.

En este punto resalta la Sala que la Corte suprema de Justicia en sentencia con radicado n.º. 397668 de junio de 2011, recordada en sentencia SL 12753 de 2014, señaló que, aunque un afiliado no haya cotizado en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez puede en casos especialísimos concederse la pensión de invalidez. En los supuestos estudiados en las referidas sentencias, los demandantes cumplían con el número de semanas mínimo para acceder a

la prestación de vejez, pero no las exigidas a la fecha del siniestro para acceder a la pensión de invalidez.

Sobre el particular, precisó la Alta Corporación que:

*“Cabe resaltar, entonces, que el criterio jurídico que ahora adopta la Corte, de acuerdo con el cual quien, en el Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida, ha cumplido los requisitos en materia de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez tiene derecho a la pensión por invalidez, así no haya cotizado en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, (exigencia efectuada por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003), cuenta con respaldo en la antes citada disposición de la Ley 797 de 2003 que, aunque establecida respecto de otras prestaciones, permite extraer una regla jurídica aplicable al supuesto analizado: el afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que ha cotizado el número de semanas suficiente para acceder a la pensión por vejez, que es aquella para cuya causación se requiere una mayor densidad de cotizaciones, consolida el derecho a prestaciones previstas para otros riesgos y contingencias, para cuya causación se exija una densidad de cotizaciones inferior, como lo es la pensión de invalidez.*

*Ese criterio jurídico, cabe agregar, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, como que los aportes efectuados, como se dijo, son suficientes para financiar el reconocimiento de la prestación.*

*De lo expuesto se concluye que, pese a que el Tribunal utilizó equivocadamente el principio de progresividad, la situación especialísima del afiliado llevaría a la Corte, aunque por razones jurídicas diferentes, a adoptar la misma decisión que es materia de impugnación y por ese motivo los cargos no prosperan. Radicación 52823 del 3 de septiembre de 2014.*

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia SL 12753 de 2014, además, concluyó:

*“Aquí y ahora importante resulta precisar que para obtener el derecho a la pensión de invalidez bajo la línea jurisprudencial que se transcribió en precedencia, se deben cumplir las siguientes exigencias: (i) que el afiliado a la fecha de estructuración de invalidez, cuente con la densidad de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez; (ii) que se trate de un caso «especialísimo» que ponga en inminente peligro la vida y que esté debidamente acreditado; (iii) La pensión de invalidez se reconoce y liquida en la cuantía que establezca la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez; (iv) cuando el afiliado arribe a la edad para obtener la pensión de vejez, la de invalidez y en armonía con lo previsto en el literal j del art. 13 de la L. 100/1993 y 17 ibídem, modificado por el art. 4 de la L. 797/2003, muta a la de vejez, tal y como lo ha reiterado esta Sala. De no ser así, se estaría creando una inestabilidad jurídica que no se acompañaría con la sostenibilidad del sistema.*

En ese horizonte, en el caso analizado se configuran las subreglas sentados por la Corte suprema de Justicia, como quiera que el 24 de marzo de 2015 – data en que se estructuró la invalidez - (f.º 29), contaba con 1.342.86 semanas cotizadas (f.º 128 a 130) y se evidencia un caso especial, pues la demandante padece “*carcinoma neuroendocrino metastásico hígado primario desconocido*” (f.º 27).

Además, en el *sub examine* el juzgado dispuso el reconocimiento de la prestación en la forma prevista en la Ley 860 de 2003, pero indicó que debía hacerlo de manera definitiva en los términos que fue otorgada en la Resolución SUB 18689 de 24 de marzo de 2017, por ello, al remitirse el Tribunal a dicho acto administrativo, se evidencia que la pensión se reconoció en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a partir del 31 de diciembre de 2011, - momento en que dejó de cotizar al sistema - asunto sobre el cual no se puede volver ahora a discutir como quiera que el juez constitucional ordenó así el pago y en todo caso en esta instancia no es motivo de controversia por la demandante.

## **2. De la mutación de la pensión de invalidez a la de vejez**

De otra parte, conforme a lo señalado por el Órgano de cierre cuando el pensionado por invalidez arribe a la edad para obtener la pensión de vejez, la de prestación de invalidez debe mutar a la de vejez debido a la preservación de la sostenibilidad del sistema.

En esa medida, al haber nacido la demandante el 10 de agosto de 1963, según se colige de los diferentes actos administrativos emitidos por Colpensiones (f.º 31 a 40 y 85 a 89), arribó a la edad de 57 años el 10 de agosto de 2020, por lo que a partir de esta fecha Colpensiones deberá mutar la pensión de invalidez a la de vejez y establecer su cuantía conforme lo dispone el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10º de la Ley 797 de 2003, así se indicará en la parte resolutive de la sentencia.

## **3. De la prescripción**

Dado que el juez constitucional ordenó el pago de la pensión de vejez a partir de diciembre del año 2011 (f.º 72 a 84) y Colpensiones pagó el retroactivo correspondiente mediante Resolución SUB 18689 de 24 de marzo de 2017, asimismo, ha cancelado las mesadas, no hay lugar a declarar probado ni siquiera en forma parcial el fenómeno extintivo de la prescripción.

#### **4. Del recurso de apelación de la demandada**

A continuación, se adentra la Sala a resolver el argumento de apelación no dilucidado en el grado jurisdiccional de consulta.

##### **4.1 De las costas del proceso**

Alega la parte demandada que debe ser absuelta de pagar las costas del proceso, pues no está facultada para realizar reconocimientos pensionales en aplicación a criterios jurisprudenciales, y si bien, negó la pensión a la demandante lo hizo en apego estricto a la ley.

Sobre el particular, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la demandada por este concepto, pues al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones en la demanda y resultó condenada.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y atendidos los argumentos de apelación de la demandada, la Sala adiciona la decisión en la forma anunciada.

No se causan costas en este grado de jurisdicción ni en la apelación.

#### **VI. DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que, a partir del 10 agosto de 2020 la pensión de invalidez otorgada a la demandante deberá mutar a la de vejez y, en este momento Colpensiones deberá liquidar la prestación en aplicación al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10º de la Ley 797 de 2003.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia analizada.

**TERCERO:** Sin COSTAS en el grado jurisdiccional, ni en la apelación ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 008 2018 00637 01  
**DEMANDANTE:** TERESITA URIBE GUTIERREZ  
**DEMANDADO:** AVIANCA S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de febrero de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que la demandada dio lugar a la terminación del contrato con justa causa. En consecuencia, se condene a Avianca S.A. a pagarle la indemnización legal por despido sin justa causa de conformidad con lo establecido por los literales a y d del artículo 6° de la Ley 50 de 1990, subrogado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2003. A pagarle ocho pasajes anuales para personal jubilado y su grupo familiar establecidos en la cláusula 117 de la Convención Colectiva suscrita entre Avianca S.A. y Sintrava y Sinditra vigente del 1° de julio de 2015 al 30 de junio de 2020, la indexación y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó sus servicios a Avianca S.A. desde el 11 mayo de 1992 hasta el 27 de julio de 2018, por espacio de 26 años, 2 meses y 20 días, durante los cuales observó buena

conducta y no fue objeto de procesos disciplinarios; devengó como último salario mensual integral \$11.635.096.

Refirió que el Director de Evaluación Interna y Riesgo Héctor David Hidalgo mediante comunicación del 2 de junio de 2017 le comunica que a partir de la fecha y hasta nueva instrucción, la empresa quedaba relevada de prestar sus servicios en aplicación del artículo 140 del Código Sustantivo de Trabajo, decisión que fue confirmada por la Directora de Relaciones Laborales mediante comunicación del 15 de junio de 2017.

Adujo que después de haber agotado infructuosamente los mecanismo legales sobre prevención al acoso y hostigamiento laboral al que había sido sometida con el fin de que Avianca cesara en la violación de los derechos legales y contractuales, instauró acción de tutela el 24 de abril de 2018, la que correspondió al Juzgado Décimo Laboral de Pequeñas causas de Bogotá, quien mediante sentencia del 11 de mayo de 2018 declaró improcedente la acción, la cual fue revocada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en decisión de 26 de junio de 2018, para en su lugar, amparar los derechos fundamentales, por lo que ordenó a Avianca S.A. restablecer la actividad laboral a fin de cesar la injustificada prohibición de ejecutar la labor para la que fue contratada.

Expuso que pasado un mes desde que fue emitido el fallo de tutela y al no darse cumplimiento, decidió poner fin al contrato de trabajo a partir del 27 de julio de 2018 por justa causa imputable a la empleadora consistente en la prohibición de ejecutar las labores para las cuales fue contratada. En respuesta, la empresa emitió aceptación de renuncia, en la que manifiesta además que conoce la sentencia de tutela.

Narró que la cláusula 117, de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empleadora y Sintrava vigente entre el 1º de julio de 2015 y el 30 de julio de 2025, establece el reconocimiento para personal jubilado de 8 tiquetes por año con el 100% de descuento para ser utilizados por el pensionado o su grupo familiar en rutas nacionales o internacionales de la empresa; no obstante, la empresa le reconoció los tiquetes de jubilado

previstos en la cláusula 116 de la citada convención que aplica solo a los afiliados a dicho sindicato. Señaló que el 31 de julio de 2018, Colpensiones le notificó el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por Avianca S.A., mediante Resolución 192125 del 18 de julio de 2018 (f.º 3 a 11).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Avianca S.A., se opuso a todas las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó los extremos de la relación laboral, el último salario devengado por la demandante, que está nunca fue objeto de proceso disciplinario, que le fue aceptada la renuncia, lo relacionado con la acción de tutela y la solicitud de reconocimiento pensional realizada por la empleadora. Frente a los demás, manifestó no ser ciertos.

Explicó que la decisión de relevar a la demandante de sus funciones estuvo plenamente justificada dado la imposibilidad de continuar con la realización de su labor ante la incompatibilidad en el cargo y a los problemas de relacionamiento de la trabajadora.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito de cobro de lo no debido por ausencia de cusa e inexistencia de la obligación, la buena fe, la prescripción, la compensación, el pago y la cesación de la orden impartida por el juzgado 1º laboral del circuito de Bogotá (f.º 131 a 146).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de febrero de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probada la excepción de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. Sin condena en costas (f.º 276).

Como sustento de su decisión, concluyó que la demandada en ejercicio del poder subordinante decidió que la accionante no continuara con la prestación de sus servicios personales, sin embargo, con tal hecho no vulneró la dignidad de la trabajadora ni los principios fundamentales

en materia laboral. Determinó que, aunque la demandada no había dado cumplimiento a la orden del juez de tutela en el sentido de reintegrar a la trabajadora a prestar sus servicios, ello no se constituye en una justa causa para terminar el contrato, pues lo que procedía era iniciar el incidente de desacato. De otro lado, definió que entre la decisión de tutela y el reconocimiento de la pensión de vejez a la promotora del juicio solo transcurrieron 22 días, circunstancia por la cual se desvirtúa un actuar de mala fe de la empleadora. Finalmente, encontró que el reconocimiento de 8 tiquetes aéreos está previsto en la convención colectiva únicamente para los trabajadores pensionados por jubilación directamente por la empresa.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia, pues desconoce los lineamientos del juez de tutela que consideró la vulneración de sus derechos.

Arguyó que el hecho que el empleador hubiese pagado salarios no significa que no haya violado la ley, al ser su obligación, que no tenía ningún proceso disciplinario sino apenas quejas de empleadas de recursos humanos que no laboraron con ella, por lo que no tenían conocimiento de sus funciones y trabajo.

Señaló que, con el testimonio y el interrogatorio de parte se demuestra la violación al debido proceso, pues de existir motivos para el despido debió haberse adelantado un proceso disciplinario en el que le dieran la oportunidad de defenderse de las imputaciones que le hacían, por lo que desde ningún punto de vista jurídico es aceptable la conclusión a la que llegó el juzgado al tomar como fundamento los argumentos expuestos por Avianca S.A. relacionados con que ya no reunía los requisitos para desempeñar el cargo, cuando en el interrogatorio de parte el representante legal de Avianca S.A. dice que lo que había era un cambio generacional o sea que la sacaron porque estaba "vieja". Expuso que la violación de los derechos laborales duró dos años, situación que fue reconocida por el juez de tutela.

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

#### IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación, corresponde a esta Colegiatura determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo de trabajo por haberse configurado un despido indirecto imputable a la demandada.

Para resolver tal tópico, conviene recordar que el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos. De allí, la obligación del trabajador de demostrar que las causales invocadas a la finalización del vínculo laboral son imputables al empleador.

Así lo tiene puntualizado la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 44155 de 26 de junio de 2012, rememorada en SL1082-2020, en que señaló:

*“El despido indirecto o auto despido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión **debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma**, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.*

*Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte **que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho, (...)**”*

En el presente caso, conforme al escrito de folios 57 y 58, el 27 de julio de 2018 la demandante da por terminado el contrato al señalar que

presentó denuncia sobre acoso laboral porque la empresa decidió *“de forma inconstitucional, ilegal y arbitraria violar mis derechos fundamentales al trabajo y a la dignidad del ser humano y sin ninguna justificación a partir del día 1 de junio de 2017 despojarme de mi trabajo mandarme para mi casa y regalarme el salario”* Igualmente, expuso en la misiva que el Juzgado Primero Laboral del Circuito amparó su derecho al trabajo y a la dignidad, por lo que ordenó a Avianca S.A. a restablecer la actividad laboral a fin de que cesara la injustificada prohibición de ejecutar la labor para la que fue contratada, y a renglón seguido expuso:

*“Por lo tanto y de acuerdo con el fallo judicial, Avianca ha violado el artículo 53 de la C.N. que en materia sustantiva laboral, garantiza y protege los derechos regulados por el Código Sustantivo de Trabajo y consecuentemente prohibirme ejercer la labor para que fui contratada violó y continua violando injustificadamente mis derechos contractuales, viéndome obligada a dar por terminado mi contrato de trabajo, por causas más que justificadas imputables a Avianca*

*Como consecuencia de lo anterior y de conformidad con lo establecido por el artículo 64 del C.S.T. subrogado por el artículo 6º de la Ley 50 de 1990, Avianca debe pagarme la indemnización legal que en derecho corresponda por despido injustificado indirecto”*

En síntesis, conforme a la carta de renuncia la causa invocada para poner fin al contrato de trabajo, lo fue el incumplimiento de Avianca S.A. a la orden impartida por el juez de tutela.

En ese entendido, considera la Sala que no es una causa que pueda configurarse como justa para dar por terminado el contrato por parte de la trabajadora, pues ante el incumplimiento de la orden de tutela lo procedente era iniciar el incidente de desacato para buscar su materialización.

Con todo, debe precisarse que ninguno de los derechos laborales de la trabajadora fue menoscabado por Avianca S.A., quien en ejercicio de la facultad prevista artículo 140 del Código Sustantivo de Trabajo le informó mediante comunicación de 2 de junio de 2017 (f.º 189) ratificada el 15 del mismo mes y año (f.º 190) que estaba relevada de prestar sus servicios. Conviene señalar que la empresa continuó, como era debido, con el pago

de los salarios y demás obligaciones laborales, tal como se aceptó en el recurso de apelación, por lo que con ello protegió la estabilidad en el empleo de la demandante.

En gracia de discusión, es válido poner de presente además que para el momento en que la demandante dejó de prestar sus servicios personales con pago de las acreencias laborales, ya acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez, la cual fue reconocida por Colpensiones mediante Resolución SUB 192152 del 18 de julio de 2018, notificada el 31 de julio de 2018 (f.º 105 a 110).

### **1. De las consideraciones del juez de tutela**

No pasa por alto el Tribunal que el juzgado de tutela en fallo del 26 de junio de 2018 (f.º 43 a 46) consideró que, si bien a la actora no se le afectaba de manera grave el mínimo vital, sí se vulneraba sin justificación el *“derecho fundamental al trabajo por lo que en aras de evitar un perjuicio irremediable a la señora TERESITA URIBE GUTIERREZ derivado de la situación en que se encuentra por la incertidumbre de su condición laboral en la que se le impide la prestación de su servicio personal esencial para el desempeño de la labor contratada”* decidió amparar como mecanismo transitorio el derecho al trabajo ordenando restablecer la actividad laboral.

Sin embargo, las consideraciones realizadas por la instancia constitucional no obligan al juez ordinario quien está llamado a formar su propio criterio frente al problema jurídico que le es planteado, a la luz de los medios de convicción obrantes en el proceso. Pues recuérdese que el fallo de tutela, en el mejor de los casos, solo le es útil para formarse una idea sobre ciertos elementos distintivos, como *«...la naturaleza de la decisión, la clase de proceso, los intervinientes o la fecha en que fue dictada...»* (CSJ SL2010-2019).

Con todo, recuérdese que conforme al contenido de la carta de terminación del contrato de trabajo, aunque la demandante expone los motivos que la llevaron a interponer la acción de tutela, lo cierto es que

funda su determinación en el hecho de que Avianca S.A. no le hubiese reestablecido en la prestación del servicio, asunto sobre el cual ya se pronunció la Sala al señalar que lo procedente era iniciar el incidente de desacato, el cual constituye el medio idóneo para obtener el cumplimiento de la acción de tutela.

En ese horizonte, es claro que los motivos expuestos por la señora Teresita Uribe Gutiérrez al instaurar la acción de tutela, difieren de los que ahora corresponde analizar en el proceso ordinario a fin de verificar la procedencia del reconocimiento de la indemnización por despido indirecto, de conformidad con la misiva de finiquito laboral (f.º57 y 58), por lo que en todo caso no resultan aplicables las consideraciones del juez constitucional al presente proceso.

## **2. De la ausencia de proceso disciplinario**

Controvierte la apelante que con el testimonio y el interrogatorio de parte se demuestra la violación al debido proceso, pues de existir motivos para el despido debió haberse adelantado un proceso disciplinario en el que le hubiera podido defenderse de las imputaciones que le formulaban, por tanto, no es aceptable la conclusión de primera instancia al esgrimir que ya no reunía los requisitos para desempeñar el cargo, cuando en el interrogatorio de parte el representante legal de Avianca S.A. dice que lo que había era un cambio generacional o sea que la sacaron porque estaba *“vieja”*.

Sobre el particular, basta a la Sala con señalar que el argumento que ahora se expone en la apelación no fue incluido como justa causa para dar por terminado el contrato por parte de la trabajadora, por lo que resulta inocua cualquier consideración al respecto, pues como se indicó no pueden aducirse causas nuevas o adicionales a las señaladas al momento del finiquito laboral.

En gracia de discusión, se advierte que al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada señor José Luis Avello

Chaparro, señaló que la demandante fue relevada de sus funciones porque llegaron algunas quejas por “*desavenencias y malos tratos*” de su parte, también precisó que dada la proximidad de la pensión de la actora, la compañía decidió dar aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo de Trabajo, con cesación en la prestación del servicio, pero garantizándole el pago de salario y de los demás beneficios a que tenía derecho en el marco de su contrato. Igualmente, refirió que no se dio cumplimiento al fallo de tutela, como quiera que la demandante estaba relevada de las funciones, debían preparar los elementos de oficina y de trabajo que no existían para la época, adicionalmente, se estaba a la espera del reconocimiento de la pensión de vejez, en la medida en que varios trabajadores interpusieron queja ante la Superintendencia financiera para que Colpensiones procediera a otorgar las prestaciones.

Ahora, el testigo Héctor David Hidalgo señaló que trabajó con la demandante por más de 15 años en la División de Seguridad Operacional. Refirió que la empresa sufrió un cambio organizacional con el que se buscó unificar todos los sistemas de seguridad de riesgos y gestión que estaban separados para generar eficiencia en el personal y transversalizar algunos procesos. Se habló en ese momento de cubrir la planta con quien tuviera la experiencia y la experticia requerida, perfil que no cubría la demandante, por lo que se hizo necesario buscar a alguien que si lo hiciera y las dos personas trabajaron en paralelo. Aseguró, que la demandante una vez se dio el proceso empezó a incapacitarse, pero expuso que no fue esa la razón por la que se retiró. Además, indicó que la accionante desde el año 2010 empezó a tener reportes directos con personas a su cargo, con quienes el testigo aseguró habló y le mencionaron actitudes intimidantes y humillantes, que incluso hubo trabajadores que se enfermaron por la interacción que tenían con la demandante y que incluso un par de veces vio a la secretaria llorar.

Ahora, conforme a la declaración de parte y el testimonio antes señalado la demandante tuvo inconvenientes en la manera como se relacionó con sus compañeros de trabajo, no obstante, la empresa no estaba obligada a adelantar el proceso disciplinario que se extra en la

apelación, pues tomó otro camino válidamente razonable en atención a la proximidad del reconocimiento de la pensión de vejez, mediante el pago de los salarios a la trabajadora pero relevándola de prestar sus servicios, sin que esta decisión merezca algún reproche, pues como se ve garantizó la estabilidad en el empleo a quien si bien había alcanzado el estatus pensional, no tenía reconocido el derecho.

Nótese que el hecho de no haberse iniciado un proceso disciplinario a la actora no fue una causa que se hubiera expuesto al finalizar la relación, por lo que ahora no puede ser invocada.

Así las cosas, en criterio de Sala la demandante incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues, aunque demostró el hecho invocado para terminar el contrato, esta no constituye una justa causa imputable al empleador Avianca S.A. que de paso a la anhelada indemnización. En consecuencia, se confirma la decisión absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en esta instancia.

## **V. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



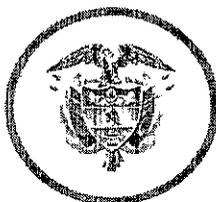
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 001 2019 00166 01  
**DEMANDANTE:** JOSÉ JOAQUÍN BARBOSA OLIVAR  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 23 de junio de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar debidamente indexado el incremento del 14% por persona a cargo a razón de 14 mesadas, desde el momento en que le fue otorgada la pensión de vejez, junto con la indexación correspondiente, los intereses moratorios, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución n.º 051018 de 2006, la demandada le reconoció pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición. Refiere que convive con su esposa María Fanny Bonilla Barbosa, quien depende económicamente de él. Que el 12 de septiembre de 2017, reclamó administrativamente los incrementos, los cuales fueron negados (f.º 3 a 9).

Como quiera que la demanda inicialmente fue tramitada ante el Juzgado Cuarto Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, la demanda fue contestada en audiencia celebrada el 17 de enero de 2019 (f.º 48), quien se opuso a las pretensiones. Señaló que el demandante no acreditó ante la entidad la dependencia económica de su cónyuge.

En su defensa, propuso la excepción previa de falta de competencia en razón de la cuantía y las de mérito de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno; y las demás declarables de oficio (f.º CD f.º 49).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de junio de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia, absolvió a Colpensiones de las pretensiones de la demanda. Condenó a la parte demandante a pagar las costas del proceso (f.º 109).

En sustento de su decisión, indicó que de acuerdo con reciente sentencia de la Corte Constitucional el artículo 21 del decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia y, en su lugar, otorgar el incremento por persona a cargo como quiera que no ha sido objeto de derogatoria tácita ni expresa, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia. Arguyó que sobre el tema debe aplicarse la interpretación más favorable y además tener en cuenta que los incrementos son imprescriptibles.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo o, por el contrario, tal como concluyó el *A quo* por haberse causado la pensión del actor con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y operar la prescripción no tiene derecho al reconocimiento de los mismos.

Se encuentra demostrado que mediante Resolución GNR. 051018 de 2006, la demandada reconoció al actor pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 3 de octubre de 2006, al ser beneficiario del régimen de transición (f.º 11).

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, en múltiples pronunciamientos ha puntualizado que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, entre otras, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

En relación con los requisitos exigidos para acceder al incremento solicitado, el artículo 21 dispone que las pensiones de vejez e invalidez se incrementarán en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del

beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Al respecto, aportó el demandante como pruebas, la copia de registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado entre él y la señora María Fanny Bonilla de Barbosa el día 14 de marzo de 1970, documento que no presenta inscripción o nota marginal de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (f.º 14); las declaraciones extrajuicio suscritas por Jaime Alberto Fajardo Jaramillo y Liliana Herrera González en las que indican que conocen al demandante y su esposa por lo que saben que contrajeron matrimonio el 14 de marzo de 1970, época desde la cual han convivido y que esta última depende de su esposo económicamente (f.º 18 a 20) y, el certificado expedido por Colpensiones el 11 de agosto de 20172017 que indica que la cónyuge del actor no percibe pensión por parte de dicha entidad.(f.º 13).

Igualmente, se decretaron los testimonios de Jaime Alberto Fajardo Jaramillo y Fanny Bonilla De Barbosa, el primero de ellos, señaló que conoce al demandante y su esposa porque fueron compañeros de trabajo hace aproximadamente 17 años y desde allí consolidaron una amistad que se ha mantenido con el paso del tiempo. Señaló que visita con regularidad a la pareja por lo que sabe que nunca se han separado y es el demandante quien asume la manutención y demás gastos de su esposa pues ella no trabaja ni percibe pensión o renta alguna. Precisó el testigo que, aunque la pareja tiene tres hijos todos mayores de edad él desconoce si les colaboran económicamente a sus padres. A su turno, la señora Fanny Bonilla De Barbosa esposa del demandante indicó que va a cumplir 50 años de casada con su esposo quien es el que atiende sus gastos y que sus hijos le colaboren económicamente.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas legalmente aportadas, se considera acreditado que la cónyuge del demandante depende económicamente de éste, evidenciándose el cumplimiento del deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código

Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues demostró los supuestos en los que fundó sus pretensiones, por lo que en principio sería procedente acceder a su pretensiones. No obstante, al haberse propuesto dentro de la contestación de la demanda la excepción de prescripción, dicho fenómeno impide su reconocimiento, como a continuación se explica.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada, se acoge mayoritariamente el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que desde la sentencia rad. 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó sentado que el derecho a los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma anualidad se extingue por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que deben entenderse que son exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2711 de 2019.

En el presente asunto, se advierte que la pensión de vejez fue reconocida al actor mediante Resolución n.º. 051018 de 2006 (f.º. 10) y la reclamación administrativa se presentó el 12 de septiembre de 2017 (f.º. 22 y 23), es decir, por fuera del término trienal previsto en los preceptos legales enunciados, por lo que en el presente asunto el fenómeno extintivo operó de forma total tal como acertadamente concluyó la jueza de conocimiento.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se confirma la decisión analizada, pero por las razones expuestas en precedencia.

No se causan costas en la instancia.

## V. DECISIÓN

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

**RESUELVE**

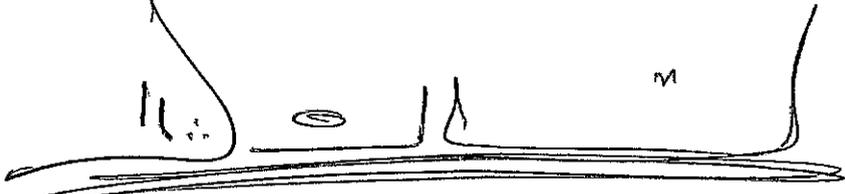
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, de 23 de junio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en la instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *atención de rob*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: JOSE JOAQUIN BARBOSA OLIVAR  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2019 00166 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la Republica y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.

  
**ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

## **SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL**

**Demandante:** José De Jesús Arbeláez

**Demandado:** Transmilenio S.A. S.A. y Operador Solidario De Propietarios De Transportadores COOBUS S.A.S

**Radicado:** 110013105 15 2017 00529 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en este caso si es procedente la solidaridad de Transmilenio S.A. S.A. respecto de las obligaciones laborales ordenadas en primera instancia a cargo del Operador Solidario De Propietarios De Transportadores COOBUS S.A.S, como lo advertí en la ponencia inicial.

### **1. De la solidaridad**

Señala Transmilenio S.A. en el recurso que no debe ser condenada a pagar solidariamente las condenas impuestas en atención a la prohibición contenida en el numeral 6 del artículo 3 del Acuerdo 04 de 1990, pues no es una empresa transportadora, ni propietaria de buses, en consecuencia, su objeto social difiere del de Coobus S.A.S en Liquidación Judicial. Además, que no puede pasarse por alto que terminó de manera anticipada el contrato de concesión en atención a los múltiples incumplimientos de esta transportadora y también a que actuó de buena fe amparado en el contrato de concesión.

Sobre el particular, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el beneficiario de la obra será solidariamente responsable con el contratista, por el valor de los salarios, las prestaciones y las indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.

En línea con lo expuesto, se advierte que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo tiene como finalidad proteger al trabajador ante la eventualidad de que un empresario pretenda realizar su actividad económica a través de contratistas independientes con el propósito de evadir su responsabilidad laboral. A juicio de esa Corporación, si ese empleador termina beneficiándose del trabajo desarrollado por las personas que prestaron sus servicios por intermedio de un contratista, debe responder de manera solidaria

por los salarios y prestaciones sociales a que haya lugar. Sin embargo, entre el contrato de obra y el de trabajo debe mediar una relación de causalidad que permita identificar si la obra o labor realizada por el trabajador hace parte de las actividades normales de quien encargó su ejecución. Para analizar ese nexo de causalidad debe observarse, no exclusivamente y de manera estricta el objeto social del contratista, sino que la obra que haya ejecutado no constituya una labor extraña a las actividades del beneficiario.

Las anteriores reglas la encontramos a partir de la sentencia del 10 de septiembre de 1997, radicado n.º 9881, en la que explicó que: *“Con todo interesa aclarar que la solidaridad en cuestión se excluye cuando el contratista cumple actividades ajenas de las que explota el dueño de la obra, porque lo que persigue la ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratistas con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral”*.

Ahora, frente al modo en que debe ser interpretado el nexo de causalidad, fue abordado con mayor profundidad en la sentencia del 2 de junio de 2009, radicado n.º 33082, cuando la Sala Laboral de la Corte Suprema sostuvo que *“Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que, si bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado”*.

Bajo esa misma línea de argumentación, y sobre la relación o nexo causal existente entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario de la obra, la Corte Suprema aclaró en sentencia del 1º de marzo de 2010, radicado n.º 35864, que no se deben comparar exclusivamente los objetos

sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra, al respectó concluyó que *“lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de este. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si bajo la subordinación del contratista independiente adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado”*.

Los anteriores pronunciamientos fueron reiterados en la sentencia del 6 de marzo de 2013, radicado n.º 39050 y SL7789 de 2016, oportunidad en la que la Corte señaló que para que se configure la solidaridad, además de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, se requiere que ella constituya una función normalmente realizada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico. Asimismo, recordó que para su determinación se podía tener en cuenta la actividad específica ejecutada por el trabajador y no solo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra.

Finalmente, en la sentencia SL7459-2017, indicó que la interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo pasa por considerar que la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra existe a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, caso en el que tal obligación deja de operar y debe responder por salarios, prestaciones, e indemnizaciones del contratista, *“lo que de contera, comporta que la carga de probar la excepción gravita sobre quien la alega. Así debe ser, además, porque esa exclusión de responsabilidad, basada en el carácter del beneficiario o dueño de la obra, conllevaría una discriminación negativa desfavorable al trabajador, sujeto contractual al que le resulta indiferente ese aspecto, toda vez que, en cualquier caso, el espíritu de la norma es propugnar por una mayor protección”*.

Para dilucidar el presente asunto, también es bueno recordar lo dicho por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en sentencia con radicado

n.º 1.438 del 13 de septiembre de 2002, que, frente a la naturaleza jurídica de Transmilenio S.A., advirtió:

*“La finalidad de Transmilenio según el artículo 2 del Acuerdo, es la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor”*

Ahora, en el proceso quedó demostrado que el accionante fue contratado como operador de patio para desempeñarse como conductor bus (f.º 10 a 13). Igualmente, se acredita conforme el certificado de existencia y representación de Transmilenio S.A., que esta empresa tiene como objeto social:

*[...] la gestión, organización y planeación **del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital** y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, transporte terrestre férreo y sistema alternativo de movilidad, como el cable aéreo, entre otros, en las condiciones que señalen las normas vigentes, las autoridades competentes y sus propios estatutos (f.º195 a 198).*

Por su parte, de conformidad con el certificado de existencia y representación de Coobus S.A.S., en liquidación, su objeto social está encaminado a *“operar la concesión cuyo objeto es la explotación preferencial y no exclusiva de la prestación del **servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP.** (f.º 3 a 5).*

Como se ve, la actividad desempeñada como conductor por el demandante no resulta ajena al objeto social de Transmilenio S.A., el cual incluye la gestión del servicio público de transporte masivo. En todo caso, en manera alguna puede perderse de vista que, en desarrollo de su objeto social, Transmilenio S.A. suscribió con la demandada Coobus S.A.S, en liquidación judicial, el contrato n.º 005 de 2010 de concesión para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP, según consta en documentos aportados en CD de folio 218.

Así las cosas, resulta evidente que la actividad desempeñada por el demandante constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación del objeto social de Transmilenio S.A., por lo que este argumento de apelación no conducía a modificar la sentencia de primera instancia.

## 2. De la buena fe de Transmilenio S.A.

Refiere Transmilenio S.A., que solo se estudió el actuar de Coobus S.A.S y con base en ello, se hizo extensivas las consecuencias negativas a Transmilenio S.A., sin considerar que esta actuó de buena fe bajo el convencimiento de un contrato de concesión y conforme a las cláusulas que delimitan la responsabilidad de cada una de las partes.

Frente al particular, estimo que, aunque la demandada no lo señala en el recurso sí lo que pretende con ese argumento es el liberarse del pago de las sanciones prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no obstante, ello no es posible como quiera que la responsabilidad solidaria es indivisible y no permite al deudor en esta calidad eximirse de asumir el pago de las acreencias laborales incluso de las indemnizatorias. Así lo ha puntualizado la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos, a modo de ejemplo, la sentencia con radicado n.º 24495 del 21 de febrero de 2006, en la que dijo:

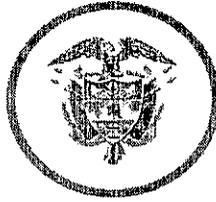
*“La responsabilidad solidaria que el artículo 34 impone al beneficiario del trabajo o al dueño de la obra, no excluye la indemnización moratoria que regula el artículo 65 del C. S. del T. Literalmente el precepto en mención consagra la solidaridad “por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores”, y como, generalmente, dentro de un contrato de trabajo surgen a cargo del empleador los conceptos anotados, la indemnización moratoria no puede considerarse ajena o por fuera de ellos, pues es un derecho que surge y tiene su causa en el contrato de trabajo y, precisamente, la solidaridad legal que se impone como una medida de protección para los asalariados, busca en últimas amparar los derechos derivados de ese contrato y evitar así que, a través de figuras jurídicas, tales derechos sean menoscabados o desconocidos.”*

Paralelamente, hay que destacar que al análisis de la mala o buen fe debe examinarse respecto del contratista de la obra y no de su beneficiario, como obligado solidario, en cuanto que es la conducta del empleador la que debe ser analizada y no la del garante, pues si bien es cierto que la obligación surge por el incumplimiento exclusivo de las obligaciones laborales de aquel, es la propia ley la que deriva la citada sanción al beneficiario o dueño de la obra. (CSJ SL370-2019).

Así las cosas, al amparo del precedente jurisprudencial no había lugar a modificar la sentencia de primera instancia en este tópico, dado la responsabilidad solidaria que afirmo existe por parte de Transmilenio S.A.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto parcial.

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 023 2019 00653 01  
**DEMANDANTE:** MARÍA DEICY GONZÁLEZ ROA  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad, el 16 de junio de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a pagar debidamente indexada la suma de \$26.300.633 como faltante de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue otorgada mediante Resolución SUB 176973 de 27 de agosto de 2017.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Colpensiones mediante Acto Administrativo SUB 176973 de 27 de agosto de 2017, le concedió indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de \$13.647.374, la cual no corresponde con el número real de semanas cotizadas, por lo que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos desfavorablemente con la confirmación de la decisión inicial (f.º 2 a 4).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Colpensiones se opuso a la pretensión relacionada con la reliquidación de la indemnización sustitutiva. Frente a los hechos, aceptó la mayoría de ellos salvo el relacionado con que la indemnización sustitutiva no es acorde con el número de semanas cotizadas.

En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, la prescripción, la de buena fe, la de inexistencia de intereses moratorios e indexación inexistencia del derecho reclamado por falta de requisitos legales, la de compensación, y las demás declarables oficiosamente (f.º 34 a 39).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de junio de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar la suma de \$1.043.256 por concepto de diferencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada, más las costas del proceso (f.º 75).

En sustento de su decisión, indicó que la demandada canceló una suma inferior a la debida por concepto de indemnización sustitutiva.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a la decisión.

## **III. DE LA CONSULTA**

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

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

#### IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al pago de suma de dinero alguna por concepto de diferencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

##### 1. De la indemnización sustitutiva

El Decreto 1730 de 2001 que reglamenta el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispone en el literal a) de su artículo 1º que habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida cuando el afiliado se retire del servicio con el cumplimiento de la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez, además de declarar su imposibilidad de seguir cotizando.

Igualmente, dispone el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, la forma en que debe ser liquidada la prestación, al respecto señala:

*“Artículo 3º. Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:*

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

*Donde:*

*SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.*

*SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.*

*PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.*

*En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte*

*por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma Ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.*

*A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*

Una vez realizadas las validaciones pertinentes, la Sala establece que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que tiene derecho la promotora del juicio asciende a \$13.821.535, es decir, una suma superior a la reconocida por Colpensiones mediante Resolución SUB 176973 de 28 de agosto de 2017, que lo fue de \$13.647.374 (f.º 5 a 9), generándose en favor de la accionante un diferencia a su favor de \$174.161, suma que resulta inferior a la determinada por el juzgado de conocimiento, por lo que procede la Sala a modificar la decisión analizada.

Conviene señalar que la Sala tomó en consideración para realizar el respectivo cálculo, el reporte de semanas allegado por Colpensiones a folios 51 a 53, del 20 de noviembre de 2019.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala modifica la decisión analizada en grado jurisdiccional de consulta.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta.

## **V. DECISIÓN**

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

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el

16 de junio de 2020, únicamente en el sentido de indicar que la demandada deberá cancelar por concepto de diferencia de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la suma de \$174.161.

**SEGUNDO CONFIRMAR** en los demás la decisión analizada en grado de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**DAVID A. J. CORREA STEER**

**Magistrados ponentes**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 15 2017 00529 01  
**DEMANDANTE:** JOSÉ DE JESÚS ARBELAEZ  
**DEMANDADO:** TRANSMILENIO S.A. S.A. Y OPERADOR SOLIDARIO  
DE PROPIETARIOS DE TRANSPORTADORES  
COOBUS S.A.S

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de noviembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A.S. desde el 7 de febrero de 2013 hasta el 3 de diciembre de 2014. Que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. y la Alcaldía Mayor de Bogotá son solidariamente responsables de las obligaciones laborales desde el 15 de junio hasta el 3 de diciembre de 2014. En consecuencia, se condene a las demandadas a pagar los salarios adeudados desde el 15 de junio al 3 de diciembre de 2014; las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social desde el 7 de febrero de 2013. A reconocerle y pagarle indemnización por despido indirecto, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, la sanción moratoria, la indexación, los demás

derechos que haya lugar a declarar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 7 de febrero de 2013 se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con la demandada Operador Solidario de Propietarios de Transportadores - COOBUS S.A.S S.A. hoy en liquidación judicial, en el que desempeñó como último cargo el de operador de bus zonal de propiedad de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A., bajo un horario de trabajo y subordinación. Que en aras de hacer valer sus derechos laborales, el 8 de octubre de 2014 se presentó ante la Defensoría del Pueblo a fin que dirimieran conflicto suscitado con su empleador, entidad que requirió a Coobus S.A.S para que diera respuesta o cumplimiento a lo peticionado por el trabajador, del cual hizo caso omiso la demandada.

Expuso que el 3 de diciembre de 2014 radicó ante Coobus S.A.S hoy en liquidación judicial, la renuncia al cargo que desempeñaba. Que el 26 de abril de 2016 ante el Ministerio de Trabajo se surtió audiencia a la cual no compareció el ex empleador. El 24 de enero de 2017, reclamó ante la empresa el reconocimiento y pago de las acreencias laborales y el 27 del mismo mes y año la misma petición fue radicada ante la Alcaldía Mayor de Bogotá, quien informó que la petición había sido trasladada a Transmilenio S.A., la cual negó las peticiones al aducir que no tiene responsabilidad laboral, ni siquiera solidaria. Que el 9 de mayo de 2017 radicó en la Procuraduría solicitud de conciliación prejudicial administrativa. (f.º 90 a 105).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Operador Solidario de Propietarios Transportadores - Coobus S.A.S. se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó todos menos aquel en el que se indicó que los buses en que el actor cumplía sus funciones pertenecen a Transmilenio S.A. Señaló que mediante Auto n.º 400-012524 de 19 de agosto de 2016 la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura de proceso de liquidación judicial de la empresa y designó a Omaira Grijalva Camacho como liquidadora. De conformidad con lo dispuesto en el artículo

48 de la Ley 1116 de 2006 el grupo de apoyo judicial de la Superintendencia de Sociedades publicó el aviso mediante el cual se informó el inicio del proceso de liquidación (f.º 137 a142).

Al contestar el libelo introductorio, Transmilenio S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos, señaló con fundamento en los documentos aportados ser ciertos los relacionados con las peticiones elevadas por el accionante a distintas entidades. Respecto de los restantes, manifestó que eran falsos o que no le constaban.

Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción de la acción, la buena fe y las demás que haya lugar a declarar oficiosamente (f.º 203 a 2018).

Mediante auto de 13 de agosto de 2018 se dispuso la integración del contradictorio con la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.º 224).

La Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría Distrital de Movilidad contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con las solicitudes radicadas por el actor ante distintas entidades. En relación con los restantes, adujo que no eran ciertos o no le constaban. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, la buena fe y prescripción (f.º 230 a 237).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 19 de noviembre de 2019, declaró la existencia de un contrato de

trabajo entre el demandante y Operador Solidario de Propietarios Transportadores Coobus S.A.S, hoy en Liquidación Judicial, en el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 2013 al 3 de diciembre de 2014. En consecuencia, condenó a esta demandada y solidariamente a Transmilenio S.A. a pagar unas sumas de dinero por concepto de salarios adeudados, las prestaciones sociales, las vacaciones, la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización por despido injusto. Igualmente, las condenó a pagar intereses moratorios a partir del 4 de diciembre de 2014 hasta el 19 de agosto de 2016, a la tasa máxima del libre crédito de asignación, más los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en pensión desde el 7 de febrero de 2013 hasta el 3 de diciembre de 2014, mediante cálculo actuarial liquidado en atención a los salarios fijados en la parte motiva de la providencia. Finalmente, condenó en costas a las responsables solidariamente y absolvió de todas las pretensiones de la demanda a la Alcaldía de Bogotá – Secretaría de Movilidad (f.º 304 y 305).

Como sustento de su decisión, encontró probada la existencia del contrato de trabajo entre las partes, determinó con base en los documentos aportados los salarios promedio devengados por el accionante. Señaló que el trabajador no está llamado a sufrir los riesgos o pérdidas del empleador y encontró que Transmilenio S.A. es solidariamente responsable en atención a la finalidad para la cual fue creado y al contenido del contrato de concesión.

### III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

**La parte demandante** argumentó que la sentencia debe ser modificada, pues es procedente imponer la sanción por no consignación de las cesantías hasta que se verifique el pago de la obligación. Sostuvo que la condena por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo debe imponerse a razón de un día de salario

por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 los intereses indicados por la Superintendencia Bancaria.

Por su parte, **la demandada Transmilenio S.A.** adujo que debe ser estudiado el fenómeno de la prescripción en atención a que la demanda fue radicada en el año 2017, por lo que hay acreencias afectadas principalmente las generadas en el año 2013. De otro lado, solicitó revisar el alcance de la responsabilidad solidaridad, pues el objeto social de Coobus S.A.S y el de Transmilenio S.A. es diferente, ya que esta última no tiene dentro de sus funciones la explotación, ni la prestación del servicio de transporte, tampoco es propietaria de buses, en atención a la prohibición contenida en el numeral 6 del artículo 3 del Acuerdo 04 de 1990. Preciso que, si bien Transmilenio S.A. gestiona y organiza, no es una empresa transportadora, ni operadora, tampoco socio de dichas empresas, por ello, Transmilenio S.A. no puede ejecutar el objeto social que tiene Coobus S.A.S, por lo tanto, no puede declararse la existencia de solidaridad.

Señaló que Transmilenio S.A. tiene la función de gestión de realización y planeación del sistema mediante la verificación que el actuar de todos los agentes esté ajustado a las condiciones de seguridad vial, industrial y ocupacional para no poner en peligro a las personas usuarias, colaboradores del sistema, la ciudadanía en general, la propiedad y el medio ambiente, para lo cual controla y atiende las emergencias y contingencias; de allí que dentro del contrato de concesión se establezca la exigencia de manuales de operación, existan controles de alcoholemia, todo enfocado a la seguridad del sistema pero no a la explotación del transporte público.

Señaló que debe tenerse en cuenta la terminación anticipada al contrato de concesión en atención a los múltiples incumplimientos de Coobus S.A.S frente a sus trabajadores y a las pólizas de responsabilidad civil contractual. Argumentó que no se tomó en consideración el actuar de buena fe de Transmilenio S.A., solo se estudió la conducta de Coobus S.A.S haciéndose extensivas las consecuencias a Transmilenio S.A., sin

considerar que actuó bajo el convencimiento de un contrato de concesión, bajo cláusulas que delimitan la responsabilidad frente a cada una de las partes que intervinieron en ellas.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

En aplicación a lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala pasa a atender exclusivamente los argumentos de apelación formulados por las partes.

En el presente caso, está demostrado y no es objeto de controversia en esta instancia, que entre el señor José de Jesús Arbeláez y Coobus S.A.S, hoy en Liquidación Judicial, existió un contrato de trabajo que estuvo vigente entre el 7 de febrero de 2013 al 3 de diciembre de 2014. Tampoco, es motivo de discusión en esta instancia la determinación de los salarios devengados, ni las condiciones de terminación del contrato.

##### **1. Del recurso de apelación de la parte demandante**

###### **1.1. De la sanción por no consignación de cesantías**

La parte demandante pretende en la apelación la modificación de la sentencia, pues es procedente imponer la sanción por no consignación de las cesantías hasta que se verifique el pago de la obligación.

Conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por no consignación de las cesantías no es acumulativa y tiene un límite temporal, pues la misma corre desde el 15 de febrero hasta el 14 de febrero del siguiente año, en ese sentido, a partir del 15 de febrero siguiente se contabiliza la nueva sanción, la que arriba hasta el 14 de febrero siguiente y así sucesivamente, esto hasta que se consignen las anualidades adeudadas o hasta la fecha en que se termine el nexo laboral.

Evento último, en el cual la obligación será entregar directamente al trabajador las cesantías conforme al artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

En ese horizonte, no es posible como pretende el accionante imponer a las demandadas la obligación de pagar la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, más allá de la fecha de terminación del contrato de trabajo, pues a partir de este momento surge para el empleador la obligación de cancelarlas de manera directa al trabajador el auxilio de cesantías. En consecuencia, el argumento de apelación no conduce a la Sala a modificar la sentencia de primera instancia.

### **1.2. De la sanción moratoria**

En otro punto de apelación se alega que la condena por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, debe imponerse a razón de un día de salario por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 los intereses indicados por la Superintendencia Bancaria.

Pues bien, en cuanto a la manera de determinar la sanción moratoria, el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2000, dispone en su numeral 1º que:

*“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.*

Sobre la determinación de la sanción moratoria, la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36.577 de 6 de mayo de 2010,

reiterada en radicado n.º 38.177 de 3 de mayo de 2011; radicado n.º 46.38 de 25 de junio de 2012 y SL918 de 2014, puntualizó que:

“No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico.

A pesar de lo anterior, el Tribunal confirmó el fallo del Juzgado de primer grado que condenó a la universidad demandada por concepto de la indemnización moratoria a “la suma diaria de \$40.000 a partir del 31 de enero de 2003 y hasta cuando se verifique el pago”, lo que indica que no tuvo en cuenta que, como se afirma en el cargo, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que debe considerarse ese fallador infringió directamente, al pago de esa suma diaria sólo podía condenarse por los veinticuatro (24) meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues, a partir de ese momento se deben los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales en dinero, liquidados a la tasa máxima

*de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.”*

En el presente asunto, la relación laboral terminó el 3 de diciembre de 2014 y la demanda fue interpuesta el 13 de julio de 2017, es decir superados ampliamente los 24 meses previstos en la norma, por lo que resultó acertada la decisión del *a quo*, quien en aplicación del precedente jurisprudencial determinó que solamente procede el reconocimiento de intereses moratorios a partir del 4 de diciembre de 2014, día siguiente a terminación del vínculo laboral, por lo que tampoco en este punto se modificará la sentencia de primera instancia.

## **2. Del recurso de apelación de la parte demandada**

### **2.1. De la prescripción de los derechos reclamados**

Se argumenta que debe ser estudiado el fenómeno de la prescripción, pues la demanda fue radicada en el año 2017, por lo que hay acreencias afectadas principalmente las generadas en el año 2013.

Al descender al caso concreto, se advierte que el extremo inicial de la relación laboral lo fue el 7 de febrero de 2013 y extremo final el 3 de diciembre de 2014, pues así lo declaró el *a quo* y las partes no manifestaron inconformidad, en todo caso, ello se verifica con la carta de renuncia de folio 27. Ahora, también se corrobora que el demandante reclamó a Coobus S.A.S el pago de sus acreencias laborales el 18 de marzo de 2016 (f.º 30) y presentó la presente demanda el 13 de julio de 2017 (f.º 80), es decir, dentro del término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

En ese horizonte, el fenómeno extintivo no afectó ninguno de los derechos reclamados por el promotor del juicio, pues hay que tener en cuenta que los derechos laborales no se hacen exigibles con el inicio de la relación laboral (7 de febrero de 2013). Aquí es bueno poner de presente

que, frente al punto de la prescripción, existen dos momentos que a veces coinciden: **I)** uno es su causación y **II)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

En esa medida no le asiste razón a la parte demandada, por lo que el fallo será confirmado en este punto.

Conviene señalar que las consideraciones hasta aquí expuestas fueron acogidas de manera unánime por la Sala de decisión. No obstante, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso el sustanciador inicial referentes a que Transmilenio S.A si es solidariamente responsable de las condenas impuestas a Coobus S.A.S, para concluir la improcedencia de la solidaridad ordenada en primera instancia por las razones que se pasan a exponer.

## **2.2. De la solidaridad de Transmilenio S.A.**

Argumenta en la apelación Transmilenio S.A. que no debe ser condenada a pagar solidariamente las condenas impuestas en atención a la prohibición contenida en el numeral 6º del artículo 3 del Acuerdo 04 de 1990, pues no es una empresa transportadora, ni propietaria de buses, en consecuencia, su objeto social difiere del de Coobus S.A.S en Liquidación Judicial. Además, que no puede pasarse por alto que terminó de manera anticipada el contrato de concesión en atención a los múltiples

incumplimientos de esta transportadora y también a que actuó de buena fe amparado en el contrato de concesión.

Sobre el particular, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el beneficiario de la obra será solidariamente responsable con el contratista, por el valor de los salarios, las prestaciones y las indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.

En línea con lo expuesto, se advierte que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo tiene como finalidad proteger al trabajador ante la eventualidad en que un empresario pretenda realizar su actividad económica a través de contratistas independientes con el propósito de evadir su responsabilidad laboral. A juicio de esa Corporación, si ese empleador termina beneficiándose del trabajo desarrollado por las personas que prestaron sus servicios por intermedio de un contratista, debe responder de manera solidaria por los salarios y prestaciones sociales a que haya lugar. Sin embargo, entre el contrato de obra y el de trabajo debe mediar una relación de causalidad que permita identificar si la obra o labor realizada por el trabajador hace parte de las actividades normales de quien encargó su ejecución. Para analizar ese nexo de causalidad debe observarse, no exclusivamente y de manera estricta el objeto social del contratista, sino que la obra que haya ejecutado no constituya una labor extraña a las actividades del beneficiario de la misma.

Las anteriores reglas la encontramos a partir de la sentencia del 10 de septiembre de 1997, radicado n.º 9881, en la que explicó que: *“Con todo interesa aclarar que la solidaridad en cuestión se excluye cuando el contratista cumple actividades ajenas de las que explota el dueño de la obra, porque lo que persigue la ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratistas con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral”*.

Verificados los elementos de prueba, se observa en el certificado de Existencia y representación de Transmilenio S.A., que el objeto social de dicha empresa es el encargarse de [...] *la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, transporte terrestre férreo y sistema alternativo de movilidad, como el cable aéreo, entre otros, en las condiciones que señalen las normas vigentes, las autoridades competentes y sus propios estatutos.* (f.º 6 a 9).

En el contrato de concesión para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP suscrito entre TRANSMILENIO SA y COOBUS SAS (CD f.º 218) se estableció en la cláusula tercera, el propósito del contrato la de garantizar la prestación del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros bajo los parámetros de los artículos 24, 209, y 365 de la Constitución Nacional, organizado, eficiente y sostenible, entre otros.

Ahora, el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, el 13 de septiembre de 2002, radicado número 1.438, se pronunció frente a la naturaleza jurídica de Transmilenio, al hacer referencia a que: *“La finalidad de Transmilenio según el artículo 2 del Acuerdo, es la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor”*.

Por otro lado, se encuentra que Coobus S.A.S. presta y ejecuta el servicio público de Transporte, mientras que Transmilenio S.A. tiene prohibición de operar el transporte, incluso de hacer parte o asociado de empresas que se encarguen de dicho objeto social.

De tal manera que le asiste razón a la recurrente al señalar que no se cumplen los presupuestos de la solidaridad, dado que la prestación del servicio de transporte que es el objeto del empleador demandado no pertenece al giro normal de las actividades de Transmilenio S.A., y en esa

medida, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia sobre ese aspecto.

### **2.3 De la buena fe de Transmilenio S.A.**

Refiere Transmilenio S.A., que solo se estudió el actuar de Coobus S.A.S y con base en ello, se hizo extensivas las consecuencias negativas a Transmilenio S.A. sin considerar que esta actuó de buena fe bajo el convencimiento de un contrato de concesión y conforme a las cláusulas que delimitan la responsabilidad de cada una de las partes.

Sobre el particular, basta a la Sala mayoritariamente con señalar que la haberse determinado que Transmilenio S.A. no es responsable solidariamente, por sustracción de materia no hay lugar a analizar este punto de apelación.

De conformidad con las consideraciones expuestas y atendidos los argumentos de apelación, la Sala modificará la sentencia apelada en la forma anunciada.

No se causan costas en esta instancia.

## **V. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en cuanto declaró solidariamente responsable de las condenas a Transmilenio S.A., para en su lugar, absolver a esta demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

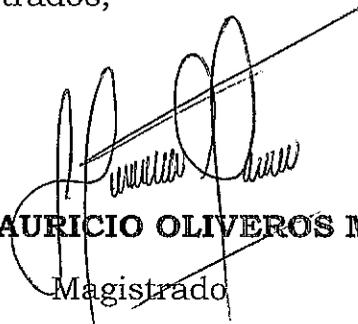
**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral quinto de la sentencia apelada únicamente en cuanto condenó en costas a Transmilenio S.A., para en su lugar, absolverla por este concepto.

**TERCERO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia apelada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

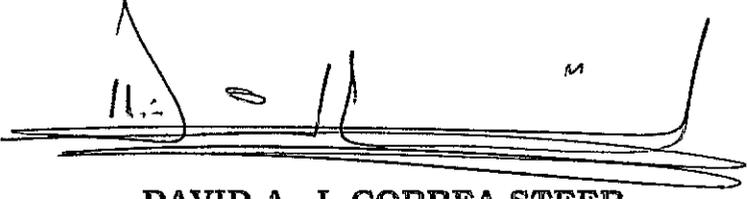
Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

(Con salvamento de voto parcial)



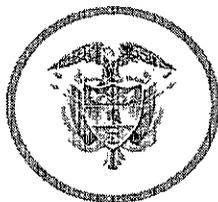
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 037 2017 00155 01  
**DEMANDANTE:** JOSÉ DEL CARMEN AMAYA AMAYA.  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Conforme al memorial de folio 176, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTÍZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con Cedula de ciudadanía número 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada.

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de febrero de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a incluir en su historia laboral la totalidad de los tiempos cotizados con los empleadores Juan Antonio Ponto Fernández y Odilio Martín Torres. En consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, la indexación, los intereses moratorios, los demás derechos que haya lugar a

reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de mayo de 1950 y que para el 1º de abril de 1994 contaba con 43 años, por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Refirió que prestó servicios al empleador Juan Antonio Pinto Fernández a partir de 18 de enero al 1º de mayo del año 2000 y, con Odilio Martín Torres de 21 de febrero al 30 de marzo de 2002, por lo que en atención a esos periodos acredita al 25 de julio de 2005, un total de 756.15 semanas cotizadas. Que para el 7 de mayo de 2010 contaba con 1.000 semanas cotizadas y 60 años.

Indicó que el 8 de marzo de 2012 solicitó a Colpensiones la pensión de vejez, el cual fue negado mediante Resolución GNR 211705 de 23 de agosto de 2013; inconforme interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto desfavorablemente a través de Acto Administrativo VPB 1036 de 21 de enero de 2014, en el que confirmó su decisión inicial. El 20 de marzo de 2014 solicitó nuevo estudio pensional, el cual también fue negado.

Señaló que el 25 de septiembre de 2015 imploró la corrección de su historia laboral con el fin de ser contabilizados tiempos de servicios prestados a personas naturales quienes reportaron la novedad de ingreso a Colpensiones. Que la administradora de pensiones puso de presente que no se registraban pagos a nombre de estos empleadores, por lo que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, que al ser resueltos le fue indicado por parte de la demandada que los referidos empleadores solo cotizaron a riesgos profesionales en los periodos de enero a marzo y mayo del año 2.000, conclusión respecto de la cual refiere también interpuso los recursos de ley por no haber adelantado las acciones de cobro.

Puso de presente que, mediante decisión de tutela emitida por el Juzgado Administrativo del Circuito de Bogotá, le fue reconocido el derecho pensional de manera transitoria, fallo que fue cumplido por

Colpensiones mediante Resolución GNR 386912 del 21 de diciembre de 2016 (f.º 2 a 12).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó lo relativos al natalicio del accionante, el número de semanas cotizadas al año 2017, las peticiones presentadas y los actos administrativos mediante los cuales fueron resueltos.

En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, la buena fe y las demás excepciones declarables de manera oficiosa (f.º 87 a 89).

A través de auto de 27 de febrero de 2018, el Juzgado dispuso vincular al proceso a Juan Antonio Pinto Fernández y Odilio Martín Torres (f.º 124). El 2 de mayo de 2018 se ordenó el emplazamiento de los vinculados (f.º 132, publicación f.º 137) y la demanda fue contestada mediante curador ad litem, quien propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, ausencia de relación laboral, ausencia de relación contractual, compensación y las demás que se declaren de manera oficiosa (f.º 142 a 146).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de febrero de 2020, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir de 1 de abril de 2014 de conformidad con el Decreto 758 de 1990, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente. Ordenó a la entidad pagar como retroactivo pensional las mesadas causadas entre el 5 de abril de 2014 y el 31 de diciembre de 2016, en la suma de \$25.326.070, que deberá ser

debidamente indexada. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 5 de abril de 2014 y condenó en costas a la demandada (f.º 160).

Como sustento de su decisión, señaló que Colpensiones está obligada a reconocer la prestación de vejez por cuanto no adelantó las acciones de cobro correspondientes a empleadores que reportaron el vínculo laboral y realizaron las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales. Encontró que el accionante es beneficiario del régimen de transición y acredita los requisitos para acceder a la prestación de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición al no contar con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005. Aseguró que la imputación de pagos solo se puede predicar de los periodos comprendidos entre enero y mayo de 2000, que equivalen a 21.45 semanas, así como al ciclo de febrero y marzo de 2002, correspondientes a 8.55 semanas, es decir, un total de 30.03 semanas, que sumadas a las acreditadas en la historia laboral no le alcanzan al demandante para acceder a la prestación de vejez.

Alegó que no es procedente declarar la existencia de una relación laboral con las personas vinculadas al proceso por el solo pago de aportes al sistema de riesgos laborales, pues la ley permite realizar estas cotizaciones a favor de un tercero, por lo que debe verificarse la existencia de la relación laboral de conformidad con los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en consecuencia, debe revocarse la sentencia y absolver a la entidad de las pretensiones elevadas en su contra.

#### **IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

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

#### **V. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala dilucidar si el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; en consecuencia, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

##### **1. Del régimen de transición y el conteo de semanas**

Para despejar dicho problema jurídico, se advierte que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto o tasa de emplazo, de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, **o quince (15) o más años** de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Sobre el particular, el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollaran, no podría extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, con excepción, de aquellos trabajadores que al estar en tal régimen, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada

en vigencia de la citada reforma constitucional, a los cuales se les mantendría dicho régimen hasta el 31 de diciembre del 2014.

Ahora, conviene recordar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Por ello, el trabajo efectivo, desarrollado en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo (sentencia SL514-2020, la cual reiteró la SL, 28 oct. 2008, rad. 34270)

Paralelamente, ha puntualizado la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral, frente a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017)

Bajo esa línea jurisprudencial queda claro entonces que, a efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, por tanto, la forma de liquidarla, deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Aquí es importante precisar que, los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

Puestas las cosas de esta manera, en el presente caso el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, dado que, para la entrada en vigor de tal disposición legal tenía más de 43 años, como quiera que nació el 7 de mayo de 1950, por lo que cumplió los 60 años el mismo día y mes de 2010, (f.º 2), es decir, **antes** del 31 de julio de 2010. Ahora, en cuanto a las cotizaciones, de conformidad con el reporte allegado por la demandada a folio 117 a 122, la planilla de folio 15 y la comunicación visible a folio 16, se advierte que para el 29 de julio de 2005, el promotor del juicio acredita 756 semanas cotizadas, por lo que continuó como beneficiario del régimen de transición, el cual se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014.

Las 756 semanas se totalizan en atención a las reportadas por Colpensiones que ascienden a 733.29, más los 51 días efectuados a riesgos laborales por el empleador Odilio Martín Torres y 109 días con el empleador Pinto Fernández Juan Antonio, que equivalen a 22.85 semanas

Es importante advertir que el demandante con el libelo introductorio a efectos de contabilizar las semanas válidas para pensiones suplica tomar en consideración periodos en los que prestó servicios a Juan Antonio Fernández y Odilio Martínez Torres, con quienes alega sostuvo vínculos laborales y, para probar su dicho, allegó reportes de cotizaciones realizadas a riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales. Con el empleador Juan Antonio Pinto Fernández, 18 días del mes de enero del año 2.000 y 30 días para los periodos febrero, marzo y abril de la misma

anualidad, además, 1 día para el mes de mayo del 2.000. Con Odilio Martín Torres, se efectuaron cotizaciones también a riesgos laborales por 21 días en el mes de febrero y 30 días en el mes de marzo del año 2002 (f.º 15). Circunstancias que fue corroborada y aceptada por la demandada Colpensiones en comunicación del 25 de mayo de 2016 (f.º 16).

Ahora bien, frente a la posibilidad de tener en consideración tales tiempos, necesario resulta recordar que la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales para brindar los servicios de seguridad social en salud a los trabajadores del sector privado. El Instituto, inaugurado oficialmente el 19 de junio de 1948, empezó a prestar servicios para enfermedades no profesionales y maternidad; a partir de 1967 asumió de manera total la administración de las prestaciones económicas de pensiones y accidentes de trabajo, las cuales ejecutó en estas condiciones hasta la expedición de la Ley 100 de 1993.

Tal disposición le permitió prestar los servicios de salud como EPS e IPS, en pensiones como administrador del régimen de prima media con prestación definida y también como administradora de los riesgos profesionales. Para tal efecto, el Instituto de los Seguros Sociales desarrolló un esquema organizacional de cuatro vicepresidencias misionales, a saber: Empresa Promotora en Salud, Institución Prestadora de Servicios en Salud, Administradora de Riesgos Profesionales y Administradora de Pensiones, con una unidad corporativa central e integral, encargada de las funciones administrativas transversales (recursos humanos, jurídica, planeación y financiera).

Aproximadamente hacia el año 2008, la Previsora S.A., recibió la cesión de activos, pasivos y contratos de ARP Seguro Social y luego que la Superintendencia Financiera expidiera la Resolución 1293, el 11 de agosto de 2008 inició operaciones como Positiva Compañía de Seguros S.A., el 1 de septiembre de ese mismo año.

En consecuencia, es claro que para los años 2000 y 2001, cuando los empleadores reportaron las novedades de ingreso del demandante al

sistema de riesgos laborales, este negocio aún era aún administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

Bajo ese horizonte, al haber reportado los empleadores Juan Antonio Fernández en enero del año 2001 y Odilio Martínez Torres para febrero del 2002, la novedad de ingreso del demandante como su trabajador al sistema de riesgos laborales, el Instituto de Seguros Sociales quien para ese momento administraba los tres sub sistemas en salud, los riesgos profesionales y las pensiones, si le asistía la obligación de adelantar las acciones de cobro correspondiente, pues no puede perderse de vista que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se implementó el Sistema de Seguridad Social Integral y en ella, se previó la obligación de afiliación que implica a su vez el imperativo de efectuar los aportes que se *“establecen en esta ley”* conforme se lee de los literales a) y d) de su artículo 13.

Paralelamente, como se vio, el ISS aunque se estructuró en cuatro unidades de negocio, mantuvo la unidad jurídica, lo que le permitía controlar y administrar, en lo que importa al proceso, tanto el negocio de pensiones como el de los riesgos profesionales, de allí, que se reafirme la obligación en cabeza del ISS hoy Colpensiones como administradora de los *“diferentes regímenes”* adelantar *“las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”*, según lo establece el artículo 24 de la citada Ley 100 de 1993.

Para el presente asunto, además de lo dicho no puede obviarse que Colpensiones comunicó al demandante sobre las cotizaciones efectuadas por los empleadores referidos al sistema de riesgos laborales, con lo que queda claro que, si tenía a disposición dicha información, no obstante, no efectuó las labores de cobro a su cargo (f.º 16).

Bajo ese horizonte, al no efectuar el cobro de los aportes en mora, según lo ha considerado ampliamente la Corte suprema de Justicia, debe

tener en cuenta aquellos periodos de tales empleadores y responder por la pensión del accionante.

## **2. De la pensión de vejez**

Determinado entonces, que el demandante es beneficiario del régimen de transición, la Sala concluye que el promotor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ya que, a lo largo de su vida laboral, esto es, entre el 7 de febrero de 1972 y el 31 de marzo de 2014, logró acumular 1.154,71, por lo que supera las 1.000 semanas exigidas por la norma.

## **3. Del disfrute de la pensión**

En lo tocante al disfrute, se advierte que los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, disponen que el retiro o desafiliación del sistema es un requisito necesario para el disfrute y pago de la pensión, pero no para la causación o reconocimiento del derecho. Por ello, se ha estimado que la regla general es que la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio del pago de la pensión, sin embargo, existen situaciones especiales que deben ser estudiadas de forma particular para determinar la fecha a partir de la cual se deben cancelar las mesadas pensionales conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL4611-2015, SL 5306-2016 y SL756-2018).

En el presente asunto, el accionante realizó su último aporte en pensión para marzo de 2014 (f.º 117), por lo que tiene derecho a disfrutar de la pensión a partir del 1º de abril de 2014, como acertadamente concluyó el Juzgado.

## **4. De la liquidación de la pensión**

Como quiera que la prestación fue reconocida en proporción equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, no hay lugar a modificar la sentencia, pues en ningún caso la mesada podría ser inferior.

Ahora como quiera que la pensión de vejez se causó en enero del año 2011, debe ser reconocida sobre 14 mesadas al año, al verse afectada por el Acto Legislativo 01 de 2014.

#### **5. De la prescripción**

En el caso bajo estudio, se verifica que el derecho se causó para enero del año 2011 cuando el demandante contaba con 60 años de edad y acreditaba más de 1.000 semana cotizadas. El accionante reclamó administrativamente el 8 de marzo de 2012 (f.º 21), la cual fue resuelta negativamente de manera definitiva por parte de la entidad mediante Resolución VPB 1036 del 21 de enero de 2014 (f.º 32 a 35) y presentó demanda el 4 de abril de 2017 (f.º 155) es decir, fuera del término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que el fenómeno extintivo de la prescripción afectó los derechos causados con anterioridad al 4 de abril de 2014, lo que conlleva a confirmar la sentencia en este punto.

#### **6. De los aportes en salud**

Finalmente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (**SL2376-2018**).

#### **7. De la indexación**

Como quiera que el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la entidad deberá cancelar las mesadas adeudadas debidamente indexadas desde el momento en que cada una se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación.

### **8. Del retroactivo pensional**

Dado que Colpensiones en cumplimiento a la decisión de tutela proferida el 12 de diciembre de 2016, por el Juzgado Veintidós Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá - Sección Segunda, reconoció a la accionante pensión de vejez a partir del 1º de enero de 2017, la demandada únicamente adeuda el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas entre el 5 de abril de 2013 y el 31 de diciembre de 2016 que ascienden a \$25.326.070, tal como concluyó el juez de conocimiento.

De conformidad con las consideraciones expuestas y surtido el grado jurisdiccional de consulta, la Sala confirmará la decisión analizada.

No se causan costas en este grado de jurisdicción ni en la apelación ante su no causación.

## **VI. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

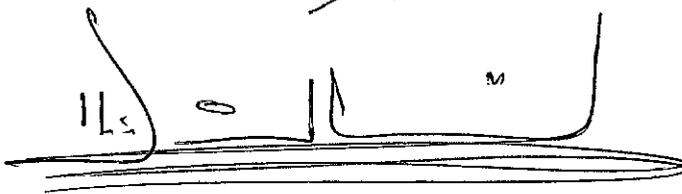
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin COSTAS en el grado jurisdiccional, ni en la apelación ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *solamente de voto*

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



**SALVAMENTO DE VOTO**

DEMANDANTE: JOSE DEL CARMEN AMAYA AMAYA  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2017 00155 01

**MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

De manera respetuosa se presenta los argumentos de salvamento de voto.

Pretende el demandante se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión por considerar que se debe tener en cuenta el periodo que se registra afiliado a riesgos profesionales por los empleadores ODILIO MARTIN TORRES Y PINTO FERNANDEZ JUAN ANTONIO correspondiente a 22.85 semanas y no afiliado a pensión. Tiempo que permite cumplir el requisito de 750 semanas exigidos por el Acto legislativo 1 de 2005 para extender el régimen de transición hasta el año 2014 y cumplir el requisito de densidad de semanas exigidos por el Acuerdo 049 de 1990.

Lo primero que se observa es que en esos periodos el demandante fue afiliado para riesgos tal como se expone en los hechos de la demanda, sin que se acredite que dicha afiliación se origine por la existencia de una relación laboral, vinculación que debió ser acreditada en el expediente, al que ni siquiera se vincularon los empleadores, en la medida en que a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, aunque en el ISS se podía afiliarse a las personas para los riesgos de salud, pensión y riesgos, no necesariamente se debía afiliarse al trabajador para todos los riesgos en esa entidad, aunado a que la misma ley permite la afiliación de terceros sin que exista una relación laboral entre ellos, como se puede constatar en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1793 de 2002 que regulaba en el artículo 23 la cotización en contratación no laboral.

Recuérdese que a partir de la Ley 100 de 1993 nace las EPS y los fondos privados de pensiones de tal manera que no le asistía a la demandada obligación alguna para cobrar los aportes por los riesgos en los que no fue afiliado el demandante.

Si bien la jurisprudencia ha señalado que la mora del empleador y la falta de cobro por parte de las administradoras no puede afectar al trabajador para el reconocimiento de la pensión; también lo es que la misma jurisprudencia ha indicado que se parte de la base que el trabajador afiliado haya cumplido lo propio, esto es, trabajo y cotización descontada por su empleador (Sentencias de 22 de julio de 2008, radicado 34270, Reiterada en sentencia de 7 de febrero de 2012, radicado 43023, SL2984-2015 de febrero 25 de 2015 proferida en el proceso identificado con la radicación 44705 )

En ese orden de ideas, se considera que en el presente caso el demandante estaba obligado a acreditar que la afiliación a riesgos se derivaba de una relación laboral y no de otra índole, como lo señaló la recurrente, máxime si se tiene en cuenta que para la época existía ya las diferentes opciones de vinculación a diferentes entidades para los diferentes riesgos de pensión, salud y riesgos laborales.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 016 2015 00855 01  
**DEMANDANTE:** LUIS EDUARDO VÁSQUEZ PULIDO  
**DEMANDADO:** D&D ENERGY TRANSPORT INC SUCURSAL  
COLOMBIA

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de febrero de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a pagar el auxilio de cesantías, intereses, la primas de servicios, las vacaciones, un día de descanso remunerado, la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales, a reconocer los demás derechos a que haya lugar en atención a las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 2 de septiembre empezó a prestar sus servicios a la demandada a través de contrato de trabajo a término indefinido, que desempeñó como último cargo el de Gerente HSEQ, en el que devengó la suma de \$5.610.000. Prestó sus servicios en horario de lunes a viernes de 8:00 a 5:30 p.m y renunció el 30 de mayo de 2015.

Refirió que la demandada le adeuda un día de descanso remunerado, las prestaciones sociales y la indemnización moratoria a razón de un día de salario a partir del 1º de junio de 2015 hasta por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 los intereses moratorio a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superbancaria hasta que se produzca el pago de las obligaciones. Manifestó que el 6 de octubre de 2015, mediante email solicitó a la demandada el pago de sus acreencias laborales (f.º 31 a 34).

Por auto de 28 de enero de 2019, se dispuso el emplazamiento de la demandada D&D Energy Transport Inc Sucursal Colombia (f.º55), la que contestó a través de curador *ad litem* oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, manifestó que ninguno de los indicados en la demanda le constaban.

En defensa de los intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción extintiva del derecho reclamado y las demás declarables de oficiosamente (f.º 86 a 88. Publicaciones f.º 77).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de febrero de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Sin condena en costas (f.º 91 y 92).

Como sustento de su decisión, concluyó que si bien se demostró la prestación del servicio y los extremos en los que la misma se dio, en la demanda no se especifica con claridad lo que se adeuda, cuáles fueron las omisiones del empleador.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que el Juez no valoró lo suficiente la prueba documental aportada con la cual se demuestra que el accionante si realizó

las reclamaciones pertinentes y cuantificadas el 7 de octubre de 2015, en la cual se establecen los rubros y montos adeudados, tampoco tuvo en cuenta el formato de liquidación entregado por la empresa con la que se demuestran el periodo que se adeuda. Adujo que en los hechos de la demanda, en especial en el hecho 10º se relacionan los conceptos y sumas adeudadas.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, a efectos de determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

##### **1. Del vínculo laboral**

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del

Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

Ahora, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos de los varios contratos, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

En el presente asunto, está demostrado que entre el señor Luis Eduardo Vásquez Pulido y la demandada D&D ENERGY TRANSPORT INC, existió un contrato de trabajo a partir de 2 de septiembre de 2013 al 30 de mayo de 2015, cuando el accionante presentó renuncia al cargo que desempeñaba como Gerente HSEQ, lo cual se acredita con el contrato de trabajo (f.º 3 a 13), la certificación laboral emitida por la demandada el 30 de mayo de 2015 (f.º 16) y la aceptación de renuncia (f.º 18). Igualmente, se corrobora conforme al otro sí suscrito por las partes el 1º de agosto de 2014, que el salario devengado a partir de esta fecha ascendió a \$5.610.000.

Ahora, consideró la primera instancia que aunque el demandante demostró la existencia del contrato, los extremos dentro de los cuales se desarrolló y el salario devengado, no probó por ningún medio las acreencias laborales que se le adeudaban, como tampoco los montos de las

mismas. Señaló que las negaciones indefinidas deben ser claras y precisar para poder determinar lo que se debe, pero ello, no sucedió en este caso.

No obstante, considera la Sala que tal conclusión, no se acompasa con la demanda (f.º 24 a 26), ni con el escrito de subsanación (f.º 31 a 34), en el cual se lee con claridad en el acápite de pretensiones lo siguiente:

**“PRIMERA:** Se condene al demandado, al pago de las CESANTÍAS, desde el 1º de enero de 2015 al 30 de mayo de 2015, por un valor de \$2.373.500.

**SEGUNDA:** Se condene al demandado, al pago de los INTERESES A LAS CESANTÍAS, desde el 1º de enero de 2015 al 30 de mayo de 2015, por un valor de \$116.875

**TERCERA:** Se condene al demandado, al pago de las PRIMA DE SERVICIOS, comprendido desde el 1º de enero de 2015 al 30 de mayo de 2015, por un valor de \$2.375.500.

**CUARTA:** Se condene al demandado, al pago de las VACACIONES, desde el 1º de enero de 2015 al 30 de mayo de 2015, por un valor de \$1.186.750

**QUINTA:** Se condene al demandado, al pago de las UN DÍA DE DESCANSO REMUNERADO, según los hechos de la demanda.

**SEXTA:** Se condene al demandado, al pago de la INDEMNIZACIÓN POR MORA EN EL PAGO, desde el 1º de junio de 2015 a razón de un día de salario....”

Ahora, en el hecho noveno de la demanda el accionante expone que la demandada no le ha cancelado sus prestaciones sociales y en el décimo también las enlista, refiriéndose a cesantías, intereses, prima y vacaciones causadas del 1º de enero de 2015 al 30 de mayo de 2015. Además, señala un día compensatorio remunerado sin especificar nada al respecto (f.º 32).

Bajo este contexto probatorio, contrarió a lo concluido por el juzgado, el demandante sí indicó de manera clara sus pretensiones y como quiera que probó la prestación del servicio, los extremos temporales y el último salario devengado, lo procedente es liquidar las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales y vacaciones en la forma prevista en la ley, sin que puedan imponérsele cargas adicionales al

trabajador para reivindicar sus derechos, dado que es a la encartada en defensa de sus intereses a quien correspondía, si quería liberarse de alguna condena, demostrar que concurrió con el pago de las acreencias laborales reclamadas por el promotor del juicio, pero como no lo hizo la Sala debe proceder a liquidarlas en la forma en que la ley lo dispone.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia debe ser revocada, para en su lugar, condenar a la demandada a reconocer y pagar al demandante las siguientes acreencias laborales:

<i>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015</i>				
<i>Periodo de liquidación</i>	<i>Desde</i>	<i>1/01/2015</i>	<i>Hasta</i>	<i>31/05/2015</i>
	<i>Salario fijo mensual:</i>		\$ 5.610.000,00	
	<i>Auxilio transporte:</i>		\$ -	
	<i>Factor Variable</i>		\$ -	
	<i>Salario diario:</i>		\$ 187.000,00	
	<i>Días trabajados:</i>		150	
<i>Cesantías</i>	<i>Salario mensual (*) x Días trabajados</i>		\$ 2.337.500,00	
	360			
<i>Intereses sobre cesantías</i>	<i>Cesantías (*) x Días trabajados X 12%</i>		\$ 116.875,00	
	360			
<i>Prima de servicios</i>	<i>Salario mensual (*) x Días trabajados semestre</i>		\$ 2.337.500,00	
	360			
<i>Vacaciones</i>	<i>Salario mensual x Días trabajados</i>		\$ 1.168.750,00	
	720			

## **2. Del descanso remunerado**

Solicita el demandante el reconocimiento y pago de un día de descanso remunerado, sin embargo, no indica en qué fecha se causó el derecho, de todas maneras, tampoco probó tener derecho por lo que respecto de esta pretensión se absolverá a la demandada.

## **3. De la sanción moratoria**

Dispone el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo que "Si **a la terminación del contrato**, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una

*suma igual al último salario diario por cada día de retardo. (negrilla y subrayas fuera del texto original)*

Del anterior precepto legal, es dable concluir que la indemnización sólo procede ante la conducta omisiva del empleador de cancelar al trabajador a la finalización del contrato los salario y las prestaciones sociales. Además, conforme a la jurisprudencia la misma no opera de forma automática ni inexorable, pues, para su procedencia se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

En el asunto que ocupa la atención, se encuentra demostrado que aunque el vínculo laboral finalizó el 30 de mayo de 2015, la liquidación final de prestaciones no ha sido cancelada, pues nada distinto demostró en juicio la demandada.

Ahora, en cuanto a la manera de determinar la sanción moratoria se advierte que el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, dispone en su numeral 1º que:

*“Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.”*

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36.577 proferida el 6 de mayo de 2010, reiterada en sentencia de 3 de mayo de 2011, radicado n.º 38.177, sentencia del 25 de junio de 2012, radicado 46.38 y SL918 de 2014, señaló:

“No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

*De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.*

En el caso analizado la relación laboral se extendió hasta el 30 de mayo de 2015 y la demanda fue interpuesta el 5 de noviembre de 2015 (f.º 27), es decir, dentro de los 24 meses previstos en la norma, por lo que en aplicación del precedente jurisprudencial procede el reconocimiento a favor del demandante de un día de salario equivalente a \$187.000 (salario mensual \$5.610.000) por 24 meses, esto es, hasta el 30 de mayo de 2017, que equivale a \$134.640.000 y a partir del 1º de junio de 2017 deberá cancelar intereses liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera hasta que se verifique el pago de la obligación, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

#### **4. De la prescripción**

Frente al punto de la prescripción, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por tal razón, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: **I)** uno es su causación y **II)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el*

{empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”.

Ahora, dispone el artículo 94 del Código General del Proceso que “*La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado*”. No obstante, el término de 1 año con el que cuenta el demandante o trabajador para notificar el auto admisorio al demandado no puede verse afectado por la negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado, así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL8716 de 2014, (rad. 38010), al indicar:

*Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que “...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...” Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos **y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente.**”*

En el *sub examine* el contrato de trabajo finalizó el 30 de mayo de 2015 (f.º 17 y 18), el accionante reclamó el pago de sus acreencias laborales directamente a D&D ENERGY TRANSPORT INC SUCURSAL COLOMBIA el 7 de octubre de 2015 (f.º 15) y presentó la demanda el 5 de noviembre de 2015, esto es, dentro del término trienal previsto en los artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo.

Ahora, el solo hecho que la notificación del auto admisorio de la demanda se efectuara pasado el año previsto en el citado precepto legal para interrumpir la prescripción, dado que se materializó el 1º de agosto de 2019, mediante curador ad litem (f.º 85), ello no es óbice para declarar prescritos los derechos aquí reconocidos, dado que ese hecho no aconteció por culpa del demandante en armonía con la reglas sentadas por la máxima Corporación de la jurisdicción laboral.

Lo anterior como quiera que la demanda fue admitida el 21 de septiembre de 2016 (f.º 36), el 1º de noviembre de 2016, la apoderada allegó certificación de devolución de envío del citatorio por la causal “no reside, cambio de domicilio” y solicitó realizar la notificación personal al demandado (f.º 41), el 19 de mayo de 2017 el actor informó al juzgado que la empresa de correo electrónico devolvió el citatorio, pues en recepción se informó “que la empresa no labora en esa dirección” y solicitó ordenar el emplazamiento de la demandada (f.º 49), el 19 de enero de 2018 el juzgado dispuso por secretaría efectuar el aviso de notificación en los términos del artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (f.º 50), el que se evidencia fue tramitado por la parte actora el 12 de febrero de 2018 (f.º 51 a 53) y allegado al despacho el 18 de mayo de 2018 (f.º 54), por lo que mediante auto del 28 de enero de 2019, se ordenó el emplazamiento de la sociedad D&D ENERGY TRANSPORT INC SUCURSAL COLOMBIA (f.º 55).

De conformidad con las consideraciones expuestas y atendidos los argumentos de apelación, la Sala revoca la sentencia apelada y, en su lugar, impondrá las condenas anunciadas.

No se causan costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 26 de febrero de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar que entre D&D ENERGY TRANSPORT INC SUCURSAL COLOMBIA y Luis Eduardo Vásquez Pulido existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de septiembre del año 2013 hasta el 30 de mayo de 2015.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada D&D ENERGY TRANSPORT INC SUCURSAL COLOMBIA a cancelar al demandante los siguientes rubros:

CONCEPTOS Y MONTOS	
Auxilio Cesantías	\$ 2.337.500,00
Intereses Sobre las Cesantías	\$ 116.875,00
Prima de Servicios	\$ 2.337.500,00
Vacaciones	\$ 1.168.750,00

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada a reconocer a favor del demandante como sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales a la finalización del contrato de un día de salario equivalente a \$187.000 por 24 meses, esto es, desde el 30 de mayo de 2015 hasta el 30 de mayo de 2017, que equivale a \$134.640.000 y, a partir del 1º de junio de 2017 deberá cancelar intereses liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera hasta que se verifique el pago de la obligación

**CUARTO: ABSOLVER** a la demandad de las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Sin COSTAS en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



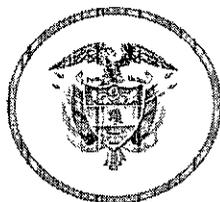
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 04 2019 00420 01  
**DEMANDANTE:** CLAUDIA MARCELA SIERRA GUTIÉRREZ  
**DEMANDADO:** OMAR RIVERA MENJURA MEDICINA ALTERNATIVA  
MEDICINALABORAL S.A.S., OMAR AUDREY RIVERA  
Y CAROLINA OCHOA

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de febrero de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a partir de 24 de octubre de 2016 hasta el 1° de febrero de 2019. En consecuencia, se condene a los demandados a cancelarle reajuste al salario, el valor correspondiente a la diferencia causada entre el salario pagado mensual entre el 24 de octubre y el 31 de diciembre de 2016 que ascendió a \$680.000 y el salario mínimo legal mensual vigente para esta anualidad \$689.455. La diferencia entre el salario pagado en enero de 2019 que ascendió a \$800.000 y el salario mínimo legal de esta anualidad que fue fijado \$828.116. Se condene a la demandada apagarle auxilio de transporte, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones causadas en vigencia de la relación. Indemnización por no pago de intereses a las cesantías, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria. Indemnización por despido injusto. Incluido el daño emergente

y lucro cesante, la indexación correspondiente, los demás derechos que haya lugar a reconocer en atención a los principios ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que a partir de 24 de octubre de 2016 prestó servicios personales a los demandados, mediante contrato de trabajo verbal para desempeñar el cargo de servicios generales, labor que realizó en cumplimiento de un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. Precisó que recibió como remuneración en el año 2016 \$680.000, en el año 2017 \$760.000, en el año 2018 y enero de 2019 \$800.000, que fue cancelado de forma quincenal.

Refirió que el 1º de febrero de 2019, fue el último día laborado y el domingo 3 de febrero de 2019, la demandada Carolina Ochoa le escribió a través de waths app "*hola doña Claudia no venga mañana porfa*" y el 9 de febrero de la misma anualidad el demandado Omar Rivera Menjura como representante legal le entregó una referencia personal, por lo que los demandados dieron por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y sin haberle cancelado el auxilio de transporte causado en vigencia de la relación laboral, tampoco las prestaciones sociales y vacaciones (f.º 3 a 6).

Al dar respuesta a la demanda, los convocados a juicio Omar Audrey Rivera Menjura, Omar Rivera Menjura Medicina Alternativa Medicina Laboral S.A.S. se opusieron a las pretensiones. Señalaron que la demandante firmó contrato de prestación de servicios con la Omar Audrey Rivera Menjura como representante legal de Omar Rivera Menjura Medicina Alternativa Medicina Laboral S.A.S. para desempeñar funciones de servicios generales, las que adelantó entre el 24 de octubre de 2016 y el 1º de febrero de 2019, cuando decidió renunciar, pues se le indicó que las labores desempeñadas no ameritaban los honorarios cancelados y que además no presentaba los comprobantes de pago correspondientes a la seguridad social.

En defensa de sus intereses, propusieron las excepciones previas de clausula compromisoria, la de haberse dado un trámite diferente al que

corresponde y la de falta de competencia. Además, propusieron la excepción de falta de legitimación en la por pasiva (f.º 31 a 38).

Al contestar el libelo introductorio, la demandada Carolina Ochoa Robledo también se opuso a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con el cargo desempeñado por la demandante, la ejecución de funciones de lunes a viernes, también que el último día en que prestó los servicios fue el 1º de febrero de 2019 y que no se realizó el pago de prestaciones sociales ni vacaciones porque el contrato fue de prestación de servicios.

Para enervar las pretensiones, formuló las excepciones previas de clausula compromisoria, la de haberse dado un trámite diferente al que corresponde y la de falta de competencia. Además, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva (f.º 98 a 109).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de febrero de 2020, declaró que entre la demandante y la Sociedad Omar Menjura Rivera Medicina Alternativa Medicina Laboral S.A.S. existió un contrato de trabajo que estuvo vigente entre el 24 de octubre de 2016 y el 1º de febrero de 2019. Condenó a la empleadora a pagar unas sumas de dinero por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, prima de servicio, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, sanción moratoria (f.º 120).

Como sustento de su decisión, concluyó que corroborada la prestación de servicios la demandada no demostró que esta se hubiere desarrollado de manera autónoma e independiente, por lo que declaró la existencia del contrato de trabajo. También que la demandada no demostró el despido.

### III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la sentencia debe ser revocada como quiera que el vínculo que la demandante estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios, el cual fue debidamente diligenciado y traído al proceso, precisó que no se configuraron los elementos del contrato de trabajo como son la subordinación, la actividad personal y la remuneración, pues por la prestación de sus servicios la demandante recibió el pago de honorarios. Señaló que el dicho de los testigos desvirtúa la existencia del contrato laboral.

Arguyó que la demandante confesó que hubo día en los cuales no prestó sus servicios, particularmente tres lunes en los que aseguró se encontraba de farra, lo que no le acarreó ningún llamado de atención o proceso disciplinario. Señaló que la accionante realizaba labores de servicios generales en un espacio muy pequeño que no ameritaba el desempeño de las mismas durante todo el día. Aseguró que debía vigilar que la demandante hiciera el pago de aportes a seguridad social y cuando se requirió al respecto, no supo la respuesta y no se presentó a laborar nuevamente, pues se le indicó que sería vinculada mediante contrato de trabajo de medio tiempo.

Adujo que la carga probatoria en el presente asunto estaba a cargo de la demandante quien debía demostrar el tiempo y elementos del contrato laboral, sin embargo, lo único que aportó fue el interrogatorio de parte, en el cual confesó que faltó a laborar y absolutamente nada le pasó.

Aseguró que algunos contratos de prestación de servicios desaparecieron de las instalaciones de la empresa al igual que unos comprobantes de pago, los cuales sorprendentemente fueron aportados por la parte demandante al proceso. Señaló aquí que por ello sólo pudo allegarse al proceso uno de los contratos que estaba archivado en la casa de uno de los demandados, además que por cuestiones de tiempo e inmediatez no fue posible que los testigos convocados se presentaran para el día de la

audiencia programada y por ello, no se pudieron demostrar más ampliamente los elementos del contrato de prestación de servicios adelantado por la demandante. Sostuvo que, pese a que se solicitó a la jueza fijar nueva fecha para practicar los testimonios y conocer los hechos relevantes de tiempo modo y lugar, esta petición fue negada.

Solicitó al Tribunal tener en cuenta que la demandante no prestó sus servicios en jornada completa, ni diariamente, ni mensualmente, lo que debe ser considerado para la imposición de las condenas.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

##### **1. Del contrato realidad**

Corresponde a la Sala determinar si entre la actora y Sociedad Omar Menjura Rivera Medicina Alternativa Medicina Laboral S.A.S. existió un contrato de trabajo a partir de 24 de octubre de 2016 al 1º de febrero de 2019, por consiguiente, si tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales.

En tal sentido y con el fin de determinar los presupuestos de la norma que configuran un contrato de trabajo, resulta importante remitirnos a lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que para que se estructure, se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad

que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii*) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

En el presente asunto, no existe duda que la promotora del juicio prestó sus servicios personales a la demandada a partir de 24 de octubre de 2016 hasta el 1º de febrero de 2019, en el desempeño de funciones de servicios generales de lunes a viernes, pues así fue aceptado por el demandado Omar Rivera Menjura Medicina Alternativa Medicina Laboral S.A.S. al contestar los hechos 1º, 3º, 4º, 10º de la demanda (f.º 33 y 34).

Así las cosas, acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación jurídica laboral, por lo tanto, corresponde ahora al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.

Para el efecto, la Corporación Sociedad Omar Menjura Rivera Medicina Alternativa Medicina Laboral S.A.S. aporta "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES INDEPENDIENTES ENERO DE 2018", suscrito con la demandante el 2 de enero de 2018, según el cual la accionante se vinculaba para desempeñarse como auxiliar de servicios generales, por su propia cuenta, con absoluta autonomía y no estaría sometida a subordinación laboral con el contratante (f.º 43 a 45). Además, aportó comprobantes de egreso que dan cuenta de 39 pagos realizados a la demandante por diferentes montos en los años 2017 y 2018 (f.º 46 a 86).

Ahora, al absolver interrogatorio de parte Omar Menjura Rivera confesó que vinculó mediante contrato de prestación de servicios a la demandante para que realizara actividades de limpieza de consultorios, que no tenía horario y sólo se le sugería llegar temprano, pero era apenas una recomendación. Indicó que la demandante podía ir dos o tres veces a la semana y algunas veces no asistía sobre todo después de puente por hechos que narraba a sus compañeros; no obstante, después dijo que se le daba la recomendación que se presentara a diario. Confesó que el contrato empezó en el año 2016, que era él quien le suministraba los elementos con los cuales desempeñaba sus funciones incluidos los uniformes y le daba las orientaciones sobre cómo debía realizar algunas labores dado el riesgo biológico. Dijo desconocer el motivo por el cual se retiró la demandante, quien no volvió a asistir.

Al absolver interrogatorio de parte Carolina Ochoa dijo que prestó sus servicios a la Sociedad Omar Menjura Medicina Alternativa Medicina Laboral a partir de noviembre de 2018 de 5:00 a.m a 10:00 p.m., que la demandante desarrollaba labores de aseo algunas horas del día, definidas por la misma accionante, incluso algunos días no iba. Aseguró que la actora llevaba sus guantes y sus zapatos y aceptó que se le dieron

uniformes de los mismos que utilizaban todas las personas en la IPS. Señaló que el contrato fue suscrito con Omar Menjura Rivera. Aseguró que se le exigió a la accionante contratarla de manera diferente para lo cual debería capacitarse, presentar su afiliación a pensión, salud y ARL y cumplir un horario, pero ella no aceptó.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario y las contestaciones de demanda (f.º 31 a 38 y 98 a 109) se considera que el demandado Omar Rivera Menjura Medicina Alternativa Medicina Laboral S.A.S. falta al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demuestra los supuestos en que funda la defensa de sus intereses, ello como quiera que no aporta medios de prueba que permitan concluir que pese a que la promotora del juicio le prestó servicios personales, estos se desarrollaron de manera autónoma e independiente y, a esa conclusión, no se puede llegar con los obrantes en el expediente, por el contrario lo que se colige del interrogatorio de parte absuelto por Omar Rivera Mejura, es que la promotora del juicio debía desempeñar sus labores de aseo y limpieza a diario, lo que resulta apenas lógico por laborar al servicio de una institución que presta servicios de salud, además que las instrucciones de la forma en que ello debía realizarse eran impartidas por él mismo.

Así las cosas, carece la Sala de elementos de convencimiento que permitan verificar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dio la prestación del servicio en condiciones distintas a un contrato de trabajo, por lo que no es procedente revocar la sentencia de primera instancia.

## **2. De la continuidad de la prestación del servicio**

De otra parte, alega la demandada que la prestación del servicio no se dio de manera continua conforme a lo confesado por la demandante.

Sobre el particular, advierte la Sala que la demandante Claudia Marcela Sierra al absolver interrogatorio señaló que prestó servicios de

limpieza a la empresa Omar Rivera Menjura Medicina Alternativa y Medicina Laboral S.A.S., aseguró que la empresa tenía tres consultorios, dos baños, un patio, sala de recepción, un laboratorio y como un estilo de cocina, también que desempeñaba sus funciones todo el día. Aseguró que prestó sus servicios todos los días, pero confesó que ello sucedió, salvo tres lunes, al indicar que *“la razón es que me iba de farra y no iba los lunes a trabajar”* dijo que por este motivo el dueño de la empresa le dijo que tenía que cambiar o se iba quedar sin trabajo.

Puestas así las cosas, para esta Colegiatura aunque la demandante confesó que faltó algunos días a laborar porque se *“iba de farra”*, ello no presupone el rompimiento la continuidad del contrato de trabajo, pues a l sumo es demostrativo de una falta a sus deberes que en este proceso no es analizado, luego al tratarse de tres días en que faltó a sus labores, no puede tenerse como interrupción del contrato de trabajo, máxime cuando el empleador no demostró las fechas en que ello sucedió, tampoco que hubiese tomado alguna medida correctiva al respecto o que el hecho hubiese acarreado para la trabajadora alguna sanción o se hubiere suspendido el contrato de trabajo. En consecuencia, no es dable como se pretende en la apelación, desvirtuar la continuidad en la prestación del servicio con la confesión de la demandante, pues se insiste el contrato continuó vigente y no se probó que la prestación del servicio hubiere dado en distintos periodos.

### **3. De la jornada de trabajo y la liquidación de las condenas**

Arguye la recurrente que las condenas deben ser revisadas dado que la demandante no prestó sus servicios en jornadas completas ni todos los días.

Sobre el particular, basta señalar que la pasiva no se ocupó de demostrar por ningún medio las condiciones en que la accionante desempeñó sus labores, por ello se produjo la declaratoria de existencia del contrato conforme a lo preceptuado en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo. En consecuencia, no cuenta el Tribunal con ningún

medio de convicción que le permita determinar que la demandante prestó sus servicios en jornada distinta a la legalmente establecida, por lo que no es posible entrar a modificar las condenas impuestas por la jueza de primera instancia.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

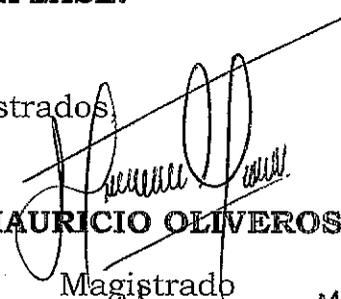
### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

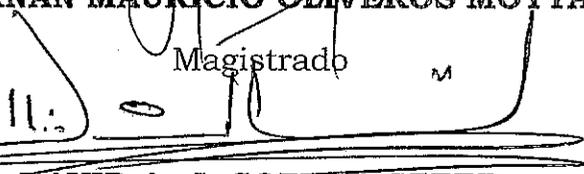
**SEGUNDO:** Sin COSTAS en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 027 2015 00870 01  
**DEMANDANTE:** ÁNGELA MARÍA CAICEDO PERDOMO  
**DEMANDADO:** VILLARAN S.A.S., KIYO S.A.S., LUIS BERNARDO  
VILLEGAS GIRALDO Y ANDRÉS FELIPE VILLEGAS  
AGUIRRE

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de febrero de 2020.

**I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1° de febrero de 2014 al 19 de diciembre de 2014, día en que finalizó el vínculo por causas imputables a los empleadores; además, que a la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada por su estado de embarazo. En consecuencia, se condene a los demandados a cancelar los salarios dejados de liquidar en el periodo comprendido entre el 16 de noviembre y el 19 de diciembre de 2014 por la suma de \$5.666.667, la cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones, la indemnización por terminación del contrato por causas imputables a los empleadores, la indemnización por terminación del contrato en estado de embarazo, la sanción moratoria, la licencia de maternidad por parto no viable, la indexación, los demás derechos a

reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que, a comienzos del año 2014 fue contactada por los socios Hugo Buitrago y Luis Bernardo Villegas Giraldo para desarrollar todo el concepto de un restaurante, incluido el menú del establecimiento. El salario pactado inicialmente ascendió a \$4.000.000, más una participación en el negocio, que los pagos se realizaron a través cheque de la Sociedad Villaran S.A.S., persona jurídica de propiedad de Luis Bernardo Villegas Giraldo. Advierte que una vez estuvo listo el concepto del establecimiento asumió el cargo de gerente,

Refirió que, a partir de agosto de 2014 el establecimiento Kiyo abrió sus puertas al público, encargándose de la creación de la marca, montaje del establecimiento, elaboración del menú, consecución del personal de cocina y en general la apertura del restaurante. Una vez empezó a funcionar el restaurante su salario fue incrementado a \$5.000.000 y quien se lo canceló a partir de agosto de 2014 fue Kiyo S.A.S. pero continuaba bajo órdenes del señor Villegas Giraldo, quien encomendó a su hijo Luis Andrés Villegas del manejo general del restaurante Kiyo S.A.S., por lo que empezó a fungir como otro empleador cuyas órdenes debía acatar.

Expuso que en el mes de octubre de 2014 quedó en estado de embarazo, del cual se enteró hasta el mes siguiente, por lo que notificó el hecho el día 26 de noviembre de 2014 a sus empleadores. Adujo, que el señor Andrés Felipe le solicitó renunciar al cargo de gerente del establecimiento Kiyo, a lo que se negó por lo que fue relevada de cumplir sus funciones sin ninguna explicación, también le fue retirada cualquier potestad frente al personal a su cargo y demás tareas administrativas fueron encargadas a Alexander Gutiérrez.

Narró que a partir de noviembre de 2014 no le fue cancelada en forma completa ninguna suma de dinero por concepto de prestaciones sociales y la última quincena completa pagada fue la correspondiente al 1º al 15 de noviembre de 2014. Expuso que por su estado de embarazo

estuvo incapacitada en forma intermitente, pero los empleadores tampoco le cancelaron los dineros reconocidos por el sistema de seguridad social, además que los demandados no pagaron de forma completa los aportes al sistema de salud, lo que generó retrasos en su atención. Igualmente, solicitaron la desvinculación del sistema de seguridad social pese a estar activa laboralmente y embarazada, a la empresa encargada de realizar los pagos Benavides y Garzón Ltda.

Refirió que en varias ocasiones solicitó a los demandados el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, quienes se negaron de manera reiterada lo que generó la terminación del contrato con efectividad al 19 de diciembre de 2014, por causas imputables a los empleadores. Que a la finalización del contrato no le fueron canceladas las obligaciones laborales y su embarazo fue inviable (f.º 3 a 14).

Por auto del 21 de septiembre de 2016, se dispuso el emplazamiento de los demandados Andrés Felipe Villegas Aguirre y Kiyó S.A.S (f.º57), asimismo, mediante proveído de 19 de enero de 2017, el emplazamiento de Villarán S.A.S y Luis Bernardo Villegas (f.º 70 publicaciones f.º 79).

La curadora Aura María Flore Nieto contestó la demanda, que según señaló en los escritos correspondientes fue con apoyo y en la información verbal suministrada por el representante legal de las demandadas. Se opuso a las pretensiones de la demanda al señalar que sí existió contrato laboral, inicialmente con la demandada Villarán y luego con Kiyó a partir de 1º de febrero de 2014 al 19 de diciembre de la misma anualidad; que fungió como gerente desde cuando inició operaciones el restaurante y hasta cuando la demandante presentó la carta de renuncia; que el salario pactado ascendió a \$3.500.000 más una bonificación y trabajaba bajo las órdenes de Luis Bernardo Villegas, también que Luis Andrés Villegas fungió como empleador. Advierte que es cierto que ante el estado de embarazo fue relevada de cumplir algunas funciones, pero para evitarle complicaciones en su estado de salud. Aceptó que a partir del 26 de noviembre el empleado Alexander Gutiérrez se encargó de las labores

administrativas ante las incapacidades médicas de la accionante. Igualmente, aceptó las demoras en el pago de aportes a salud, pero indicó que los demandados no adeudaban acreencia laboral alguna.

En defensa de los intereses de sus representados, propuso la excepción de falta de causa para pedir condena al pago de salarios, prestaciones sociales y las indemnizaciones (f.º 95 a 101 y 126 a 131).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de febrero de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandada KIYOS S.A.S y la demandante, a partir del 15 de octubre hasta el 19 de diciembre de 2014. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar unas sumas de dinero por concepto de salarios insolutos, las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios, la compensación de vacaciones, la indemnización moratoria, los aportes a pensión correspondientes a los periodos en que existió el contrato de trabajo, calculados con un salario mensual de \$3.800.000.

Declaró probada la excepción de falta de causa para pedir condena al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones formulada por los demandados Villaram S.A.S., Andrés Felipe Villegas y Luis Bernardo Villegas Giraldo, por tal motivo, los absolvió de la totalidad de las pretensiones. Declaró parcialmente probada la excepción de falta de causa para pedir condena al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones formulada por Kiyos S.A.S. Condenó a la demandada Kiyos S.A.S. a pagar \$1.000.000 como agencias en derecho, \$200.000 como gastos del proceso y \$500.000 como gastos del proceso - honorarios de la curadora a favor de la doctora Aura María Flórez Nieto (f.º 165 y 166).

Como sustento de su decisión, concluyó que la promotora del juicio demostró la prestación de servicios personales únicamente respecto de la demandada Kiyos S.A.S. No probó la notificación su estado de embarazo a

la empleadora, tampoco haber puesto en conocimiento de la empresa sus incapacidades médicas y que vínculo tenía Alexander Gutiérrez con la empresa empleadora. Igualmente, no se verificó las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se produjo la terminación del contrato, pues si bien existe una carta, no se probó en qué fecha se radicó en la empresa y en todo caso, no están probadas las causas expuestas en la comunicación.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que el juzgado estableció como único responsable de las obligaciones a la Sociedad Kiyos S.A.S., situación que no corresponde a la realidad, pues esta sociedad nace a la vida jurídica el 28 de julio de 2014; sin embargo, con anterioridad a esa fecha, con correos electrónicos dirigidos a Andrés Villegas y Luis Bernardo Villegas y copiados a la demandante se logra acreditar la prestación del servicio desde el 20 de febrero de 2014. Luego, se habla de la presentación de una cuenta de cobro el 10 de abril de 2014, en las que se menciona que deben ser presentadas a Villaram S.A.S., pues para la época Kiyos S.A.S. no había nacido a la vida jurídica. Por tanto, no hay razón para absolver a quienes fueron empleadores.

Alega que cuando se indica que no se probó quien era Alexander Gutiérrez, no se tiene en cuenta que dentro del plenario obra certificación con la que se demuestra que esta persona es el administrador del restaurante, probándose que sigue órdenes e instrucciones de Andrés Felipe Villegas- Gerente propietario de Kiyos S.A.S., en ese orden de ideas deben tenerse en cuenta todos los documentos suscritos por el señor Gutiérrez que no fueron objeto de tacha en el juicio. Precisó que esta persona fue convocada al proceso como testigo, pero la parte demandada no se encargó de hacerlo comparecer.

Expuso que debe tenerse en cuenta que la curadora obró en principio como representante de todas las demandadas, ella en su contestación dice que responde según las información que le fue

proporcionada por Andrés Villegas, en ese sentido muy seguramente los documentos obrantes en el proceso fueron conocidos por el señor Villegas y no obstante, no fueron tachados y objetado su contenido.

En cuanto a la falta de notificación del estado de embarazo, no se tuvo en cuenta la incapacidad otorgada por medicina general visible a folio 28, en la que aparece estampada la firma de Alexander Gutiérrez y sello de Kiyos S.A.S, con lo que se demuestra que el empleador si conocía de su estado de gestación y eso determina que las situaciones jurídicas contenidas en la carta de terminación del vínculo del 19 de diciembre de 2014, debieron ser controvertidas y formulada la defensa por parte de los demandados, lo que no ocurrió. Preciso que la ausencia de prueba es atribuible a los demandados Luis Bernardo Villegas y Andrés Felipe Villegas, este último jefe directo quien le impartía órdenes.

Arguyó que los desprendibles de pago dan cuenta de la cancelación de un bono de carácter periódico, reconocido por un valor de \$1.200.000 y no se probó por parte de los demandados que el mismo no tuviera naturaleza salarial, por ello, debió ser tenido en cuenta como base para liquidar las condenas impuestas. Reiteró que no debe ser únicamente Kiyos S.A.S. quien deba responder por los rubros ordenados, pues las actividades personales se empezaron a realizar en febrero del 2014 a favor de los señores Villegas quienes deben responder por las obligaciones laborales.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si la demandante prestó sus servicios personales a los demandados Kiyos S.A.S. y personas naturales

demandadas Luis Bernardo Villegas Giraldo y Andrés Felipe Villegas Aguirre

**1. Del contrato de trabajo con Luis Bernardo Villegas Giraldo y Andrés Felipe Villegas Aguirre**

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

Ahora, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos

la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior, no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que puede afectar algunos de los derechos de los varios contratos cuando eso ocurra, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación personal del servicio frente a los demandados Luis Bernardo Villegas Giraldo y Andrés Felipe Villegas Aguirre, la activa solicitó decretar y practicar el testimonio de Martha Nelly Benavides Chaparro quien manifestó conocer a la demandante desde el año 2014 por temas laborales, ya que la deponente tiene un outsourcing de contabilidad y la accionante como encargada del proyecto, la contactó para que le ayudara a la empresa Kiyó S.A.S. en un tema contable. Aseguró que le constaba que Ángela Caicedo fue la Gerente de Kiyó S.A.S. pues veía los registros de los pagos en los soportes de contabilidad. Al ser cuestionada sobre si sabía si la demandante tuvo vínculo laboral con Villarán, dijo que eso no lo sabía y al preguntársele lo mismo en relación con Luis Villegas Giraldo, dijo que él era la persona que daba las instrucciones en Kiyó, lo cual sabe porque tuvo la oportunidad de estar en un par de reuniones, además porque la accionante le pedía autorización a esta persona y a Andrés Felipe Villegas para comprar el paquete contable.

Dijo que este último era el suplente del representante legal en Kiyó y que inicialmente visitaba la sede administrativa de la empresa cada

semana de agosto a diciembre de 2014, pero luego, se distanciaron por incumplimientos de parte de ellos. Aseguró que la demandante tenía un salario fijo y una bonificación por mera liberalidad que más o menos sumaban \$5.000.000.

Se allegó certificado de existencia y representación de Kiyó S.A.S., que da cuenta de la constitución de la sociedad el 28 de julio de 2014 y que funge como su Gerente General es Luis Bernardo Villegas Giraldo (f.º 17 y 18). Además, obran comunicaciones suscritas por la demandante dirigidas a Kiyó S.A.S. del 2 y el 17 de diciembre de 2014, en las que solicita el pago de salarios y demás acreencias laborales (f.º 19 y 20), del 19 de diciembre de 2014, en la que notifica la terminación del contrato de trabajo por justas causas imputables al empleador (f.º 21); misivas adiadas el 6 de abril de 2015 y el 15 de junio de la misma anualidad, en la que solicita el pago de la liquidación final, indemnizaciones y salarios (f.º 23).

Aportó también comunicación con logo de Kiyó S.A.S, suscrita por Alexander Gutiérrez en calidad de Administrador en la que se lee: *“Por orden del señor ANDRÉS FELIPE VILLEGAS, GERENTE PROPIETARIO DE KIYO S.A.S., Fui autorizado a pagar el día 19 de diciembre de 2014, 7 días de la quincena del 1-15 diciembre de 2014 de la señora ÁNGELA MARÍA CAICEDO, gerente de KIYO S.A.S. (f.º 25).* Adicionalmente, existe comprobante de pago con membrete de Kiyó S.A.S. para el periodo del 1º al 31 de diciembre, en el que se indica como salario. Igualmente, se verifican folios 29 y 30 dos correos electrónicos del 20 de febrero y 10 de abril de 2014, uno enviado por Hugo Buitrago a Andrés Villegas, Luis B. Villegas y copiado a [amcaicedo@jmail.com](mailto:amcaicedo@jmail.com), en la que manifiesta que ve con buenos ojos la tarea que se adelanta y le indica que se hace necesaria una reunión entre *“Ángela y Andrés”* para hacer un empalme completo de toda la información; el otro correo, aparece enviado por Ángela Caicedo a Claudia Acosta mediante el cual se envía dos cuentas de cobro, la *“de marzo corregida con el Villarán y la de este mes”*. Finalmente, se aportó comprobantes de nómina de los periodos 10 al 30 de septiembre de 2014, octubre y noviembre de la misma anualidad (f.º 31 y 33 a 36) y

comprobante de pago de bonificación por mera liberalidad del mes de octubre de 2014 (f.º 32)

En ese orden de ideas, analizado en conjunto los medios probatorios antes indicados, es claro para la Sala que la parte activa no logra demostrar que prestó sus servicios de manera directa a los demandados Luis Bernardo Villegas Giraldo y Andrés Felipe Villegas Aguirre, pues aunque la única testigo convocada al proceso - Martha Nelly Benavides Chaparro - señaló que vio como estas personas le impartían órdenes a la demandante, lo cierto es que ello ocurrió en el periodo en el que fue declarada la existencia del contrato por el juzgado de primera instancia y no puede olvidarse que Luis Bernardo Villegas Giraldo funge como representante legal de Kiyo S.A.S., empresa respecto de la cual se encontró probada la relación laboral, por lo que resulta lógico que hubiese impartido instrucciones a la actora, sin que ello pueda derivar en responsabilidad personal a su cargo. No puede pasar desapercibido que Kiyo S.A.S. es una sociedad por acciones y no de personas, por tal motivo, ni siquiera de haberse pedido la declaración de responsabilidad solidaria esta procedería.

Con todo, vale señalar que la promotora del juicio dirigió la totalidad de las comunicaciones en las que requirió de parte del empleador el cumplimiento de obligaciones laborales a Kiyo S.A.S. con atención a Luis Bernardo Villegas, reconociéndolo, así como su superior dentro de la empresa, lo que concuerda con el certificado de existencia y representación legal.

En cuanto a las órdenes impartidas por Andrés Felipe Villegas Aguirre, la declarante no indicó en que época concretamente se dieron, tampoco la continuidad de las mismas, por lo que no se demuestra que la demandante prestó sus servicios directamente a esta persona natural por fuera de sus responsabilidades laborales con Kiyo S.A.S. En este caso, no es posible colegir que por un mismo servicio se declaren dos relaciones laborales distintas, tampoco puede la Sala entrar a analizar la existencia de solidaridad, pues su declaración no fue solicitada en la demanda, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia con el fin

de imponer condenas respecto de Luis Bernardo Villegas Giraldo y Andrés Felipe Villegas Aguirre.

En gracia de discusión, no sobra recordar que en la comunicación del 19 de diciembre de 2014, mediante la cual la demandante puso fin al vínculo laboral, manifestó que fue contratada para realizar actividades laborales como Gerente del restaurante de nombre Kiyó y aceptó así que este fue su empleador.

## **2. Del extremo inicial de la relación laboral**

Refiere la demandante en la apelación que debió declararse como extremo inicial el 20 de febrero de 2014, pues conforme a correos electrónicos se prueba que prestó sus servicios personales con anterioridad a la creación de Kiyó S.A.S.

Sobre el particular, conviene señalar que los correos electrónicos a los que hace referencia la demandante, uno fue enviado el 20 de febrero de 2014 por Hugo Buitrago a Andrés Villegas y Luis B Villegas con copia a la promotora del juicio, en el que se indica que *“veo con buenos ojos la tarea que se viene adelantando, por esto se hace necesario tener una reunión formal entre Andrés y Ángela para hacer un empalme completo de toda la información; así Ángela puede finalizar el plan de trabajo y las estrategias. Ángela por favor vas avanzando con todos los temas y vamos compartiendo las opiniones y hacemos seguimiento”* (f.º 29).

El otro correo, data el 10 de abril de 2014 y aparece enviado por Ángela Caicedo a [jbvillegas@etb.net.co](mailto:jbvillegas@etb.net.co) al señor Andrés Felipe Villegas, allí se indica como asunto - cuenta de cobro - y se lee: *Buenos días señores, les envió las dos cuentas de cobro, la de marzo corregida con el Villarán y la de este mes”* (f.º 30).

Frente a esos instrumentos, se considera que estos medios probatorios no tienen la entidad suficiente de corroborar que la accionante prestó sus servicios a los demandados desde el 20 de febrero de 2014.

Ello, por cuanto el primer email es enviado por una persona que no fue vinculada al proceso y respecto de la cual no se probó la relación que sostuvo con los demás demandados, porque si bien en el escrito introductorio se indicó que era socio de estos, tal circunstancia no se encuentra acreditada.

En el mismo sentido, el segundo correo no puede ser tenido como prueba de la prestación del servicio, pues fue enviado por la demandante y es un axioma del derecho que nadie puede crear su prueba en beneficio propio. Con todo, no aparece constancia de recepción, aceptación o respuesta por parte de los demandados del mensaje electrónico.

Paralelamente, la Sala no cuenta con elementos de convicción que le permitan concluir que con anterioridad a la fecha declarada por el juzgado, la demandante prestara sus servicios a los encartados de manera continua, pues nótese que la única testigo solo hace referencia al periodo en que la actora fungió como administradora de Kiyos S.A.S.. Así las cosas, no hay lugar a modificar el extremo inicial declarado en primera instancia.

### **3. De la notificación del estado de embarazo y la terminación del contrato de trabajo**

Argumenta la activa que el estado de embarazo fue notificado a los demandados y en primera instancia no se tuvo en cuenta la incapacidad otorgada por medicina general que obra a folio 28, la cual fue entregada al empleador, lo que ese acredita con la firma de Alexander Gutiérrez y el sello de Kiyos S.A.S, con lo que se demuestra que el empleador si conocía de su estado de gravidez y eso determina las situaciones jurídicas contenidas en la carta de finalización del contrato de trabajo.

Sobre el particular, basta señalar que los documentos de folios 27 y 28, contentivas de las incapacidades médicas prescritas por la Fundación Santa Fe de Bogotá por dos días a partir del 25 de noviembre de 2014 y

por siete días a partir del 27 de noviembre de 2014, si bien presentan sello de Kiyó S.A.S. y firma de Alexander Gutiérrez, no contienen fecha de radicación, en consecuencia, la Sala considera que no está probado en qué fecha la accionante dio a conocer al empleador su estado de gravidez y esta es una circunstancia que no puede presumirse, ni siquiera en alcance a la carta de terminación del contrato que tampoco presenta fecha de radicación (f.º 21 y 22).

De otro lado, frente a la inconformidad de la actora referente a la falta de certeza de quién es Alexander Gutiérrez, que en su parecer es el administrador, lo cual se prueba con los distintos documentos que no fueron tachados de falsos o desconocidos por la curadora con pleno conocimiento de una de las personas naturales demandadas, se advierte que en efecto es cierto tal como se indica en el recurso, al contestar la demanda en representación de Villaran S.A.S. y Luis Eduardo Villegas Giraldo, la curadora *ad litem* manifestó que lo hacía “*con apoyo en la información verbal suministrada por el representante legal de VILLARAN S.A.S.*” (fº 95) y al dar respuesta en nombre de Kiyó S.A.S. y Andrés Felipe Villegas expuso que lo efectuó “*con base en información verbal que suministrara con anterioridad por el representante legal de la citada Empresa*”. Asimismo, envió correos electrónicos a los demandados comunicándoles su designación y solicitándoles establecer contacto con ella para que aportaran pruebas que estimaran pertinentes y unos de los emails, se lee que se concertó una reunión con el demandado Andrés Felipe Villegas que no se realizó porque el demandado no se presentó (f.º 103 y 132 y 133).

No obstante las anteriores circunstancias, no puede desconocerse que la curadora *ad litem* aunque actuó en defensa de los demandados en virtud de su designación legal realizada por el juzgado, quien no tiene la facultad de confesar por ellos y, menos de realizar tachas o desconocer documentos cuyo origen no le consta, facultades que no se confieren por el hecho de tener un aparente acercamiento para la defensa de sus intereses, ni por haber aceptado una serie de hechos al contestar la demanda.

Sobre el particular, tuvo la oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2463-2016, recordada en SL3227 de 2019, al indicar:

*“No puede perderse de vista que según el artículo 46 del C. de P. C. el curador ad litem está facultado “para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio.”*

*En esa misma tónica el numeral 1º del artículo 195 ibidem estipula que la confesión requiere “Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado”(negritas de la Sala). Ante esta última exigencia, es evidente que si el curador no tiene potestad para disponer del derecho en litigio, como se dijo atrás, sus declaraciones al contestar la demanda no pueden tenerse como confesión.*

*A esa misma conclusión llegó la Sala de Casación Civil de esta Corporación en fallo del 26 de enero de 1977, donde dijo:*

*“El curador ad litem, ‘no tiene calidad de representante legal de la persona respecto de la cual ejerce las funciones de curador ad litem y como cuando no se trata de una confesión sobre un hecho propio o personal de quien la hace, la ley sólo le otorga validez en ciertas condiciones a la confesión que hace, entre otras, el representante legal de una persona, o sea quien por ministerio de la ley en forma general y permanente tiene en juicio y fuera de juicio la representación de otro, es claro que las aseveraciones o declaraciones que al contestar la demanda hubiese hecho el curador ad litem no tienen la calidad de confesiones en relación con el demandado del cual es curador ad litem, no perjudican a aquél y no forman por consiguiente, plena prueba en contra del dicho del demandado.” CSJ SL del 9 de noviembre de 2005, No. 26199.*

Así las cosas, el argumento de apelación de la parte actora no conduce a la Sala a modificar la decisión de primera instancia.

#### **4. Del carácter salarial del bono**

Controvierte la promotora del juicio que los desprendibles de pago dan cuenta de la cancelación de un bono de carácter periódico, reconocido por un valor de \$1.200.000, entre tanto, los demandados no desvirtuaron que no tuviera naturaleza salarial a efectos de liquidar las condenas impuestas.

Al punto, se tiene que en primera instancia se determinó como salario percibido por la demandante la suma de \$3.800.000, al haber sido

la base de cotización para efectuar los aportes a seguridad social, lo cual no luce descabellado en relación al planteamiento esbozado en el escrito introductorio, pues la libelista no refirió en la demanda haber percibido un bono por la suma de \$1.200.00 y menos se planteó el problema jurídico de establecer si el mismo tenía carácter salarial. En consecuencia, la Sala no puede entrar a realizar ahora dicho análisis, en atención a que las facultades ultra y extra *petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segundo grado, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, además no puede sorprenderse a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, no hay lugar a verificar si la suma de \$1.200.000 que alega la accionante le fue cancelada tiene carácter salarial. Con todo, precisa la Sala que la activa apenas trajo a folio 32 un comprobante de pago de "*bonificación mera liberalidad octubre 2014*", no obstante, no realizó ningún esfuerzo probatorio por demostrar que este pago retribuyó la prestación del servicio y, por ende, debía ser considerado como salario.

De conformidad con las consideraciones expuestas y atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

## V. DECISIÓN

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

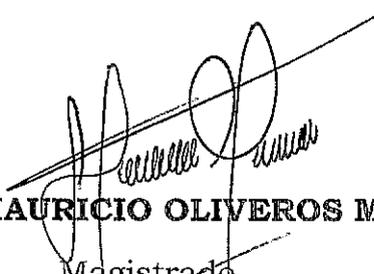
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

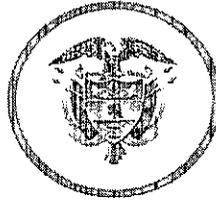
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 008 2019 00110 01  
**DEMANDANTE:** WILSON GONZÁLEZ CELORIO.  
**DEMANDADO:** FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES  
NACIONALES DE COLOMBIA.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de junio de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que fue despedido de forma unilateral y sin justa causa por su empleador Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En consecuencia, se condene a la demanda a reconocer y pagar pensión sanción a partir del 7 de noviembre de 2015, los intereses moratorios, la indexación, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 20 de octubre de 1980 se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido a Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para desempeñarse como obrero del departamento de vías; que el último cargo ejecutado fue el de celador de patios en la estación de Buenaventura. Refirió que el 28 de julio de 1991, luego de haber laborado por espacio de 10 años, 5 meses y 4 días, fue

despedido por la supuesta pérdida de mercancías que estaban bajo su cuidado, sin embargo, la entidad jamás constató mediante proceso interno disciplinario que hubiese infringido sus deberes laborales, tampoco le fue aplicada la escala de faltas y sanciones al trabajador contenida en el capítulo sexto del reglamento interno de trabajo (f.º 2 a 24).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Señaló que el accionante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión reclamada como quiera que no fue despedido de manera injusta y la decisión de la entidad se basó en el incumplimiento por parte del trabajador de varias normas del reglamento interno de trabajo.

En su defensa, propuso las excepciones de falta de cosa juzgada, la prescripción y la inexistencia de las obligaciones reclamadas (f.º 197 a 205).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de junio de 2020, absolvió a la demanda de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 221).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada logró demostrar que el finiquito laboral del accionante obedeció a una justa causa y que al no ser el despido una sanción, no es necesario adelantar ningún tipo de proceso previo.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que en el reglamento interno de trabajo se encuentra establecido el trámite que Ferrocarriles Nacionales debió adelantar previo al despido, como no acreditó haberlo surtido, el despido es injusto, por lo que hay lugar al reconocimiento de la pensión, pues la única prueba que se allegó fue un boletín que no da cuenta de las actuaciones previas.

Igualmente, refirió que entre la comisión de las faltas y la terminación del contrato mediaron más de dos años por lo que no se observó el requisito de inmediatez.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde determinar si el despido del actor fue “*injusto*” al no haberse adelantado el procedimiento previo previsto en el Reglamento Interno de Trabajo; en consecuencia, si tiene de derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Para dilucidar el asunto, se precisa que no es materia de discusión en esta instancia que el demandante estuvo vinculado laboralmente a Ferrocarriles Nacionales de Colombia a partir del 20 de octubre de 1980 hasta el 28 de julio de 1991, esto es, por espacio de 10 años, 5 meses y 4 días, cuando la empleadora decidió poner fin al vínculo de manera unilateral, pues así se encuentra consignado en Resolución n.º 2064 del 16 de octubre de 2018 (f.º 21 y 22).

##### **1. Del despido.**

En este caso se encuentra probado que la Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Boletín de Personal n.º 001161 del 1º de agosto de 1991 (f.º 119), terminó el contrato de trabajo al demandante en los siguientes términos:

*“MOTIVO: CANCELACIÓN CONTRATO DE TRABAJO*

*POR VIOLAR EL art.,42 NUMERAL -5º Y art.35 Numeral -1º DEL Reglamento General de Trabajo, de conformidad con el ART.*

*48 Numeral 4.º del Decreto 2127 de 1945. Calificación Expediente SG1.2.0035 Adelantado por Supervisión Administrativa. Oficio. No.1377 julio 2/91 del Jefe de Transportes”*

Ahora, al remitirse esta Colegiatura al contenido del Reglamento Interno de Trabajo de la extinta Ferrocarriles Nacionales (f.º 139 a 169), se aprecia que en su artículo 44, se estableció el procedimiento *“para la imposición de la sanción de despido”* en los siguientes términos:

*“a).- Notificado el Administrador de la Empresa de la comisión de la falta, ordenará si no lo puede hacer personalmente que se adelante por escrito, la correspondiente investigación;*

*b).- Perfeccionada la investigación citará a su despacho al inculpado a quien oirá los descargos que tenga a bien formular, practicará las diligencias que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos y dictará la providencia del caso.*

*De la providencia que se dicte y por medio de la cual se imponga la sanción el trabajador podrá apelar ante el Administrador General, el cual resolverá el recurso con vista en la actuación adelantada*

Pues bien, el demandante a folios 129 a 131, aportó al proceso copia de petición elevada a Ferrocarriles Nacionales en el año 1994, en la que en el acápite de hechos narra que fue desvinculado y cita el Acto Administrativo mediante el cual se concretó la orden, además, señala que la misma obedeció a *“la pérdida de cierta mercancía que nunca me fue entregada, ni inventariada y el cual fue sustraído según el decir por personas ajenas cuando me encontraba en el desempeño de mis funciones como celador de patrios estación Buenaventura.”*

Asimismo, indica en dicha misiva que *“dentro del expediente administrativo no se practicaron todas las pruebas ordenadas en el Auto Cabeza de Proceso como fueron escuchar los testimonios de los otros celadores que me acompañaban en el turno de la noche cuando sucedieron los hechos”* y expuso que no había dentro del expediente prueba sumaria para que la administración hubiese tomado la decisión unilateralmente. También refirió que *“que a pesar que dentro del proceso disciplinario no figura fundamento legal y jurídico, siendo de más que este fue llevado al*

*comité de personal y por parte del Gerente Divisionario de la División pacífico se confirmó dicha terminación.”*

Paralelamente, obra en el plenario obra la respuesta del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia - División de Prestaciones Económicas, quien, mediante misiva de 18 de octubre de 1994, contestó la petición del actor informándole que el trámite administrativo se encontraba debidamente diligenciado, además le puso de presente que cualquier reclamación debía adelantarse ante la justicia ordinaria (f.º 132).

Bajo ese panorama probatorio, se colige que el empleador sí adelantó el trámite administrativo dispuesto en el Reglamento Interno de Trabajo para proceder con el despido del demandante, como quiera que en la apelación no se menciona un error en su trámite, sino la inexistencia del mismo, por lo que no hay lugar a revocar la decisión de primera instancia.

## **2. Del trámite previo para trabajadores sindicalizados.**

También argumenta el actor en la apelación que no se efectuó el específico trámite previsto para el despido de los trabajadores sindicalizados.

Sobre el particular, se advierte que el artículo 47 del Reglamento Interno de Trabajo (f.º 147) señala que cuando se trate de trabajadores amparados por fuero sindical de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 6º de 1945, el contrato sólo podrá ser terminado por la empresa o el trabajador sancionado con el despido, en los términos del párrafo 1º, del citado artículo.

No obstante, el promotor del juicio incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, dado que no demostró que para el momento en que se produjo la terminación unilateral del contrato de trabajo ostentara la calidad de trabajador aforado por ser miembro de una organización sindical que se hubiere constituido en los tres meses

anteriores o porque para la época hacía parte de la junta directiva de una organización sindical, por tal motivo, resulta inocuo verificar si Ferrocarriles Nacionales de Colombia solicitó la autorización correspondiente para despedirlo. Así las cosas, tampoco este argumento está llamado a prosperar.

### **3. De la falta de inmediatez en el despido y reincidencia en comisión de faltas.**

Aduce el actor en otro punto de apelación que no hubo inmediatez entre el momento en que se cometieron las faltas y la finalización del contrato, por lo que esta deviene en injusta. Precisa que, si bien las faltas fueron reiteradas, ello sucedió dos años antes de la terminación del contrato. Además, que la pérdida de mercancía aducida como causal de despido no se dio y mal podría tenerse esta como reiterada respecto de faltas anteriores, pues no se probaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los hechos.

Pues bien, remitiéndose nuevamente la Sala al Boletín de Personal n.º 001161 del 1º de agosto de 1991 (f.º 119), se verifica que se le imputa al actor la violación de unos artículos del Reglamento Interno, los que a manera de ilustración se transcriben:

Artículo 42 n.º 5º: *“La reincidencia en la comisión de faltas sancionadas con la suspensión”.*(f.º 147).

Artículo 35 n.º 1º; *“Cumplir el contrato de manera cuidadosa y diligente, en el lugar, tiempo y condiciones acordadas.* (f.º 145)

Artículo 48 n.º 4º Ley 2127 de 1945 *“Todo daño material causado intencionalmente a la otra parte, a los edificios, obras, maquinarias, materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o las cosas”*

Ahora, encuentra esta Colegiatura de conformidad con el documento de folio 53, que el Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales dio respuesta a requerimiento del Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, en el que informa que el demandante presentó cuatro suspensiones, la primera

entre el 19 y 20 de abril de 1982; la segunda, por los días 20 y 21 de diciembre de 1988; la tercera, desde el 26 de septiembre hasta el 15 de octubre de 1989 y la cuarta, entre el 25 de abril y el 30 de junio de 1990.

De conformidad con los boletines visibles a folios 120 a 127, las mencionadas suspensiones se dieron porque el trabajador se ausentó en horas hábiles de trabajo, por no informar su impedimento para prestar el servicio, el maltrato a los elementos de trabajo, el irrespeto al superior inmediato y la negligencia en el desempeño de sus funciones.

Así las cosas, no queda duda que se configura la causal invocada para despedir prevista en el n.º 5º: del artículo 42 del Reglamento Interno de Trabajo, relacionada con *“La reincidencia en la comisión de faltas sancionadas con la suspensión”*, pues antes de que la entidad decidiera finiquitar el contrato de trabajo el actor había cometido 4 faltas que ameritaron su suspensión.

En cuanto a la inmediatez alegada, se advierte que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL18110-2016, puntualizó que:

*“Ahora bien, en lo que tiene que ver con la extemporaneidad del despido -punto (i)-, conviene recordar que esta Corporación, ha sostenido de forma pacífica que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, toda vez que aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación este invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede olvidarse que entre las causas que le dan origen y la determinación de despido que se adopte, no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y que de no proceder el empleador a despedir a su trabajador de forma inmediata o dentro de un término prudencial, en sana lógica se entenderá que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta.”*

En el presente asunto se corrobora que el despido se dio con ocasión de una nueva falta cometida por el demandante, que ameritó se adelantara el correspondiente proceso administrativo previsto en el Reglamento Interno de Trabajo y como quiera que la causal prevista en el artículo 42

n.º 5º se refiere a la reincidencia, no se hace necesario que entre una falta y la otra no haya mediado un espacio de tiempo considerable, pues lo que se sanciona es que el trabajador vuelva a adelantar conductas que ameriten suspensión. Así las cosas, tal como se acepta en el recurso y se encuentra probado en el expediente, el promotor del juicio reincidió en conductas sancionadas con suspensión y, ello de suyo, hace que se encuentre demostrada la justa causa para despedir prevista en la norma interna de trabajo, por lo que resultó acertada la conclusión a la que llegó el juzgado de conocimiento al absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia absolutoria analizada.

No se causan costas en la instancia.

## **V. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de junio de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las consideraciones expuestas en precedencia.

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

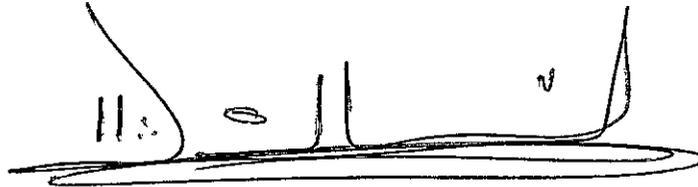
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada

Proceso ordinario rad. n.º 110013105 008 2019 00110 01