

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0055-2021

Radicado N° 12-2012-00592-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **NATALIA GARZÓN ABRIL**, en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre la demandante y el CONSORCIO OCCIDENTAL conformado por **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S.**, **HYH ARQUITECTURA S.A.** y **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.**, existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 09 de marzo de 2010 al 30 julio de 2011, condenó a las sociedades consorciadas a pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, absolvió a las demandadas, entre ellas al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU** y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, de las demás pretensiones y condenó en costas a las sociedades consorciadas (fl. 361, 57:02 cd fl. 360).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 80 a 89).**

NATALIA GARZÓN ABRIL solicitó declarar que existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada con el CONSORCIO

OCCIDENTAL del 09 de marzo de 2010 al 30 de julio de 2011 y declarar la responsabilidad solidaria de las sociedades consorciadas y del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU** como beneficiario del servicio del contrato de obra IDU 029 de 2009; en consecuencia, condenar al pago de los salarios de julio de 2011, prestaciones sociales de 2011, vacaciones causadas durante la relación laboral, indemnización moratoria, condenas ultras y extra *petita*, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el CONSORCIO OCCIDENTAL fue conformado por **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S.**, **HYH ARQUITECTURA S.A.** y **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.** Señaló que el precitado Consorcio y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU** celebraron el contrato de obra IDU 029 de 2009. Aseguró que el Consorcio la vinculó mediante contrato de trabajo por obra o labor determinada, a fin de dar apoyo en la ejecución del plan de gestión social conforme los lineamientos del **IDU**, con un salario de \$1.050.000. Manifestó que desde enero de 2011, el Consorcio se retrasó en el pago del salario, momento en el cual solicitó licencia no remunerada por una semana, tras lo cual se le informó que el empleador tenía en mora en el pago de aportes a salud, motivos por los cuales renunció el 11 de julio de 2011 y requirió el pago del salario de dicho mes y la liquidación, posteriormente; que el 11 de agosto de 2011, solicitó al consorcio la carta de autorización para el retiro de cesantías y el pago de las demás acreencias, a lo cual contestó el Consorcio que el pago se realizaría de 1 a 20 días hábiles, lo cual no ocurrió, por lo cual radicó un derecho de petición el 06 de septiembre de 2011, el que no le fue contestado, ante lo cual el 12 de septiembre de 2011, informó al CONSORCIO INTERVIAL 09 el no pago de sus derechos y el 29 de septiembre de 2011, remitió queja al **IDU** mediante correo electrónico a fin que la Entidad exigiera el pago a su contratista, pese lo cual el **IDU** contestó el 11 de noviembre de 2011, que no tenía ninguna injerencia en dicha situación.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

HYH ARQUITECTURA S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO OCCIDENTAL; que el **IDU** fue beneficiario de contrato de obra y que dicho Consorcio contrató a la demandante. Indicó que su participación consorcial fue del 20% y que a ello se limita; que conformó el consorcio para celebrar el contrato de obra de construcción de andenes; que la demandante confesó que su empleador era el Consorcio y no la sociedad como tal y que no le constan hechos relativos a dicha presunta relación. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, compensación, límite de responsabilidad y buena fe (fl. 224 a 231).

Mediante auto del 15 de marzo de 2016, se ordenó el emplazamiento de **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S.** (fl. 266), tomando posesión la *curadora ad litem* el 31 de marzo de 2016 (fl. 271), quien contestó la demanda y manifestó atenerse a que resulte probado, indicó que no le consta ningún hecho y no interpuso excepciones (fl. 272).

Mediante auto del 04 de diciembre de 2017 se ordenó el emplazamiento de **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.** (fl. 345), tomando posesión el *curador ad litem* el 07 de diciembre de 2017 (fl. 344), quien contestó la demanda y manifestó no aceptar ni oponerse a las pretensiones, aceptó los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO OCCIDENTAL, la suscripción del contrato de obra 029 de 2009 con el **IDU** y la contratación de la demandante interpuso la excepción genérica (fl. 350 a 351).

El **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO OCCIDENTAL, que celebró con éste el contrato de obra 029 de 2009 y que recibió y contestó queja de la demandante. Indicó que el objeto del contrato de obra 029 de 2009, la realización de obras para la construcción de andenes correspondiente al proyecto código de obra 410 del Acuerdo 180 de 2005, obligándose

el contratista a cumplir las responsabilidades laborales del personal que contrató para la ejecución de dichas obras, así mismo, señaló que contrató la interventoría del precitado contrato con el CONSORCIO INTERVIAL 09, sin que en el expediente del contrato de obra exista indicio de reclamación laboral de la demandante, frente a quien indicó que no le constan los hechos del presunto contrato de trabajo que se alega en la demanda porque se tratan de hechos de un tercero. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, cobro de lo no debido y cobro a persona diferente a la deudora (fl. 120 a 134).

Por su parte, el **IDU** solicitó el llamamiento en garantía de **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.**, por cuanto indicó que el CONSORCIO OCCIDENTAL, como contratista del contrato de obra 029 de 2009, constituyó garantía de cumplimiento No. 20388 a favor de la Entidad, la cual ampara salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (fl. 184 a 187).

Así las cosas, **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, en su calidad de entidad absorbente de la aseguradora llamada en garantía, se opuso a las pretensiones en contra del **IDU**; aceptó como ciertos los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO OCCIDENTAL y la celebración del contrato de obra 029 de 2009; indicó que no le constan los hechos relacionados con la presunta relación laboral; que el **IDU** no fue empleador de la demandante y que no se cumplen los requisitos de la solidaridad del artículo 34 CST porque la demandante indicó que realizó gestión social y tal actividad no es propia del objeto de dicha Entidad; interpuso las excepciones de inexistencia de solidaridad por falta de nexo causal entre el presunto servicio personal y la ejecución de las obras por el **IDU**. De otra parte, se opuso al llamamiento en garantía, por cuanto si bien fue cierto que el CONSORCIO OCCIDENTAL fue tomador de una póliza y el beneficiario y asegurado fue el **IDU**, la misma solo cubre salarios y prestaciones sociales, pero no indemnizaciones, en caso de incumplimiento parcial se deduce la parte cumplida de la obligación, solo cubre los riesgos acaecidos en vigencia de la póliza y hasta por el

monto asegurado; interpuso la excepción genérica frente al llamamiento en garantía (fl. 307 a 313)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 361, 57:02 cd fl. 360).

El 12 de agosto de 2019, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la existencia de relación de trabajo entre NATALIA GARZÓN ABRIL y CONSORCIO OCCIDENTAL, conformado por GEOCONSTRUCCIONES S.A.S., HYH ARQUITECTURA S.A., CONSTRUCTORA INCA S.A.S, entre el 09 de marzo del año 2010 y hasta el 30 de julio del año 2011, mediante contrato de trabajo por obra labor. SEGUNDO: CONDENAR a GEOCONSTRUCCIONES S.A.S., HYH ARQUITECTURA S.A. y CONSTRUCTORA INCA S.A.S., de manera solidaria a pagar a favor de la señora NATALIA GARZÓN ABRIL los siguientes conceptos: a) por conceptos de salarios del mes de julio del año 2011 \$1.050.000, b) por concepto de cesantías \$612.500, c) \$42.875 por intereses de cesantías, d) primas de servicios \$612.500 pesos, e) por concepto de vacaciones \$716.041, f) por concepto de indemnización por falta de pago del artículo 65, entre el 1º de agosto del año 2011 y al 29 julio del año 2013, que son los primeros 24 primeros meses, la suma de \$19.950.000; a partir del mes 25, los intereses moratorios sobre saldo del salarios y prestaciones adeudadas, de acuerdo con el interés bancario corriente y las tasas del año del artículo 884 CCO; TERCERO: ABSOLVER a GEOCONSTRUCCIONES S.A.S., HYH ARQUITECTURA S.A., CONSTRUCTORA INCA S.A.S., miembros del CONSORCIO OCCIDENTAL, de las demás suplicas de la demanda conforme a la parte que motiva la presente decisión. CUARTO: ABSOLVER al INSTITUTO DESARROLLO URBANO IDU y la llamada en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA de todas y cada una de las suplicas de la demanda, conforme a la parte que motiva la presente decisión. QUINTO: DECLARAR no probada las decisiones formuladas por GEOCONSTRUCCIONES S.A.S, HYH ARQUITECTURA S.A. y CONSTRUCTORA INCA S.A.S., miembros del CONSORCIO OCCIDENTAL, declarar probada la excepción de falta de legitimación de la causa por parte del IDU y en consecuencia de la misma, respecto a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA. SEXTO: CONDENAR a GEOCONSTRUCCIONES S.A.S, HYH ARQUITECTURA S.A. y CONSTRUCTORA INCA S.A.S, miembros del CONSORCIO OCCIDENTAL, en costas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.200.000 pesos. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si existió un contrato de trabajo entre la demandante y el CONSORCIO OCCIDENTAL, la procedencia o no de condenar a las acreencias reclamadas y de declarar la responsabilidad solidaria conforme el artículo 34 CST de las demandadas y llamada en garantía.

Para resolver indicó que las pruebas documentales demuestran que entre la demandante y el CONSORCIO OCCIDENTAL existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 09 de marzo de 2010 al 30 de julio de 2011, el cual se supeditó a la realización del contrato de obra 029 de 2009 celebrado entre **IDU** y el CONSORCIO OCCIDENTAL, sin que exista prueba del pago de aportes luego de marzo de 2011, lo que respalda la negación indefinida de la demandante, por lo cual condenó al pago de salarios y prestaciones sociales; condenó al pago de la indemnización moratoria ya que el CONSORCIO OCCIDENTAL manifestó ante el **IDU** que había pagados sus obligaciones laboral cuando en la realidad no las canceló, a pesar de los requerimientos efectuados; declaró la responsabilidad solidaria de las sociedades consorciadas en virtud del artículo 7 de la Ley 80 de 1993; negó la condena a la responsabilidad solidaria del **IDU**, por cuanto el artículo 34 CST exige que la actividad del trabajador contratista sea propia del giro ordinario de los negocios del contratante, al ser una necesidad propia ligada a la explotación del objeto social del contratante, presupuesto que no se cumplió porque las actividades que realizó la demandante como auxiliar social son complementarias más no inherente a la construcción de obras de desarrollo urbanístico que es la función propia del **IDU**.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **NATALIA GARZÓN ABRIL** solicitó declarar la responsabilidad solidaria del **IDU** y subsecuente condena a la llamada en garantía. Indicó que las actividades que desarrolló la demandante fueron conexas y necesarias para el cumplimiento integral del objeto del contrato de obra 029 de 2009, al punto que la gestión social se

determinó expresamente en el precio del contrato, las obligaciones del contratista reconocen expresamente dar cumplimiento al pliego de condiciones en materia ambiental y social, al punto que la actividad del **IDU** estaría incompleta de no desarrollarse el componente social, recalando que la jurisprudencia de la H. CSJ no impone que las actividades coincidan sino que sean afines a la actividad u objeto social del contratante, tal y como ocurrió en el caso concreto¹ (57:02 cd fl. 360).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó que se resuelva favorablemente el recurso de apelación, por cuanto las actividades que desarrolló la demandante son conexas y necesarias para el cumplimiento del contrato 029 de 2009, siendo que

¹ Su señoría, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia, en lo que respecta a la absolución que profiere el despacho hacia el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, y hacia el llamado en garantía, así como la declaratoria de probada de la excepción de falta de legitimación, en el entendido de que es más que claro que si existe la solidaridad laboral que se predica en el artículo 34 CST, en cuanto a que las actividades que desarrollaba la señora NATALIA GARZÓN son conexas y necesarias para el desarrollo integral del objeto del contrato 029 del año 2009, tan es así que la actividad de gestión social es extremadamente necesaria y va completamente ligada al desarrollo del objeto del contrato, como quiera que en el mismo documento se contempla, en la cláusula segunda del valor del contrato, el componente que se describe de la siguiente manera “valor global para la gestión social por la suma de \$170.062.029”, seguidamente, se habla en el mismo contrato del valor global de la gestión social, desarrollando la cláusula tercera sobre la forma de pago indicando lo siguiente “se pagara a precio global fijo este valor, será dividido en el número de meses de la etapa de construcción y se pagará una parte en cada acta mensual”, lo cual indica claramente que la actividad de gestión social, en la cual era participe la señora NATALIA GARZÓN como auxiliar de gestión social, era necesaria y conexas al desarrollo del 100% del objeto del contrato 029 del 2009, previa valoración, continuó diciendo el artículo “previa valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la interventoría (en este caso la desarrollaba un tercero), conforme a lo indicado en el apéndice ambiental” Igualmente, nuevamente aparece el componente de gestión social, discriminado en las obligaciones del contratista que están en el numeral 12 del contrato 029 del 2009, en su numeral 3 literal e), cuando señala lo siguiente “el contratista deberá cumplir con las obligaciones contenidas en el apéndice f) del pliego de condiciones”, 4 permiso para el movimiento de maquinaria y transporte carga indivisible, extra pesada y extradimensionada por la malla vial de Bogotá, e) obligaciones en materia ambiental y social y en materia de seguridad industrial y salud ocupacional dice “primero, dar estricto cumplimiento a lo establecido en la guía ambiental adoptada por el IDU, la cual deberá ser solicitada en la dirección técnica coordinadora del IDU o consultar en la página web del instituto y lo establecido en el pliego de condiciones en materia ambiental y social, en especial en lo dispuesto en el apéndice ambiental”. Seguidamente, es clarísimo de que el componente de gestión ambiental es una situación inherente a la estructura de los contratos que se deben desarrollar con el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO en materia de obra pública, lo cual indicaría que de no desarrollarse este componente, la actividad total del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, como se describe el acuerdo a lo expresado por el despacho, sería incompleta y no cumpliría su propósito y beneficio final. Su señoría, en ese orden de ideas concluyo indicando que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado que el verdadero empleador contratista independiente en este caso, no se trata de solamente que cumpla idénticas labores a las que desarrolla, quien recibe el beneficio de la obra, de alguna manera es necesario que esas actividades coincidan con el fin o el propósito que busca el empresario contratista, en otras palabras, que sean afines a la actividad u objeto social que desarrolla el contratante. En ese orden de ideas, su señoría, presento los reparos concretos a la parte adversa de la sentencia impartida por este despacho.

la gestión social es inherente a los contratos que debe desarrollar el **IDU** por obra pública, por lo cual si se cumplen los requisitos del artículo 34 CST; de otra parte, la demandada **IDU** otorgó poder a la Dra. Gisele Brigitte Bellmont, identificada con CC 1.030.548.530 y TP 189.778 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien solicitó confirmar la sentencia porque no se cumplen los requisitos para declarar la responsabilidad solidaria del artículo 34 CST, por cuanto la labor de la demandante resulta extraña a las actividades propias del giro misional del Instituto contratante, por cuanto el **IDU** no tiene como misión realizar actividades de gestión social. Agotado el término legal, las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si se configuró la responsabilidad solidaria del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU** en calidad de beneficiario de la obra y la subsecuente responsabilidad de la compañía de seguros llamada en garantía, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i*) el CONSORCIO OCCIDENTAL fue conformado por las sociedades **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.**, **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S.** y **HYH ARQUITECTURA S.A.** (fl. 39, 232 a 233); *ii*) entre el CONSORCIO OCCIDENTAL y **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU**, el primero como contratista y el segundo como contratante, se celebró en contrato por obra 029 de 2009 (fl. 188 a 211); *iii*) entre el CONSORCIO OCCIDENTAL y la

demandante **NATALIA GARZÓN ABRIL** se celebró contrato de trabajo por obra o labor determinada, en virtud del cual se vinculó a la demandante como auxiliar social (fl. 12 a 15); *iv*) la demandante presentó renuncia motivada el 30 de julio de 2011 (fl. 17).

- Acerca de la Responsabilidad Solidaria Entre Contratista y Contratante Conforme el Artículo 34 CST.

El artículo 34 del CST consagró que será un verdadero empleador el contratista independiente, definiendo al mismo como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos y su realización con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Adicionalmente, el precitado artículo estableció que, si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, salvo cuando la labor de los trabajadores del contratista sea extraña a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho aquellos trabajadores.

La H CSJ indicó en la sentencia SL Rad. Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, que no basta para el surgimiento de la precitada responsabilidad solidaria que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio corresponde a una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico, esto es, que haga parte del giro ordinario de sus negocios. Por su parte, en la sentencia SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta considerar el objeto social del contratista y el beneficiario, por cuanto debe analizarse si la actividad del trabajador puede catalogarse en el giro ordinario de los negocios del contratante, por cuanto si se trata de actividades ajenas a las que explota el dueño de la obra se desvirtúa la responsabilidad solidaria, tal y como reitero la Corporación en

sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró que entre la demandante y el CONSORCIO OCCIDENTAL, conformado por **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S.**, **HYH ARQUITECTURA S.A.** y **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.**, existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 09 de marzo de 2010 al 30 julio de 2011, condenó a las sociedades consorciadas a pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, absolvió a las demandadas, entre ellas al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU** y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, de las demás pretensiones y condenó en costas a las sociedades consorciadas.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó declarar la responsabilidad solidaria del **IDU** y subsecuente condena de la llamada en garantía. Indicó que las actividades que desarrolló la demandante fueron necesaria y conexa para el cumplimiento integral del contrato de obra 029 de 2009, que la actividad del **IDU** estaría incompleta de no desarrollarse el componente social y que la jurisprudencia de la H. CSJ no exige que las actividades sean idénticas sino afines a la actividad y objeto social del contratante.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, el artículo 34 CST estableció que el contratista independiente será verdadero empleador de sus trabajadores, no obstante, cuando el contratante sea beneficiario del trabajo o dueño de la obra será solidariamente responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del contratista, salvo cuando dicha labor sea extraña a las actividades normales de la empresa o negocio del contratante.

Respecto la naturaleza y alcance de dicha solidaridad, la H. CSJ ha indicado que la misma no surge con el mero hecho de que el contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio es una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico y que haga parte del giro ordinario de sus negocios, al punto de coincidir con el fin o propósito que busca el empresario y contratista, siendo que sin las actividades del contratista la empresa principal no podría trabajar o le sería imposible cumplir su finalidad, tal y como ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL Rad. Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

En el caso bajo estudio, la **DEMANDANTE** solicitó declarar la responsabilidad solidaria del **IDU** en los términos del artículo 34 CST, por cuanto indicó que la actividad que desarrolló de gestión social fue necesaria y conexa para el cumplimiento integral del contrato de obra 029 de 2009, por lo cual la actividad del **IDU** estaría incompleta sino se desarrolla el componente social, a la vez que la jurisprudencia de la H. CSJ no exige que las actividades sean idénticas sino afines.

Al respecto, debe considerarse que el Acuerdo distrital 19 de 1972 y el Decreto distrital 980 de 1997 establecieron las funciones del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU**, llamando la atención que se le asignó a dicha Entidad la ejecución de obras públicas de desarrollo urbanístico y las operaciones para la distribución, asignación y cobro de las contribuciones de valorización y pavimentación, así mismo, el **IDU** asumió algunas funciones de la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DE BOGOTÁ, en lo relativo a la participación en la fijación de políticas y planes de obras públicas, realizar proyectos y construcción de obras, mantener el inventario de estado de vías, parquees, puentes peatonales y vehiculares, mantener una base de costos de construcción de obras públicas, entre otras.

Para el cumplimiento de las anteriores funciones, el numeral 2 del artículo 2 del Decreto Distrital 980 de 1997 autorizó al **IDU** para realizar, directamente o por contrato, los proyectos, diseños y construcción de las obras en concordancia con el Plan de Desarrollo Económico, Social y de Obras Públicas del Distrito Capital, sin embargo, ni el Acuerdo distrital 19 de 1972 y el Decreto distrital 980 de 1997 establecieron como parte de las funciones del **IDU** la ejecución de acciones relacionadas con la gestión social necesaria para el desarrollo de las obras ejecutadas o contratadas por dicho instituto, actividad que por ende no hace parte del giro ordinario de los negocios de dicha Entidad.

No desconoce la Sala que el principio de economía de la contratación estatal conllevó a que el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, estableciera que cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer el impacto social, económico y ambiental del proyecto, sin embargo, tal requisito no puede interpretarse para concluir que hace parte del giro ordinario de los negocios del **IDU** la gestión social de las obras contratadas, por cuanto la realización del impacto social de las obras es una exigencia social que se impone a todas las entidades contratantes públicas de forma abstracta e impersonal en virtud de un mandato general, sin que por ello se hubiera modificado las funciones, competencias y misión de cada entidad individualmente considerada.

Así las cosas, si bien el desarrollo del contrato de obra 029 de 2009, estableció como parte del objeto contractual y del precio la gestión social, requisito necesario para adelantar dicho proceso contractual conforme el principio de economía en virtud del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no por ello se puede inferir que el **IDU** tiene como misión realizar la gestión del impacto social de la obra, actividad que no fue consagrada como una función propia de dicha Entidad en las normas distritales que definen su competencia y misionalidad.

En consecuencia, no se cumplen los requisitos para acceder a la petición de la parte apelante de declarar la responsabilidad solidaria del **IDU** como beneficiario de la obra, por cuanto se reitera que la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha determinado que para aplicar dicha figura consagrada en el artículo 34 CST, se debe demostrar que el servicio prestado por el trabajador del contratista corresponde a una función propia de las actividades del contratante vinculada directamente con su objeto económico y que haga parte del giro ordinario de sus negocios, presupuesto que no se cumple en el caso concreto, por lo cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0053-2021

Radicado N° 05 2017 00479 01

Bogotá D.C. veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada prestaciones sociales, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y otros emolumentos.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARTHA PATRICIA MOSQUERA PINILLA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 24 de marzo de 2011, que como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada al pago de

salarios, cesantías, intereses a las cesantías, auxilios, prima de servicios, sumas de dinero pactadas en acta de compromiso, aportes a seguridad social, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 24 de marzo de 2011, se vinculó laboralmente con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de secretaria asistente; que devengaba la suma mensual de \$872.320 y cumplía horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde; que el día 12 de febrero de 2015, le prohibieron el ingreso a las instalaciones de la demandada sin razón alguna y sin que se formalizara terminación alguna del contrato; que para esta fecha el empleador ya le adeudaba varios salarios y la liquidación del contrato. Aduce que en el mes de noviembre de 2015, la llamaron de la Universidad para que se vinculará nuevamente con ellos; que la demandada la afilió a Seguridad Social, pero en algunos meses no realizó el pago de los aportes correspondientes; que se le adeuda el valor de las prestaciones y vacaciones causadas; que ante el incumplimiento se vio obligada a presentar renuncia a partir del 29 de marzo de 2016, y que suscribió el acta de compromiso N° 0312 en la que se transaron las diferencias existentes con la Universidad demandada en la suma de \$20.162.034.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral y que adeuda algunas prestaciones a la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de buena fe, cobro de lo no debido, compensación y prescripción (fls. 121 a 129).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 5 de septiembre de 2019, condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y otros emolumentos. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR a la FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN a pagar a la señora MARTHA PATRICIA MOSQUERA PINILLA, los siguientes conceptos: 1) \$15.076.836 por concepto de salarios insolutos; 2) \$3.085.904 por concepto de auxilio de cesantías; 3) \$370.308 por concepto de intereses sobre las cesantías; 4) \$1.027.000 por concepto de prima de servicios de 2014; 5) \$391.600 por concepto de auxilio de transporte insoluto; 6) \$3.791.909 por concepto de indemnización por despido injusto; 7) \$12.156.998 por concepto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; 8) Las anteriores condenas deberán ser indexadas teniendo en cuenta como IPC inicial, el del mes de marzo de 2016 y como IPC final, el del mes anterior a la fecha en que se realice el pago, sin que esto signifique doble pago por un mismo concepto toda vez que se liquidó en una suma líquida de indemnización moratoria que no ha generado más días de retardo, por tanto debe procederse a su corrección monetaria, previendo las voces que digan que aquí se está condenando dos veces por lo mismo. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada a cancelar a favor de la demandante el valor de la deuda por aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones entre el periodo de marzo 24 de 2011 al 24 de marzo de 2016, teniendo en cuenta un salario base de cotización de \$959.552 por 2011 y 2012; \$1.027.352 por 2013; \$1.027.000 por 2014; \$1.031.552 por 2015 y 2016 y por los siguientes meses, marzo abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y diciembre de 2011, todo 2012, 2013 y 2014, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2015 y enero, febrero y marzo de 2016. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, específicamente, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por lo cual se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación. **CUARTO: COSTAS** a cargo de la demandada,

inclúyase en la liquidación de costas la suma de \$4.000.000, valor en que se estiman las agencias en derecho a cargo de la demandada”.

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el pago de los salarios y prestaciones que se reclaman en la demanda. Para resolverlo indicó que no existe controversia sobre la existencia del vínculo laboral entre las partes, que de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, la demandada no acreditó haber realizado el pago de los salarios causados entre septiembre de 2014 y noviembre de 2015, las cesantías correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015, el auxilio de transporte causado entre septiembre de 2014 y febrero de 2015, así como la prima de servicios correspondiente al año 2014, sobre estos conceptos dictó condena por la falta de prueba en el pago. También definió la procedencia del pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que no fueron cancelados durante la relación laboral, el pago de la indemnización por despido indirecto, dada la renuncia motivada presentada por la actora, y la sanción por no consignación de las cesantías.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandada solicita que se revoque parcialmente la sentencia. Para sustentar el recurso aduce que el juez no estudió la excepción de prescripción respecto de la prima de servicios del año 2014, ni de la sanción por no consignación de las cesantías del año 2013, dice además que no es procedente ordenar el pago de los salarios entre septiembre y noviembre de 2015, en cuanto en este periodo no existió prestación del servicio, que el Juez no realizó un estudio de la buena fe de la Fundación, el cual encuentra fundamento en la grave situación económica en que se encontraba para el año 2014, fecha en que debía realizar la consignación de las cesantías del año 2013. Para finalizar refirió que teniendo en cuenta la no procedencia del pago de salarios quedaría

sin sustento la renuncia motivada de la demandante y por ello no habría lugar a reconocer la indemnización por despido indirecto.¹

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada presentó sus alegaciones. Solicita que se revoque parcialmente la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia y se desestimen los argumentos expuestos en el recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

¹ *“Interpongo recurso de apelación frente a la sentencia, en los siguientes aspectos: primero en cuanto a la prima del año 2014, pues hay que tener en cuenta que mi representada formuló oportunamente la excepción de prescripción y pues esta prima prescribió en junio de 2017 y la demanda fue presentada hasta julio de 2017, de igual forma la sanción por no consignación de las cesantías del 2013 que debían ser consignadas en febrero de 2014, por lo tanto también ya pasaron tres años desde la presentación de la demanda, así que también estarían prescritas y pues además de eso alegar la buena fe de mi representada que a inicios de 2014 ya se encontraba en una crisis económica y hay que tener en cuenta que la jurisprudencia ha dicho que las crisis económicas se deben tener en cuenta como presupuestos de buena fe, en cuanto a los salarios que nos condenó a partir de septiembre de 2014 y hasta noviembre de 2015 le solicito a los honorables Magistrados que tengan en cuenta que durante estos lapsos no hubo una prestación efectiva del servicio por parte de la demandante y no fue imputable a culpa patronal sino que simplemente fue por una crisis económica, el Ministerio intervino y fue el Ministerio quien no dejó que los servicios se prestaran y por esto no es imputable a mi representada, de igual forma la renuncia de la demandante se da también por estos salarios y pues tampoco procedería una renuncia motivada, porque son de no prestación de servicio y pues por eso no procedería la indemnización por despido indirecto, en estos términos dejo presentado mi recurso de apelación”.*

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir la causación del pago de salarios insolutos, si operó o no la excepción de prescripción, y si es procedente la condena al pago de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo y la indemnización por despido indirecto.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: *i)* entre la demandada y la demandante existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de marzo de 2011 (certificación fl. 3, 15 y hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda, fl. 121); *ii)* que la demandante desempeñaba el cargo de Asistente de Secretaría Académica (fl. 3); *iii)* que entre el 15 de febrero y el 11 de noviembre de 2015, se dio una interrupción en la prestación del servicio por el proceso de vigilancia especial del que fue objeto la entidad demandada por parte del Ministerio de Educación (fl. 6); *iv)* que la demandante devengaba la suma mensual de \$959.552 en el año 2011; \$952.552 en el año 2012; \$1.027.352 en el año 2013; \$1.027.000 en el año 2014; \$1.031.552 en el año 2015; y \$1.031.552 en el año 2016 (valores definidos por el juez en la sentencia y que no fueron objeto de debate en esta instancia); *v)* que el 3 de junio de 2015, la demandante presentó reclamación a la demandada para solicitar el pago de los salarios y prestaciones dejadas de cancelar (fl. 4); *vi)* que el 29 de marzo de 2016, la demandante presentó renuncia motivada al cargo que desempeñaba desde el 30 de marzo de 2016 (fl. 16).

- Efectos de la Suspensión de la Prestación del Servicio Frente al Pago de Salarios

La parte demandante, solicitó el pago de los salarios adeudados desde el mes de septiembre del año 2014 hasta el mes de noviembre del año 2015, conceptos sobre los cuales el Juez dictó condena al considerar que la suspensión de actividades no era imputable a la trabajadora. Por su parte la demandada alega que durante dicho periodo no hubo una prestación efectiva del servicio, como quiera que la Fundación se encontraba bajo la vigilancia especial y el control ordenado por el Ministerio de Educación, situación que impidió la prestación del servicio y que no es imputable a la Universidad.

Para resolver lo pertinente, conviene precisar que el artículo 51 del CST, establece como causal para la suspensión del contrato la *“fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución”*. Frente a los efectos que dicha suspensión genera para el trabajador y el empleador, el artículo 53 del CST, establece que durante las suspensiones del contrato se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio y para el empleador la de pagar los salarios por este lapso, pero corren a cargo del empleador, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores, así mismo indica que pueden descontarse, por el empleador, los periodos de suspensión al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Frente a la causal señalada, es pertinente aclarar que deben acreditarse las circunstancias que dieron lugar a la fuerza mayor o caso fortuito; y que además, en los términos que define la norma, la prueba no se restringe a la simple ocurrencia de un suceso con tal calificativo, sino que éste debe impedir temporalmente la ejecución del contrato. En este sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3478-2017.

Ahora bien, sobre la aplicación de dichos conceptos, fuerza mayor o caso fortuito, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 11919-2017, reiteró que de vieja data, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que el caso fortuito o la fuerza mayor como un hecho imprevisible e irresistible, es decir, como el imprevisto a que no es posible resistir. Dice la Corte además, que para poder emplear la fuerza mayor o el caso fortuito como eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, el hecho que se invoca con tal calidad, no puede derivarse de modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante con el hecho.

Continúa la Corte en dicha providencia explicando que los actos del empleador y las repercusiones económicas de los mismos, no pueden calificarse como configurativas de fuerza mayor o caso fortuito, para efectos de justificar la mora o sustraerse en el pago de los salarios y prestaciones sociales, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del CST, el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas. Por ello, dice esa Alta Corporación, que no todo acto de autoridad, que impida la ejecución de un contrato de trabajo, debe clasificarse automáticamente como caso fortuito o fuerza mayor que comporte la suspensión del contrato en los términos del artículo 51 del CST.

Teniendo en cuenta el anterior soporte normativo y jurisprudencial, concluye la Sala que en el caso bajo estudio la intervención de la que fue objeto la FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN, no constituye un motivo de fuerza mayor o caso fortuito y por ello no puede entenderse la ocurrencia de la causal de suspensión del contrato, para entender que no se causó la obligación de pago de los salarios respectivos.

En efecto, si bien la demandada aduce que el Ministerio de Educación mediante Resoluciones N° 841 de enero de 2015 y 1702 de febrero de 2015, los sometió a un proceso de vigilancia especial y control, lo cierto es que dichos actos no fueron aportados al proceso para verificar su contenido y de todas formas, según se afirma por la misma entidad en el acta de reanudación de labores de folio 6, dicha intervención se dio por un “*inadecuado manejo e indebida conservación de sus rentas*”, por lo que es dable concluir que la situación que alega la demandada en el recurso como justificativa del no pago de salarios o falta de causación de los mismos, no puede definirse como fuerza mayor o caso fortuito que haya generado una suspensión del contrato de trabajo, única posibilidad en que podría estar la demandada relevada de realizar el pago de los salarios y prestaciones a su cargo.

Nótese además que la causa de la falta de la prestación del servicio no obedeció a una conducta voluntaria de la trabajadora de cesar la prestación del servicio a la entidad, sino que ésta se dio como consecuencia de los actos del empleador, que fueron los que finalmente llevaron al Ministerio de Educación a realizar la intervención respectiva.

Por lo anterior, y al no encontrar una razón legal que justifique el actuar de la demandada en este sentido, se confirmará en este punto la sentencia de primera instancia que ordenó el pago de los salarios causados entre septiembre de 2014 y noviembre de 2015.

- **Excepción de Prescripción**

Para resolver lo pertinente, los artículos 488 y 489 del CST consagraron que la prescripción de la acción para reclamar los derechos laborales se configura en un lapso de tres (3) años, contados desde el momento en que la respectiva obligación se hizo exigible, término que puede ser interrumpido por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador,

acerca de un derecho debidamente determinado, caso en el cual el término iniciará a contarse nuevamente desde la fecha del reclamo. Las anteriores disposiciones fueron reiteradas en el artículo 151 CPT y de la SS.

Revisado el expediente, se advierte que el día 3 de junio de 2015, la demandante solicitó a la demandada, entre otros, el pago de las *“cesantías e intereses de dichas cesantías a que tengo derecho con su respectivo interés moratorio y demás prestaciones sociales a que tengo derecho”*. Del contenido de este documento que aparece con firma de recibido en la misma fecha, que también fue aportado por la demandada (fl. 187) y que no fue desconocido, a juicio de la Sala se deduce con claridad que se interrumpió el término trienal previsto en las normas citadas en precedencia.

En este orden de ideas, la demandante tenía hasta el 3 de junio de 2018 para presentar la demanda, hecho que ocurrió el 19 de julio de 2017 (fl. 27), razón por la cual no operó la excepción de prescripción respecto de la prima de servicios del año 2014, que se aduce en el recurso. Precisa la Sala, frente a la prescripción de las cesantías y la sanción por no consignación de las mismas, que es una posición jurisprudencial consolidada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicar que la fecha de exigibilidad de esta prestación es la de la finalización del contrato de trabajo, motivo por el cual en el presente asunto, tampoco habría operado esta excepción. En consecuencia, se confirmará también en este aspecto la sentencia de primera instancia.

- Sobre la Sanción Por No Consignación de Cesantías a un Fondo

Para resolver este aspecto de la controversia que plantea el caso bajo estudio, el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consagra la imposición de una sanción al empleador por el

incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías de sus trabajadores a un fondo, antes del 15 de febrero del año siguiente al que se causan. Dice la norma que la sanción consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo. Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró dicha Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020 entre otras.

En el presente asunto, se deduce que con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo, esto es el 29 de marzo de 2016, la FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN se vio imposibilitada para realizar por sí misma el pago de las obligaciones contraídas con anterioridad al 10 de febrero de 2015, en virtud de la restricción que le impuso el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL a través de las medidas de intervención que adoptó sobre la demandada mediante la Resolución 1702 de 2015, en especial la prohibición de efectuar el pago de las obligaciones contraídas con anterioridad al 9 de febrero de 2015.

Así las cosas, si bien es cierto que la pasiva incurrió en mora en el pago de las cesantías de la demandante, tal omisión obedece a la prohibición de efectuar el pago de acreencias causadas con anterioridad al 9 de febrero de 2015 y a que se le impuso que toda reclamación de acreencias debía ser atendida exclusivamente en el marco de la intervención realizada por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL bajo el procedimiento de identificación de acreedores establecido, a saber, mediante la radicación de solicitudes de cobro que serían graduadas conforme la prelación legal de créditos a fin de ser satisfechas de forma progresiva por la

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, motivo por el cual se revocará la condena al pago de la sanción por consignación de las cesantías.

Finalmente y sobre la indemnización por despido que definió el juez de primera instancia, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre este punto, teniendo en cuenta que el fundamento de apelación para solicitar la revocatoria de esta indemnización, se limitó a que se revocara la decisión que ordenó el pago de salarios insolutos, como este argumento no prosperó, la Sala se releva del estudio de este aspecto de la apelación.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el literal séptimo del numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a la demandada del pago de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado *SALVAMENTO VOTO PARCIAL*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0050-2021

Radicado N° 06 2017 00217 01

Bogotá veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

KAREN LORENA TORRES DIAZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE EN LIQUIDADA Y FIDUPREVISORA COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PAR CAPRECOM LIQUIDADO, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada vigente entre el 1° de julio de 2014 y el 31 de enero de 2016, que en consecuencia se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales legales y

convencionales, devolución de aportes, devolución de dineros cancelados por concepto de pólizas, sanción por el no pago oportuno de cesantías, sanción moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar a CAPRECOM en liquidación el día 1° de julio de 2014 bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, que durante el término de la relación se ejecutaron varios contratos de prestación de servicios, que desarrolló el cargo de auxiliar administrativo de referencia y contra referencia y devengaba la suma mensual de \$1.271.000. Aduce que debía cumplir un horario y estaba sometida a las instrucciones y ordenes de la demandada, que la demandada le entregó las herramientas e implementos de trabajo necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Que SINTRACAPRECOM era un sindicato mayoritario y los trabajadores de la entidad recibían el pago de las prestaciones extralegales, dice que el contrato finalizó el 31 de enero de 2016 y no le cancelaron las prestaciones debidas a la terminación del mismo, que el 22 de diciembre de 2016 presentó reclamación administrativa ante la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EI PAR CAPRECOM se opuso a la prosperidad de las pretensiones y en cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del vínculo o contrato laboral, ausencia absoluta de relación laboral, cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 49 a 57).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de agosto de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo

y condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**CONDENAR** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM E.I.C.E. LIQUIDADO a reconocer y pagar a la demandante la señora KAREN LORENA TORRES DÍAZ los siguientes créditos laborales: a) la suma de \$ 2.012.416 por cesantías; b) la suma de \$1.006.208 por concepto de vacaciones; c) La suma de \$103.798 por concepto de prima convencional de junio; y d) La suma diaria de \$42.366, una vez cumplido el término legal de 90 días previsto para el pago como lo establece el artículo primero del decreto 797 de 1949. A partir del día 31 de enero del 2016 y hasta la fecha que se produzca el pago de lo debido por concepto de indemnización moratoria. La excepción de prescripción se declara no probada, de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia. Se absuelve de las restantes pretensiones de la demanda. Costas en sede a cargo de la parte demandada se fija la suma de \$3.000.000 por concepto agencias en derecho”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Para resolverlo indicó que la actora acreditó haber prestado servicios personales a la demandada mediante contratos de prestación de servicios, dijo además que la demandada no desvirtuó la presunción que pesaba en su contra y por el contrario de las pruebas aportadas se deduce que los servicios prestados por la demandante eran subordinados. Con base en ello concluyó que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 1° de julio de 2014 y el 31 de enero de 2016.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación para que se revoque parcialmente la decisión. Aduce que en el caso bajo estudio deben reconocerse los derechos convencionales denominados auxilio de transporte y prima de retiro, pues corresponden a derechos plenamente establecidos en la convención colectiva vigente. Pide además que se ordene el reconocimiento de la sanción por no consignación de las cesantías teniendo en cuenta que otras Salas de esta Corporación, especialmente la del doctor Eduardo Serrano, entiende que la Ley 50 de 1990 es aplicable a empleados públicos en virtud de un decreto del año 2000¹.

Por su parte la apoderada de la **DEMANDADA** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce en primera medida, que debe estudiarse la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el proceso de la referencia se inició con posterioridad a la finalización del proceso liquidatorio de CAPRECOM y de acuerdo a lo previsto en el contrato de fiducia,

¹ "señora juez la parte actora se encuentra inconforme parcialmente con la sentencia emitida por esta instancia y por ello presenta recurso de apelación en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del código procesal del trabajo y de la seguridad social, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de los derechos convencionales, en especial el del artículo 47 de la convención colectiva del trabajo, como sustenté el auxilio de transporte así como el reconocimiento de dos salarios mínimos por el retiro del servicio también fijado como quiera que en los acuerdos convencionales que igualmente se encuentran anexos al expediente, las partes en el año 2013 además de la prórroga de los 5 años de la suspensión pactada en el año 2005, no se lo hizo en su totalidad sino que allí en forma expresa se dejó constancia de cuáles eran los artículos que serían objeto de la de la prórroga del reconocimiento pensional por parte del reconocimiento convencional por parte de CAPRECOM y se excluyó de forma taxativa el auxilio de transporte y la prima de retiro consistente en dos salarios al momento del retiro, y el segundo punto tendría que ver con el pago de la no sanción por la no consignación de los intereses a las cesantías, tesis que ha sido reconocida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá magistrados ponentes y toda su sala del doctor Eduardo Serrano acogiendo un decreto del año 2000 artículo único, en el cual se estableció que a partir de enero de esta calenda, todos los trabajadores y empleados públicos que fueron vinculados como servidores públicos o trabajadores oficiales quedarían cobijados percé por la ley 50 del 90 en lo que tenía que ver con la consignación de las cesantías, expresamente previsto por el artículo 99 de aquella normatividad, y por ende el no cumplimiento estas imperiosas obligaciones le hacen acogedora de la sanción prevista a razón de un salario diario por cada día de mora entre el 15 de febrero de esa anualidad y el 14 de enero y así sucesivamente hasta la fecha de terminación del contrato cuando nacería la indemnización prevista por el Decreto 749 de 1949, muchas gracias."

la entidad solo está legitimada para asumir la defensa en aquellos procesos iniciados antes del acto de liquidación final de la entidad. Afirma que de todas formas, en el proceso se probó con suficiencia que la relación existente entre las partes se ejecutó en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante y que ésta es una forma de contratación plenamente autorizada por la Ley por lo que no puede desconocerse su naturaleza. Dice que debe declararse probada la excepción de prescripción respecto de aquellos derechos causados tres años antes de la presentación de la demanda o reclamación administrativa, que deben revisarse las condenas impuestas, especialmente la referente a la indemnización moratoria, en tanto la parte demandante no cumplió la carga de probar la mala fe de la entidad y éste derecho no es de reconocimiento automático.²

² "Señora juez presento recurso de apelación contra la sentencia proferida la cual procedo a sustentar de la siguiente forma. Inicialmente la petición al superior jerárquico es que se estudie la legitimación en la causa por pasiva que le corresponde a la entidad a la cual represento, toda vez que al observar la fecha de radicación de la demanda el mismo no está legalmente llamado a responder patrimonial y jurídicamente, conforme a lo mencionado y de acuerdo al contrato de fiducia CFM 3167672 art 10, de las consideraciones de la clausulas 3 literal e) el patrimonio solamente asume la defensa de los proceso en curso a la fecha de la terminación del proceso liquidatario esto es 27 enero de 2017, fecha de la firma de la acta de la liquidación de la entidad, estando presentada la demanda con posterioridad esto es el 8 de mayo de 2017, el patrimonio no está llamado a responder por la reclamación presentada, por lo anterior y teniendo en cuenta que la fiduciaria en calidad de vocera del patrimonio autónomo de remanentes CAPRECOM liquidada no están legitimados en la causa por pasiva para atender las reclamaciones presentadas, solicito de manera respetuoso se declare probada la excepción y se desvincule a mi representada. En segundo lugar en lo atinente al fenómeno de la prescripción de acuerdo al art 151 del CPT y SS y el art 6° ibidem solicitamos declarar prescritas las prestaciones anteriores a 3 años a partir de la presentación de la presente demanda o la reclamación administrativa, en lo tocante a la existencia del contrato realidad, respetuosamente nos oponemos puesto que se desconocieron las pruebas documentales pronunciadas en juicio que claramente excluyen la existencia de la relación laboral, además se encuentra probado documentalmente y por vía testimonial se evidenció que existió la vinculación por orden de servicio con la extinta CAPRECOM, y que los mismos tenían una fecha de inicio y fin conocida de antemano por la demandante, por otro lado respecto de las prestaciones nos afirmamos que CAPRECOM conforme a la ley 80 de 1993, aplicable al caso permite que las entidades públicas la contratación de terceros no adecuados a la planta con conocimientos especializados autoriza que se haga esta contratación, así las cosas resulta evidente que la demandante pretende desconocer el vínculo de contratista, así como su naturaleza jurídica y sea equiparado con un contrato laboral, a pesar de que se probó con certeza la clase de vinculación, esto es, de orden de servicios igualmente de los testimonios recaudados no existe prueba imparcial o certera de la subordinación de la demandante, por lo anterior solicito que se revoque la sentencia y que se absuelva a mi representada, en caso de no prosperar el anterior cargo solicitamos respetuosamente se revise íntegramente los valores liquidados y reconocidos en la presente audiencia, en especial la condena frente a la sanción moratoria, solicitamos que se estime puesto que si bien la condena se condena frente a la existencia del contrato realidad ello no tiene como consecuencia exorable la sanción moratoria, pues la misma está supeditada a demostrar la mala fe del empleador, situación alejada de la realidad,

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó sus alegaciones y al efecto solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de la entidad demandada solicitó en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si entre la demandante y la extinta CAPRECOM se ejecutó una relación laboral dentro de los extremos definidos en primera instancia, y en dado caso verificar el valor de las condenas.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: *i*) la demandante estuvo vinculada a la extinta CAPRECOM a través de

de lo probado en el proceso teniendo en cuenta el manto de legalidad de todas las actuaciones de la entidad demandada y específicamente de la contratación realizada ente CAPRECOM y la accionante que fueron con ocasión a la ley 80 del 93 tal como lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia calendada del 7 de julio 2009, radicado 36821 donde colige que no se encuentra en el art 1 del decreto 797 de 1949 una presunción de pago automático de la sanción moratorio ya que le corresponde a quien argumenta la mala fe probarla, por ello el art 177 de CPC establece que la carga de la prueba corresponde a la parte interesada, es decir que le correspondería a la demandante demostrar las actuaciones indebidas o de mala fe, situación que no ocurre en el presente asunto, en estos términos dejo planteado mi recurso”.

contratos administrativos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993; **ii)** que el primero de dichos contratos tuvo vigencia desde el 1° de julio de 2014 al 31 de diciembre de 2014 (fls. 33 a 35); **iii)** el segundo desde el 2 de enero hasta el 30 de junio de 2015 (Cd. folio 75); **iv)** el tercero desde el 1° de julio de 2015 hasta el 31 de enero de 2016 (fls. 28 a 32); **v)** que prestó sus servicios como auxiliar administrativo (fls. 28 a 35 y Cd. fl. 75); **vi)** que devengaba la suma mensual de \$1.271.000; **vii)** y que el día 22 de diciembre de 2016, la demandante presentó reclamación administrativa (fl. 16).

- Sobre la Existencia del Contrato de Trabajo

Para resolver la controversia conviene precisar que conforme el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios son aquellos que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo se podrán celebrar con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. La sentencia C-154 de 1997, estudió la constitucionalidad de la citada norma y señaló que estos contratos se caracterizan porque la prestación de servicios es para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, cuentan con autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico y su vigencia es temporal.

Por su parte, el art. 2° del Decreto 2127 de 1945 -norma propia de los trabajadores oficiales-, dispone la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos, a saber: a.) La actividad personal del trabajador; b.) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe

ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional; y c.) El salario como retribución del servicio.

Así mismo, el artículo 3° *ibídem* prescribe que, reunidos los elementos referidos, el contrato de trabajo no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni por las condiciones particulares que le asigne el empleador, como la forma de pago o duración, ni de cualquier otra circunstancia. El artículo 20 de la misma norma, dispone que entre quien se presta cualquier servicio personal y quien se beneficie de éste, se presume la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo a éste último desvirtuar dicha presunción legal.

Definido lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que no fue objeto de la controversia la prestación personal del servicio de la demandante al extinto CAPRECOM, la cual se acredita con los diferentes contratos de prestación de servicios allegados al proceso en folios 28 a 35 y el Cd. de folio 75. Según dichos documentos la demandante se desempeñó como auxiliar administrativo de referencia y contra referencia con apoyo al proceso operativo de autorizaciones y aseguramiento de la territorial Bogotá y Cundinamarca, sin que la convocada a juicio desvirtuara la presunción legal que pesa en su contra. El argumento de defensa siempre estuvo dirigido a que la demandante ejercía su labor de manera independiente y autónoma y que es propio de la actividad y la entidad con la cual suscribió los contratos que se le diera un mínimo de facilidades para que cumpliera el objeto de los mismos, y que dicho tipo de contratación se encuentra autorizado por la ley. Nada pertinente a desvirtuar la subordinación se dijo ni se probó.

Por el contrario del dicho de los testigos NELCY JOHANNA DIAZ TRUJILLO (CD. 6 audio 1 min. 7:20) y JHABMA FARITH SAAVEDRA (CD. 6 audio 1 min. 24:28) se evidencia que la prestación del servicio de la demandante estuvo marcada por la subordinación,

pues dichas personas fueron coincidentes en afirmar que trabajaban como contratistas de la entidad demandada, que debían cumplir horario como los trabajadores de planta, que en el área donde la actora trabajaba habían dos trabajadores de planta que realizaban las mismas funciones, la primera de ellas dijo haber trabajado con la demandante realizando la misma actividad durante un tiempo, que el ingeniero Manuel Sierra era su jefe inmediato y era quien les asignaba el horario y a quien debían solicitar los permisos correspondientes para ausentarse del sitio de trabajo, que la entidad les asignaba un puesto de trabajo y los elementos con los cuales cumplían sus funciones y se les exigía que la labor fuera desempeñada por ellas mismas. JHABMA dijo además que trabajaba en el área financiera y cada mes recibía las cuentas de cobro de la demandante para poder generarle los pagos y por ello le consta que no hubo interrupción en la prestación del servicio.

De lo anterior se deduce que la actividad que desarrolló la demandante estuvo sujeta al horario que le asignó la demandada, desempeñaba funciones que realizaba el personal de planta y con los elementos de trabajo que le entregaba CAPRECOM, además, de que la actividad la ejecutó por varios años (entre el año 2014 y 2016), lo que descarta la temporalidad que menciona el art. 32 de la Ley 80 de 1993, pues a pesar de que esta norma permite la celebración de contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, solo es posible «por el término estrictamente indispensable». Ver sentencia SL981-2019.

Así las cosas, en aplicación del artículo 53 Constitucional que dispone la primacía de la realidad sobre las formalidades se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la existencia de una relación laboral.

Para definir los extremos en que se ejecutó dicha relación laboral, la Sala se remite a los contratos de prestación de servicios aportados en folios 28 a 35 y el Cd. de folio 75, de los cuales se deduce que esta relación estuvo regida por un contrato de trabajo vigente entre el 1° de julio de 2016 y el 31 de enero de 2016, sin que existiera interrupción alguna durante este lapso.

Así las cosas, pasa la Sala a revisar el valor de las condenas impuestas en primera instancia y a resolver la excepción de prescripción que propuso la demandada y respecto de la cual presentó recurso de apelación.

- **Excepción de Prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, disponen que las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben transcurridos tres (3) años desde su exigibilidad, exceptuando el auxilio de cesantías, el cual se puede exigir a la fecha de terminación del contrato de trabajo, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -Sentencia SL16528-2016.

Ahora bien, tratándose de las vacaciones, el artículo 45 del Decreto 1848 de 1969, indica que *causado el derecho a las vacaciones, deben concederse dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho*, lo que indica que una vez causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas, y luego, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, momento a partir del cual *comenzará a correr el término de prescripción de las mismas* (art. 46 D. 1848 de 1969), el cual es de 3 años (art. 10 D.L. 3135/1968).

Así las cosas, y dado que la demandante presentó reclamación a la entidad el día 22 de diciembre de 2016 (fl. 16), no operó la excepción propuesta sobre ninguno de los derechos que se debaten en este proceso, en cuanto dicha solicitud se presentó dentro del término trienal que dispone la norma, tal como lo definió la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente será confirmada.

- **Aplicación de la Convención Colectiva**

Frente a la aplicación de la convención colectiva a trabajadores oficiales, la Ley 6 de 1945 reglamentada por el decreto nacional 2127 de 1945, establece regulaciones sobre las convenciones colectivas de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo aplicables a este tipo de trabajadores. Por su parte el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 dispone que las personas que prestan servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales salvo aquellos que desempeñen funciones de dirección, confianza y manejo, quienes tendrán la calidad de empleados públicos, ello deberá regularse en los estatutos de cada entidad.

De lo anterior, puede concluir la Sala que la demandante laboró al servicio de la demandada en calidad de trabajadora oficial, pues CAPRECOM era una Empresa Industrial y Comercial del Estado en la que por regla general sus empleados tenían la condición de trabajadores oficiales, por ello le son aplicables las estipulaciones consagradas en la convención colectiva de trabajo de la cual fueron beneficiarios los trabajadores de planta de la extinta CAJA DE PREVISION SOCIAL CAPRECOM, vigente para los años 2012 a 2013 que fue allegada al expediente en el archivo 9 del Cd. De folio 85 con el respectivo sello de depósito. Dicho texto convencional en su artículo 20 establece:

“Mientras tenga vida jurídica SINTRACAPRECOM como organización que agrupe más de la tercera parte de los trabajadores de la entidad, no podrá CAPRECOM suscribir pactos colectivos”

Así pues, se tiene que dicha organización sindical es de orden mayoritario, por tanto podrá darse aplicación a la Convención Colectiva de Trabajo aportada, precisando que el texto convencional fue firmado para un periodo de dos años, vigente desde el 1° de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013, sin que obre constancia de que la misma se haya denunciado por alguna de las partes, por ello, es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 478 CST, esto es, entender la renovación periódica cada seis meses, por lo cual se entiende vigente, al menos hasta el momento de la liquidación de la entidad que ocurrió el 27 de enero de 2017, según el acta de liquidación final publicada en el Diario Oficial N° 50129.

- Derechos Legales y Extralegales

Para definir los valores que corresponden a la demandante por estos derechos, se tendrán en cuenta los salarios que obran en los contratos de prestación de servicios para las anualidades correspondientes.

Sobre la **PRIMA SEMESTRAL DE JUNIO** el artículo 49 de la CCT establece por prima de junio 15 días adicionales a los pagados por concepto de prima de junio. Precisa la Sala que solo se causó la prima semestral de junio del año 2015, pues el contrato objeto de liquidación inició el 1° de julio de 2014, por lo que para ese año dicha prima no se causó. La prima semestral para el año 2015 corresponde a **\$635.500**. Como el valor fijado en primera instancia es inferior, se confirmará en lo pertinente la decisión.

Sobre las **VACACIONES** definidas en el artículo 8° del Decreto 3135 de 1968 y 43 del Decreto 1848 de 1969 (sentencia CSJ Radicación No 44651 de 2015), procede su pago en la suma de **\$1.006.208**, tal como lo definió el juez de primera instancia.

CESANTÍAS procede su pago, pues según lo dispone el artículo 17 de la ley 6 de 1945, los empleados y obreros nacionales de carácter permanente tienen derecho a esta prestación.

AÑO 2014: $\frac{\$1.271.000 * 180}{360} = \mathbf{\$635.500}$

360

AÑO 2015: $\frac{\$1.271.000 * 360}{360} = \mathbf{\$1.271.000}$

360

AÑO 2016: $\frac{\$1.271.000 * 30}{360} = \mathbf{\$105.916}$

360

Como la suma total de estos valores es igual a la definida en primera instancia, se confirmará en lo pertinente la decisión.

Ahora bien, sobre el **AUXILIO DE TRANSPORTE** que solicita el apoderado de la demandante en el recurso y sobre el cual la juez de primera instancia no se pronunció. Advierte la Sala que dicho derecho se encuentra establecido en el artículo 46 de la CCT y por ello es procedente su reconocimiento. Al efecto, la norma convencional dispone que este derecho corresponde a la misma suma fijada por el Gobierno Nacional para cada una de las anualidades. Por ello se condenará a la demandada a reconocer y pagar por este concepto la suma de **\$1.397.700** (año 2014: \$432.000 (\$72.000 mensuales); año 2015: \$888.000 (\$74.000 mensuales); año 2016: \$77.700).

Sobre la **PRIMA DE RETIRO** que el apoderado de la demandante solicita en el recurso, precisa la Sala que ésta es procedente, pues se encuentra claramente definida en el artículo 58 de la CCT, que al efecto establece que la misma corresponde a dos meses de salario. En este orden de ideas y teniendo en cuenta que el documento de folio 26 acredita el retiro de la demandante de la entidad, se condenará a la demandada al pago de este concepto por la suma de **\$2.542.000**.

- **Sanción por no consignación de cesantías**

Solicita la parte demandada en el recurso el reconocimiento de esta sanción. Para ello aduce que en virtud de lo definido en el Decreto 1252 del 30 de junio de 2000 las disposiciones definidas en la Ley 50 de 1990 son aplicables a los empleados públicos, trabajadores oficiales y miembros de la fuerza pública. Al efecto la referida norma dispone que *“los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998”*.

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2051-2017, definió que esta sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, criterio que acoge la Sala para estimar la improcedencia de esta pretensión.

- **Indemnización Moratoria**

Para resolver este punto de la controversia, conviene precisar que si bien en el pasado el ponente de la decisión aceptaba el reconocimiento de este estipendio aplicando al efecto el criterio

reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos de trabajadores oficiales del ISS, un nuevo estudio del tema concreto de la liquidación de CAPRECOM, conlleva a realizar un cambio de la posición definida inicialmente.

En efecto, en el caso bajo estudio se advierte que aun cuando la existencia de contratos regidos por la Ley 80 de 1993 no constituye una razón válida para concluir en la existencia de buena fe de la demandada, si lo es, la situación de liquidación en que se vio incurso, justo en fechas próximas a aquella en que finalizaba el contrato de la demandante. Nótese, que una vez se dispuso el inicio el proceso liquidatorio de CAPRECOM, mediante Decreto 2519 de 2015, esta entidad perdió el control sobre sus activos y por ende se vio inmersa en una situación de imposibilidad de pagos, que encuentra sustento en lo claramente establecido en el artículo 32 del Decreto 254 de 2000, que define el régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional, por ello considera la Sala que en casos como el que se estudia, no puede deducirse mala fe de la demandada y por ello resulta improcedente el reconocimiento de la indemnización moratoria.

Considera la Sala que el planteamiento expuesto, además de tener sustento en las normas referidas, es coincidente con el criterio que tiene establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en este tipo de asuntos, en los que ha entendido que en situaciones como la liquidación, reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena o mala fe se abstuvo de realizar el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de

2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

En consecuencia de lo anterior se revocará la decisión de primera instancia que condenó al pago de la indemnización moratoria y en su lugar se absolverá a la demandada del pago de este concepto. No obstante lo anterior y dado que en la demanda también se solicitó la indexación, la Sala ordenará a la demandada a realizar el pago de las condenas impuestas debidamente indexadas.

Finalmente, sobre el argumento de apelación propuesto por la parte demandada, referido a que se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, atendiendo a que el contrato de fiducia celebrado para la administración del PAR CAPRECOM LIQUIDADO solo previó la obligación de asumir la defensa jurídica en los procesos iniciados con anterioridad al acto final de liquidación de la entidad, y el proceso bajo estudio se inició con posterioridad a dicha fecha. La Sala dirá en primera medida, que esta excepción propuesta como previa por la parte demandada, fue resuelta en la audiencia celebrada el 8 de agosto de 2018, en la cual se declaró no probada, decisión contra la cual la entidad demandada no presentó recurso alguno, ni manifestó oposición alguna. Por ello, no puede pretender en este momento revivir el estudio de una excepción que fue resuelta en una etapa procesal anterior sin que hiciera de los recursos previstos para controvertir dicha decisión. Si bien el fundamento de dicha excepción en su momento fue la inexistencia de una relación laboral de la demandante con FIDUPREVISORA, lo cierto es que el argumento aquí propuesto no fue planteado en ninguna etapa del proceso, por lo que no puede la Sala pronunciarse sobre una manifestación que nunca se planteó y además que pretende la parte sea estudiada como una excepción que ya fue definida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para CONDENAR a FIDUPREVISORA S.A. como administradora y vocera del PAR de CAPRECOM a reconocer y pagar en favor de KAREN LORENA TORRES DIAZ las siguientes sumas de dinero: **i)** \$2.542.000 por concepto de prima de retiro convencional; y **ii)** \$1.397.700 por concepto de auxilio de transporte convencional, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el literal d) de la sentencia apelada para ABSOLVER a la demandada del pago de la indemnización moratoria. En su lugar se ORDENA a FIDUPREVISORA S.A. como administradora y vocera del PAR de CAPRECOM a pagar a la demandante los valores reconocidos debidamente indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 6-2017-00217-01
Salvamento de voto


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: KAREN LORENA TORRES DÍAZ

DEMANDADO: CAPRECOM LIQUIDADO

RADICADO: 11001 31 05 006 2017 00217 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, se presenta salvamento de voto por las siguientes razones:

La demanda en el presente proceso se presentó el 14 de marzo de 2017 (fl. 1) contra la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM – EICE – en liquidación y la Fiduciaria la Previsora S.A. la que fue admitida, mediante auto de 11 de julio de 2017, en contra de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE LIQUIDADO (fl. 43).

Lo primero que se observa es que la demanda fue presentada el 14 de marzo de 2017, esto es, en fecha posterior a la culminación del proceso de liquidación de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, que lo fue el 27 de enero de 2017, tal y como fue ordenado por el Decreto 2192 de 2016 y atendiendo las disposiciones previstas en el Decreto 254 de 2000 modificado por la Ley 1105 de 2006.

El liquidador de la entidad en aplicación del artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000 modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006 conformó un patrimonio autónomo en una sociedad Fiduciaria, a través del contrato de fiducia mercantil 3-1-67672 de 24 de enero de 2017.

De conformidad con el decreto 2555 de 2010, artículo 2.5.2.1.1., la definición de los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios

para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

Dicho artículo indica en el Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.

De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

En ese orden de ideas, la fiduciaria es una vocera del patrimonio autónomo y este aun cuando no es persona jurídica se constituye para responder estrictamente por lo señalado por el fideicomitente o fiduciante o constituyente que en este caso fue el liquidador CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN y tiene capacidad para ser parte de conformidad con el artículo 53 del CGP.

El contrato de fiducia mercantil No. 3-1-67672 del Patrimonio Autónomo de Remanentes CAPRECOM LIQUIDADO contempla en la cláusula tercera "El OBJETO del presente CONTRATO es la constitución de un Patrimonio Autónomo de Remanentes destinado a: (a) La recepción del derecho de propiedad, así como la administración y enajenación de los activos de propiedad de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación, existentes al cierre del proceso concursal. (b) La recepción del derecho de propiedad, y la administración de los activos monetarios y contingentes de La Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación, existentes al cierre del proceso concursal, (c) la depuración de la cartera y otros activos de la entidad, existentes al cierre del proceso concursal, y su cobro o recuperación directamente o a través de un tercero, (d) recibir en cesión los contratos y/o convenios que se encuentren vigentes a la fecha de cierre del proceso liquidatorio, que hayan sido suscritos por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación y que identifique previamente el liquidador, asumiendo de esta manera el Patrimonio Autónomo de Remanentes - PAR CAPRECOM LIQUIDADO- las obligaciones y derechos del cedente. El cumplimiento de las obligaciones derivadas de estos contratos se hará con cargo a los recursos del fondo para el pago de obligaciones derivadas de contratos cedidos, (e) Atender los procesos judiciales, arbitrales y administrativos, o de otro tipo en los cuales sea parte, tercero, interviniente o litisconsorte La Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación, existentes al cierre del

proceso concursal, los cuales deberán ser entregados para su administración debidamente identificados, clasificados y desagradados por etapas procesales cumplidas y por cumplir, (f) Ejercer la representación de Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación en las acciones de tutela y otras acciones constitucionales que cursen al momento del cierre del proceso liquidatorio y las que se inicien con posterioridad, (g) Efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo de La Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación en el momento que se hagan exigibles, (h) Asumir la administración del fondo para la conservación, guarda y depuración de los archivos a que hace alusión el artículo 39 del Decreto Ley 254 de 2000, ocupando la posición de cesionario del contrato celebrado para tal fin por La Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación, (i) Asumir y ejecutar las demás obligaciones remanentes a cargo de La Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación al cierre del proceso liquidatorio, que se indiquen en éste contrato de fiducia mercantil o en la ley.

En el PARÁGRAFO SEGUNDO: Las partes dejan expresa constancia, que ni la FIDUCIARIA ni el Patrimonio Autónomo de Remanentes ostentarán la calidad de cesionarios o subrogatarios de ninguna obligación a cargo del FIDEICOMITENTE distinta a aquellas que expresamente quedan establecidas en el presente contrato. La FIDUCIARIA únicamente actuará en calidad de vocera y administradora de los recursos y activos fideicomitidos.

En el PARÁGRAFO CUARTO, se reitera que: Mediante la presente declaración y así lo entienden las partes, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación, otorga un mandato a FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes, para que pueda ejercer todos los actos procesales y extraprocesales en cada uno de los procesos judiciales en contra que se entregan en virtud del presente contrato. En consecuencia, la FIDUCIARIA queda plenamente facultada para otorgar poderes, sustituir a los abogados que estén ejerciendo la defensa, revocar poderes y nombrar apoderados, incluso para el trámite de cualquier recurso ordinario o extraordinario.

Así mismo se reitera en la cláusula DÉCIMA TERCERA.- NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: Las obligaciones que adquiere la FIDUCIARIA en virtud de este contrato según su naturaleza son de medio y no de resultado. La FIDUCIARIA responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión, atendiendo los criterios de un buen hombre de negocios.

PARÁGRAFO PRIMERO: La FIDUCIARIA no tiene la calidad de cesionaria o subrogatoria de las obligaciones de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE

COMUNICACIONES EN LIQUIDACIÓN y simplemente actúa en calidad de administradora de los recursos y activos fideicomitidos, incluyendo los procesos judiciales. Asimismo, la FIDUCIARIA ni el Patrimonio Autónomo de Remanentes serán sustitutos, sucesores procesales, subrogatarios por pasiva, ni continuadores de la personalidad jurídica del ente que se liquida y tampoco serán responsables de atender el cumplimiento de acciones de tutela y/o las acciones que se derivan de éstas contra la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES EN LIQUIDACIÓN, correspondiéndoles realizar la defensa judicial integral y/o acreditar el hecho superado, según el caso.

En ese orden de ideas, y después de ese recuento normativo y contractual, se colige que ni el Patrimonio Autónomo de Remanentes ni el Fiduciario son sucesores ni subrogatarios de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM en liquidación, muchos menos son continuadores de su personalidad jurídica una vez que ocurrió la liquidación de CAPRECOM, porque es de anotar que las personas jurídicas una vez liquidadas ya no existen jurídicamente, por lo que se deriva como consecuencia que no pueden ser sujetos de obligaciones ni de derechos.

Válido es recordar que de conformidad con el artículo 633 del C.C. la persona jurídica es “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”; pero una vez liquidadas estas dejan de existir, como ocurre en el presente caso en que de acuerdo al acta de liquidación el cierre del proceso liquidatorio se produjo el 27 de enero de 2017, y a partir de dicha fecha tuvo lugar la extinción de la entidad previa suscripción del acta final de liquidación y su publicación en el Diario Oficial 50.129 del 27 de enero de 2017.

Ante la extinción del mundo jurídico de la Caja de Previsión Social de las Comunicaciones CAPRECOM como persona jurídica y al no establecerse como obligación del Patrimonio constituido la asunción de obligaciones salvo las ya reconocidas o las contingentes, estas últimas que se refieren a las condenas que llegaren a imponerse en los procesos judiciales que el liquidador identificó con anterioridad al cierre del proceso liquidatorio, o aun cuando no sean reconocidas por el liquidador, pero que sí se hubieren iniciado contra CAPRECOM en liquidación, se encuentra que en el presente proceso no se cumplen los presupuestos para imponer una condena a cargo del patrimonio de remanentes, se reitera, porque el proceso se instauró después de la extinción del CAPRECOM como persona jurídica.

No se indica en la presente decisión que el patrimonio carezca de legitimación en la causa por pasiva para atender el proceso, en la medida que en el contrato sí se señaló la obligación de intervenir en los procesos en que fuere demandado a través de su vocera (cláusula séptima, numeral 7.2.3), pero esto no implica que haya lugar al reconocimiento de las

pretensiones, dado que el proceso pretende generar obligaciones a cargo de CAPRECOM a través de un proceso instaurado en fecha posterior a su extinción, es decir, respecto de una persona que carece de personería jurídica y respecto de obligaciones que no se encuentran entre los pasivos contingentes ni remanentes.

Recuérdese que el fiduciario solo puede ejecutar las obligaciones pactadas en el contrato y hasta el monto del activo que se asigne, como se indica en el artículo 1226 del Código de Comercio, y aunque se considera en el presente caso que si bien el Patrimonio Autónomo de Remanentes a través de la Fiduciaria vocera puede intervenir en los procesos en que sea demandado para defender los intereses de CAPRECOM liquidado, también se considera que solo puede asumir obligaciones que hubiera podido asumir la entidad y en el presente caso dada su inexistencia legal al momento de la presentación de la demanda no es posible derivar una responsabilidad por encontrarse disuelta y liquidada.

Si bien no se desconoce que el contrato de fiducia en la cláusula tercera señala la obligación de pagar obligaciones contingentes en el literal "(g) Efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo de La Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación en el momento que se hagan exigibles." No se puede desconocer que el mismo contrato señala que los "CRÉDITOS O PASIVOS CONTINGENTES: Son las obligaciones que pueden afectar, remota, eventual o probablemente el patrimonio del FIDEICOMITENTE por corresponder a créditos que son discutidos en sede jurisdiccional, razón por la cual sólo serán atendidos cuando se profiera sentencia ejecutoriada en contra del FIDEICOMITENTE."; esto es que esas obligaciones son discutidas en sede jurisdiccional, lo que significa que su discusión surgió cuando existía la entidad, pero no es aplicable al presente caso porque la discusión de la obligación surge cuando la entidad ha dejado de existir, por lo que no es posible generar obligaciones a su cargo dada la inexistencia jurídica de la entidad.

Por consiguiente, ante la inexistencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, había lugar a revocar la sentencia de primera instancia, sin que sea dable señalar que porque en la audiencia de 8 de agosto de 2018 se resolvió la excepción previa de falta de legitimación de la causa por pasiva presentada por la Fiduciaria con sustento en la inexistencia de la relación laboral con la demandante, se puede generar obligaciones a cargo de un ente inexistente, máxime cuando el artículo 282 del CGP expresamente señala que cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerse oficiosamente, y las únicas excepciones que deben ser propuestas son las de prescripción, compensación y nulidad relativa que se deben alegar en la contestación de la demanda.

Se debe recordar que los conceptos capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso son dos conceptos diferentes, porque el primero se refiere al sujeto con personalidad jurídica para adquirir derechos y obligaciones y el segundo a la capacidad para comparecer a un proceso, y en el presente caso no se discute que la Fiduciaria como vocera del patrimonio tiene la capacidad para comparecer al proceso; pero lo que no tiene la entidad liquidada es la capacidad para adquirir derechos y obligaciones en la medida que no existe en la órbita jurídica y en consecuencia a través de sentencias no se pueden generar nuevas obligaciones a su cargo.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0031-2021

Radicado N° 09-2017-00688-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **OLGA ERCILA CLAVIJO LÓPEZ**, en contra de la sentencia proferida el 08 de agosto de 2019 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., la cual declaró que entre las partes existieron 5 contratos de trabajo a término fijo, todos ellos para desempeñar el cargo de vigilante y con un salario de 1 SMLMV, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió a la demandada de las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 287, 01:32:20 cd fl. 286).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 146 a 160, 166 a 167).**

OLGA ERCILA CLAVIJO LÓPEZ, solicitó declarar que entre las partes existieron 7 contratos de trabajo, que los pagos por *transporte adicional código 141 y 145, bonificación extralegal no constitutiva de*

marzo de 2014 al 14 de noviembre de 2015, reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a pensión causadas en cada relación laboral, indemnización moratoria causada por cada contrato de trabajo, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos indicó que ingresó como vigilante al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo vigente del 15 de marzo de 2011 al 14 de septiembre de 2011; que luego celebró un segundo contrato de trabajo del 15 de septiembre de 2011 al 14 de marzo de 2012; un tercer contrato del 15 de marzo de 2012 al 14 de septiembre de 2012; un cuarto contrato del 15 de noviembre de 2012 al 14 de mayo de 2013; un quinto contrato del 15 de mayo de 2013 al 14 de noviembre de 2013; un sexto contrato del 15 de noviembre de 2013 al 14 de mayo de 2014 y un séptimo contrato del 15 de noviembre de 2014 al 14 de noviembre de 2015. Afirmó que su real salario estuvo conformado por el básico, auxilio de transporte y los pagos llamados *transporte adicional código 141 y 145, bonificación extralegal no constitutiva de salario ncs código 234, bonificación constitutiva de salario código 110*, valores que no fueron considerados para el cálculo de sus derechos laboral y aseguró que no se le pagaron las acreencias reclamadas.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 249 a 263).**

VISE LTDA. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a varios contratos de trabajo entre las partes para el cargo de vigilante. Indicó que entre las partes se celebraron 5 contratos de trabajo a término fijo y que pagó la totalidad de las acreencias laborales causadas a favor de la trabajadora sobre su remuneración de Un (1) SMLMV, sin que los conceptos alegados sean salario, a la vez que canceló la liquidación de 4 contratos y la liquidación del último fue abonada al crédito de vivienda que otorgó a la demandante, no

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 287, 01:32:20 cd fl. 286).

El 08 de agosto de 2019, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante OLGA ERCILIA CLAVIJO LÓPEZ y la demandada VIGILANCIA Y SEGURIDAD VISE LTDA existieron 5 contratos de trabajo a término fijo, en los que la demandante se desempeñó como vigilante y devengo el salario mínimo legal mensual vigente como básico para cada anualidad y que se ejecutaron en los extremos temporales indicados en la parte motiva de esta decisión: desde el 15 de marzo de 2011 al 14 de marzo de 2012, del 15 de marzo de 2012 al 08 de agosto de 2012, del 15 de noviembre de 2012 al 14 de noviembre de 2013, del 15 de noviembre de 2013 al 14 de noviembre de 2014 y del 15 de noviembre de 2014 al 03 de noviembre de 2015. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación y el despacho se declara relevado los demás medios efectivos planteados por la demandada en su contestación. TERCERO: ABSOLVER a la demandada VIGILANCIA Y SEGURIDAD VISE LTDA. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante, conforme queda también quedó expuesto en la parte motiva de esta decisión. CUARTO: COSTAS serán a cargo de la parte actora, tásense las agencias en \$100.000. QUINTO: en caso de no ser apelada esta decisión y por ser totalmente desfavorable a la parte actora se dispone consultarla ante la honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme lo establece el artículo 69 CPTSS. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la existencia de los contratos de trabajo a término fijo alegados y si los conceptos alegados son salario para establecer la procedencia de las pretensiones.

Para resolver indicó que conforme con los interrogatorios de las partes y las pruebas documentales, existieron 5 contratos de trabajo a término fijo entre las partes y que en todos ellos el salario básico fue el mínimo legal, a la vez que los comprobantes de pago demuestran que recibió beneficios extralegales que variaron entre cada relación

por lo cual no hay lugar a ordenar la liquidación. De otra parte, indicó que el pago de la liquidación del último contrato de trabajo se destinó al pago del crédito de vivienda otorgado por el empleador, deducción que es conforme a derecho y por ende no generó condena alguna. Absolvió de la pretensión de pago de la indemnización moratoria y señaló no poder hacer ningún pronunciamiento por la inconformidad por el pago de tiempo suplementario que manifestó la demandante en su interrogatorio de parte porque no fue parte de las pretensiones y por tanto no pudo ser controvertida por la contraparte.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **OLGA ERCILA CLAVIJO LÓPEZ** solicitó declarar la existencia de la unidad contractual, por cuanto considerar que entre las partes existieron 5 contratos de trabajo independientes entre sí impide aplicar la autorización de descuento que se hizo al momento del desembolso del crédito a las relaciones laborales posteriores y en las cuales nunca hubo una renovación de dicha autorización, por lo cual no era legítimo realizar tal deducción en el último contrato de trabajo que ató a las partes¹ (01:33:51 cd fl. 286).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

¹ Gracias su señoría. Encontrándome en desacuerdo con lo proferido por el Despacho, solicité al honorable tribunal sirvase pronunciarse sobre los siguientes puntos. Si bien es cierto su señoría, aquí se manifestó que se llevaron a cabo cinco contratos laborales y me trasladó a las autorizaciones de descuento, estas autorizaciones de descuento tenía que ser consecutivas en el tiempo, de acuerdo a la contratación que se hizo, si bien lo manifiesta la parte demandada que fueron contratos a término fijo, no es de recibo que la última liquidación del quinto contrato, o sea la que se quede sus prestaciones sociales queden abonadas a un crédito, toda vez que la liquidación o la autorización de crédito que se hizo por parte de mi poderdante hacia la demandada fue para el contrato vigente a la época de hacerse el préstamo a mí demandada, por ende, de concederse que esta liquidación que se hizo al último contrato se ajusta en la legalidad, estaríamos hablando de una continuidad laboral y por ende debería también concedérsele el derecho a mi poderdante de disfrutar de todos los beneficios que esto conlleva. Su señoría, para esta defensa está claro que la demandada abuso de su poder, que utilizó el descuento que la autorización de descuento que mi poderdante otorgó para el momento en que había hecho el crédito y que era su obligación renovar esa autorización en el tiempo, toda vez que ha querido y ha hecho valer que los contratos son de relaciones laborales individuales, por ende, ese descuento que le fue aplicado a mi poderdante al último contrato carencia de autorización laboral, su señoría. Bueno, su señoría, faculto la apelación porque igual en los otros acónites cómo lo manifestó su señoría argumenta

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación, siendo abusivas las deducciones efectuadas por crédito de vivienda y para los cuales no medió refrendación de la autorización de descuento. El apoderado de la **DEMANDADA** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, aplicando el principio de consonancia y que se acreditó que la autorización para descuento por crédito de vivienda incluyó expresamente la liquidación final del contrato e inclusive, una vez finaliza el vínculo laboral, el ex empleador puede hacer descuentos sin que aplique la prohibición.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la legalidad del descuento, por concepto de crédito para vivienda, efectuado por la demandada en la liquidación final del último contrato de trabajo que existió entre las partes, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que entre la demandante **OLGA ERCILA CLAVIJO LÓPEZ** y la demandada **VISE LTDA**, se celebraron cinco (5) contratos de trabajo a término fijo en los siguientes periodos: **i)** 15 de marzo de 2011 (fl. 218 a 219) a 14 de marzo de 2012 (fl. 224); **ii)** 15 de marzo de 2012 (fl. 216 a 217) a 08 de agosto de 2012 (fl. 223); **iii)** 15 de noviembre de 2012 (fl. 214 a 215) a 14 de noviembre de 2013 (fl. 222); **iv)** 15 de noviembre de 2013 (fl. 212

- Acerca de los Descuentos al Salario.

El artículo 149 CST, prohíbe al empleador deducir, retener o compensar sumas del salario, salvo orden suscrita por el trabajador para cada caso o mandamiento judicial, no obstante, no podrá realizar la deducción aún con orden escrita del trabajador si se afecta el salario mínimo legal o convencional, salvo que medie mandamiento judicial. A su vez, el artículo 151 CST, estableció que el empleador y el trabajador podrán autorizar por escrito el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario, señalando la cuota objeto de compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda.

No han sido pocas las controversias sobre la procedencia o no del cobro de intereses en los préstamos que realiza el empleador con cargo al salario del trabajador. Al respecto, el artículo 153 CST establece que todo préstamo o anticipo de salario no devenga intereses salvo los préstamos para vivienda.

El alcance de la precitada prohibición lo analizó la H. CSJ, quien en la sentencia SL Rad. 20.151 del 19 de marzo de 2004, concluyó que la prohibición de cobro de intereses no es automática, por cuanto una visión actual de las relaciones laborales permite al empleador adoptar líneas de crédito más allá de la de vivienda del artículo 152 CST, a fin de contribuir a mejorar la calidad de vida de sus trabajadores, por tanto, si dichos créditos son ofrecidos en iguales o mejores condiciones a las vigentes en el mercado no se puede privar al trabajador de los mismos alegando el artículo 153 CST, por cuanto tal prohibición solo aplica si se imponen condiciones más gravosas que las vigentes en el sector comercial de crédito. Dicha posición ha sido reiterada en las sentencias SL Rad. 20.857 del 12 de noviembre de 2004, SL Rad 27.750 del 09 de noviembre de 2006, SL Rad. 30.369 del 28 de mayo de 2008, SL 4613 de 2010, SL 868 de 2020, entre otras.

solo aplica durante la vigencia de la relación laboral, por cuanto es durante dicho lapso que perviven la dependencia y subordinación del trabajador, condiciones que desaparecen al finalizar el contrato, a la vez que finaliza el respaldo del crédito en los salarios y prestaciones, lo que hace admisible que el ex empleador acuda a la compensación del crédito que de buena fe otorgó, tal y como ha sostenido la Alta Corte en las sentencias SL Rad. 32.061 del 3 de julio de 2008, SL16794 de 2015, SL775 de 2018, SL868 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró que entre las partes existieron cinco (5) contratos de trabajo a término fijo, todos para desempeñar el cargo de vigilante y con un (1) SMLMV de remuneración, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió a la demandada de las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

La **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación en el cual solicitó declarar la unidad contractual porque considerar que existieron relaciones laborales independientes impide aplicar la autorización de descuento a relaciones laborales posteriores y, por ende, no se podía realizar tal deducción en el último contrato que existió entre las partes.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que no se considerará la solicitud de declaratoria de unidad contractual a fin de no desconocer el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 CGP, norma aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS, por cuanto en la demanda se solicitó de forma expresa declarar que entre las partes existieron 7 contratos de trabajo a fin de reclamar la indemnización moratoria por cada relación laboral, siendo así definido el problema

se reitera que el problema jurídico que debe resolver esta Corporación se limita a establecer la legalidad del proceder del ex empleador al deducir, un saldo insoluto a su favor, de la liquidación final del último contrato de trabajo que existió entre las partes.

Revisado el expediente, se observa que en efecto entre las partes existieron cinco (5) contratos de trabajo a término fijo, independientes entre sí, conforme se acreditó con las pruebas documentales allegadas al proceso, a saber, las copias de los respectivos contratos de trabajo y de sus liquidaciones finales (fl. 210 a 218, fl. 220 a 224).

De otra parte, también se acredita que el 25 de abril de 2012, la demandante autorizó a la demandada a realizar desde mayo de 2013 los descuentos mensuales de nómina para el pago del crédito de \$25.208.800 que recibió de su ex empleador por concepto de préstamo de vivienda (fl. 248), a su vez, la demandante aportó carta de instrucción para el diligenciamiento de pagaré en blanco (fl. 164 a 165) que permite inferir que la verdadera fecha en que iniciaron los descuentos fue mayo de 2012, hecho que se corresponde con la información consignada en los desprendibles de nómina y que acredita que tal descuento inició en mayo de 2012 y se mantuvo en vigencia de las relaciones laborales que existieron entre las partes a partir de dicha fecha (fl. 232 a 247), al punto que también fueron afectadas las liquidaciones finales de los contratos para dicho fin (fl. 220 a 233).

Así las cosas, resulta claro que si bien la autorización de descuentos entre las partes se realizó en abril de 2012, en vigencia del segundo contrato de trabajo que ató a las partes, la demandada prosiguió efectuando tales descuentos en las subsiguientes relaciones a pesar de no estar autorizada para ello, afectando la liquidación final del último contrato de trabajo que finalizó el 03 de noviembre de 2015 (fl. 220).

apelación por la deducción realizada a la liquidación del último contrato que unió a las partes, toda vez que la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que una vez cesa la relación laboral, desaparece la prohibición del empleador para compensar de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales las sumas destinadas al pago de los créditos que ha concedido al trabajador, acción que puede realizar aún cuando no exista autorización del trabajador, conforme sostuvo la H. CSJ en las sentencias SL Rad. 32.061 del 3 de julio de 2008, SL16794 de 2015, SL775 de 2018, SL868 de 2020, entre otras.

En el presente asunto no existió controversia entre las partes de que el empleador suministró crédito de vivienda a favor de la trabajadora demandante y que al 03 de noviembre de 2015, fecha de finalización del último contrato de trabajo, aún se encontraba pendiente el pago de dicho contrato de mutuo (fl. 29 a 30), motivo por el cual era válida la compensación de la suma de \$1.849.939 que arrojó la liquidación de ese último contrato y en consecuencia no le asiste razón a la parte apelante de que no era legítimo realizar dicho descuento de tal liquidación, por lo cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

En cuanto a los descuentos realizados en vigencia de los contratos de trabajo la Sala no efectuará pronunciamiento alguno toda vez que dicho objeto no fue objeto del recurso de apelación, el cual se limitó a cuestionar la deducción de la liquidación final del último contrato que existió entre las partes, a fin de no trasgredir el principio de consonancia consagrado en el artículo 61A CPTSS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0051-2021

Radicado N° 009-2018-00100-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A.**, en contra de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2019 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 04 de octubre de 2004 al 07 de noviembre de 2017, la cual se desarrolló mediante teletrabajo a partir del 05 de diciembre de 2013, condenó al pago de tiempo suplementario y recargos dominicales causados del 07 de octubre de 2014 al 07 de noviembre de 2017, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización por despido indirecto, indexación, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y probada la de buena fe, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada (fl. 989, 24:05 cd fl. 987).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 789 a 810).**

NIDIA JOHANNA URREA MORENO solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 04 de

octubre de 2004 al 07 de noviembre de 2017; que desde el 05 de diciembre de 2013 hasta el 1° de noviembre de 2017, laboró tiempo suplementario ordinario y dominical o festivo y que hubo despido indirecto; en consecuencia, pidió condenar a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el real valor del salario, pago de tiempo suplementario y recargo dominical o festivo, pago de descansos compensatorios, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que la demandada la vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido, relación que duró por los extremos temporales reclamados y su último salario ascendió a \$2.476.333, desempeñándose como analista de relaciones comerciales. Aseguró que a partir del 05 de diciembre de 2013, realizó teletrabajo. Señaló que su jornada de trabajo era de lunes a viernes de 8am a 6pm, no obstante, la plataforma *citrix* y el sistema *adbooker - adbase*, a los que ingresaba con el usuario JOHURR, acreditan que prestó su servicio en tiempo suplementario, al desempeñar el turno de fallecimientos de lunes a viernes de 6pm a 8pm; sábados de 1pm a 5pm; domingos y festivos de 5pm a 8pm; y que no se le pago el tiempo suplementario y recargos desde diciembre de 2013 a noviembre de 2017, tampoco se le otorgaron descansos compensatorios por trabajo habitual en día domingo, adeudándole la reliquidación de las prestaciones sociales.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 907 a 946).**

CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, que se efectuó teletrabajo y sus extremos temporales. Indicó que la demandante se desempeñó como analista de operaciones comerciales y su último salario fue \$2.476.333, relación que finalizó por renuncia voluntaria. Aseguró que en el acuerdo de teletrabajo se acordó que la jornada sería la máxima legal, la cual se prestó de forma flexible para permitir a la demandante el cuidado y atención de salud de su hijo, quien requería terapias

médicas a diario en el horario fijado por los médicos tratantes, sin que el empleador hubiera autorizado trabajo por fuera de dicha jornada. Señaló que el registro de ingreso a la plataforma no equivale a prueba de prestación de servicio y que los correos electrónicos remitidos no implicaban la necesidad de atención inmediata. Aseguró que siempre pagó en forma oportuna y completa el salario, liquidó sus prestaciones sociales con el salario devengado y que nunca se causó el derecho a descansos compensatorios. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe, mala fe de la demandante, pago, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 989, 24:05 cd fl. 987).

El 23 de agosto de 2019, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(..) **PRIMERO: DECLARAR** que en entre NIDIA JOHANNA URREA MORENO y CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A. existió una relación laboral, que se rigió por un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 04 de octubre de 2004 y finalizó el 07 de noviembre de 2017, en la modalidad de teletrabajo desde el 05 de diciembre de 2013 hasta la finalización, en la que devengó los siguientes salarios: a) Año 2013: \$2.073.483 pesos, b) Año 2014: \$2.114.953 pesos, c) Año 2015: \$2.193.206 pesos, d) Año 2016: \$2.341.686 pesos, e) Año 2017: \$2.476.333 pesos. **SEGUNDO: CONDENAR** a CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A. a pagar a favor de la señora NIDIA JOHANNA URREA MORENO \$20.173.245 pesos por concepto de 11 horas y media extra diurnas causadas semanalmente desde el 07 de octubre de 2014 hasta el 07 de noviembre de 2017 y a pagar \$3.157.551 pesos por cargo dominical y festivo de 3 horas laboradas diariamente el domingo y los días festivos en los mismos extremos temporales, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago efectivo de conformidad con el IPC certificado por el DANE. **TERCERO: CONDENAR** a CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A. a pagar a favor de NIDIA JOHANNA URREA MORENO las siguientes sumas: a) \$1.831.913 pesos por reliquidación de cesantías, b) \$216.685 pesos por reliquidación de intereses sobre las cesantías, c) \$1.831.913 pesos por reliquidación de primas de servicios; sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago efectivo de

*conformidad con el IPC certificado por el DANE. **CUARTO: CONDENAR** a CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A. a pagar a favor de NIDIA JOHANNA URREA MORENO la suma de \$22.438.328 pesos, por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato por justa causa imputable al empleador, suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo de conformidad con el IPC certificado por el DANE. **QUINTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción, probada la de buena fe de la demandada y se declara no probadas las demás excepciones planteadas por la pasiva conforme quedó explicado. **SEXTO: ABSOLVER** a CASA EDITORIAL EL TIEMPO de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora NIDIA JOHANNA URREA MORENO. **SÉPTIMO:** costas serán a cargo de la parte demandada, tásense las agencias en \$2.000.000 de pesos. (...)"*

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la forma y causas de terminación de la relación laboral y la procedencia del pago de tiempo suplementario y recargos dominicales y festivos y descansos compensatorios y reliquidación de prestaciones sociales, causados entre 2013 y 2017.

Para resolver consideró que no fue objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo del 04 de octubre de 2004 al 07 de noviembre de 2017 y que se realizó teletrabajo desde el 05 de diciembre de 2013. Aseguró que la jornada legal máxima en Colombia conforme el artículo 161 CST y el Convenio 01 de 1919 de la OIT es de 8 horas diarias y 48 horas semanales y el tiempo que excede la misma es trabajo complementario según el artículo 159 CST; que la H. CSJ en la sentencia SL5584 de 2017, indicó que la disponibilidad genera trabajo suplementario así no se preste servicio debido a que el trabajador debe estar atento al llamado del empleador, y que se demostró que el convenio de teletrabajo indicó en su Cláusula Primera que la jornada sería de 5 días, pero en la cláusula quinta indicó disponibilidad los 7 días de la semana, hecho que concuerda con los registros de ingresos de la demandante, hecho que ratificaron los testigos al señalar que a la demandante se le asignaron los turnos de fallecimientos, a la vez que se acreditó que durante el tiempo en que la demandante llevaba a su hijo al médico debía seguir ejecutando su

labor en su portátil y celular al punto que fue requerida para ello, por tanto, la jornada de teletrabajo acordada supera la jornada legal máxima, sin que la demandada acredite en qué días dio permisos, por tanto, condenó al pago de 10,5 horas extras semanales y 3 horas de recargo dominical o festivo, declaró la prescripción de las acreencias laborales anteriores al 07 de octubre de 2014 porque el trabajo suplementario se paga en el periodo siguiente a su causación, reliquidó las prestaciones sociales y condenó a la indemnización por despido indirecto, por cuanto se acreditó el sistemático incumplimiento del empleador en el pago del tiempo suplementario y recargos, no obstante, absolvió de la indemnización moratoria por cuanto indicó que se acreditó la buena fe de la empresa, quien canceló la liquidación de lo que creyó deber bajo el convencimiento de que había pactado una jornada máxima legal flexible a fin de que la demandante pudiera atender su situación personal en teletrabajo.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A.** solicitó revocar las condenas. Indicó que se interpretó erradamente el convenio de teletrabajo y no se puede concluir que la demandante laboró la jornada ordinaria, por cuanto se redefinió su jornada en los horarios allí señalados, no por capricho de la empresa sino para permitir a la trabajadora prestar remotamente su trabajo y así atender la situación de salud de su hijo, sin que se demostrara que tuvo que laborar mientras iba a esas citas médicas, por tanto, al no existir un horario estricto de trabajo le correspondía a la demandante acreditar que trabajo más de 48 horas semanales, lo cual no logró, mientras que la empresa si demostró que flexibilizó su horario los 7 días de la semana y otorgó permisos y autorizaciones, por lo cual nunca se excedió de 48 horas semanales, sin que los ingresos al sistema sean prueba en contrario ya que se pueden realizar en cualquier tiempo y la decisión unilateral del trabajador de laborar fuera del horario pactado y sin autorización del empleador no da lugar a reconocer trabajo suplementario; además, los testigos acreditaron que para atender el tema de fallecimiento se requería disponibilidad, tal labor

no demandada mayor tiempo y atención y por ende la demandante podía usar dicho tiempo para cumplir otras actividades laborales, por lo cual la condena a horas extras y recargos no tiene fundamento alguno, lo que conlleva a revocar la condena por despido indirecto al no demostrasen los hechos alegados en la renuncia. De otra parte, en caso de mantenerse las condenas, solicitó revisar los valores liquidados y que se declaren prescriptas las acreencias anteriores al 07 de noviembre de 2014¹ (27:33 cd fl. 987).

¹ Gracias su señoría. De manera respetuosa me permito a interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho, con el fin de que el Superior proceda a revocar en su totalidad la sentencia que en los numerales segundo, tercero, cuarto y séptimo ordenó pagar a la demandante las sumas de dinero mencionadas en dicha sentencia, para lo cual procedo a sustentar el recurso de la siguiente manera. El despacho ha errado la interpretación del acuerdo suscrito por las partes, en el cual se estableció la modalidad de teletrabajo, firmado por las partes y que se aportó al plenario; como bien fue explicado por la representante legal y los testigos, en especial la señora JENNY ESPERANZA RODRÍGUEZ, si bien se hizo un pacto de modelo de acuerdo de teletrabajo, el mismo establecía la jornada laboral en la que la demandante iba a desempeñar sus funciones, no puede entenderse el mismo que la demandante haya laborado la jornada ordinaria, sabiendo que la misma había sido modificada en virtud de la ayuda que hizo CASA EDITORIAL EL TIEMPO a la demandante con el fin de poder atender la enfermedad de su hijo, situación que fue ampliamente discutida y por tanto, si bien se establece una disponibilidad de la demandante, si se observa la misma corresponde a la jornada normal establecida en el Código Sustantivo de trabajo que no excede las 48 horas, razón por la cual solicito se revise ese documento, se revisen los diferentes pronunciamientos que dieron fe de que la jornada laboral de la actora no era la jornada ordinaria laboral, no era el horario que estaba establecido desde un principio, se estableció ese horario como disponibilidad en la medida que la actora debía acudir a varias citas médicas, tratamientos y demás, lo cual fue ampliamente acá discutido y demostrar, en que la demandante si bien como ella indicó y el testimonio que se tachó del esposo, indicar de que ella laboraba durante el tiempo que asistía a las citas, no fue ampliamente tampoco demostrado. Los ingresos que se hicieron al sistema, como bien se establecido, se pueden hacer en cualquier momento, por tanto, como se indicó en la excepción propuesta respecto de la improcedencia del pago de las horas extras, las partes han sometido dentro del contrato de trabajo a realizarlo dentro del horario establecido y que una eventual decisión unilateral del trabajador de prestar sus servicios fuera los horarios previstos para el efecto, sin autorización del empleador, no puede dar lugar al conocimiento a través del suplementario como el que se pretende a través de esta demanda, por tanto, el juzgado hace una interpretación de que el horario se mantuvo durante el tiempo que estuvo la demandante realizando teletrabajo, no hubo forma de demostrar que efectivamente ese era el horario de trabajo, el horario de trabajo establecido en el numeral tercero de la cláusula quinta del contrato de teletrabajo suscrito por las partes, el cual la demandante pretendió desconocer en su interrogatorio de parte, pero que igual manera el Despacho plasmó validez, por tanto, solicito que se tenga en cuenta esos horarios establecidos con la jornada realmente de trabajo de la demandante y si la demandante realizó labores fuera de ese horario, era potestad de ella dado que mi representada en ningún momento dio autorización para realizar labores fuera de dicho horario. Como lo dijeron los testigos traídos aquí al proceso, especialmente los de la parte demandada que represento, fueron enfáticos en decir que si bien había que tener disponibilidad para especialmente la situación de los habituaros, de los fallecimientos, no era una situación que requiriera de mayor tiempo y situación que pudo haber utilizado y empleado para realizar las otras actividades que eran conexas a su contrato de trabajo, pudo haber también esas actividades y así fue como lo estableció no solamente la señora JENNY sino también la señora ZULMA, quien indicó que esas labores se realizaban, si bien habían un horario específico para los fallecimientos, no era obligatorio que estuviera solamente exclusivamente dedicada a ello, dado la magnitud de los mismos, por lo tanto en ese horario pudo haber desempeñado las otras actividades a cargo de ella. No se demostró, a parte de lo que se manifestó en la demanda, que la demandante hubiese tenido que cumplir un horario estricto de trabajo, no se demostró de ninguna manera y por lo tanto puede darse aplicación a lo establecido por la jurisprudencia respecto al trabajo suplementario y por lo tanto no debe ser tenida en cuenta los argumentos esbozados por el fallador de primera instancia, en el sentido de que las cuentas dadas de horas extra manifestadas en su decisión no corresponden a la realidad dado que la demandante no demostró haber prestado servicio dentro del horario normal de trabajo, la modalidad de teletrabajo aparte de establecer la facilidad de laboral desde la casa, también permite hacer la flexibilización del horario, situación que acá se evidenció respecto a los horarios establecidos, vuelvo y repito, en el numeral tercero de la cláusula quinta del mismo, por lo tanto la jornada laboral de la demandante

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto se ajusta a derecho y a las pruebas practicadas que acreditan que la trabajadora estuvo disponible de domingo a domingo y desempeñó su actividad en una jornada superior a la legal máxima, por cuanto debía seguir trabajando incluso cuando iba al médico con su hijo. Por su parte, el apoderado principal de la **DEMANDADA** solicitó revocar la sentencia, por cuanto

no excedió la jornada máxima legal permitida, dado que se estableció durante los 7 días de la semana, unas horas en las que la demandante debía prestar sus servicios, en eso incide la flexibilización por parte de mi representada en ese contrato y así fue convenio con la demandante, que aquí pretendió desconocer dentro del proceso. Hubo permisos, hubo autorizaciones, es la misma demandante aceptó que tuvo lo del tratamiento de su hijo y entonces no puede endilgarse a mi representada que se le sometió, a parte de la jornada normal de trabajo, la cual nunca cumplió completamente la demandante conforme lo estableció el juzgado al indicar que laboraba las 8 horas diarias, esa situación nunca se evidenció, no se demostró por parte de la demandante, si demostró por parte de LA CASA EDITORIAL EL TIEMPO de que a la demandante se le daban esas autorizaciones, esos permisos y debía estar realizando sus labores dentro de los segmentos establecidos en el acuerdo de teletrabajo. Por tanto, solicito al honorable Tribunal se sirva revocar la decisión, en el sentido de establecer que efectivamente la demandante laboró tiempo suplementario cuando no hubo y no se demostró de forma efectiva. De igual manera, en consecuencia de ello, solicito que se revoquen las condenas impuestas respecto al tiempo suplementario aparentemente laborado y así reconocido por el Despacho, el cual no tiene fundamento alguno; de igual manera, solicito que se revoque el numeral segundo respecto a las condenas. De igual manera, tener precisión que en caso tal de mantenerse en incólume la decisión, se revisen los valores liquidados y que se tenga en cuenta el efecto también prescriptivo, dado que el despacho hace afirmación de que se cancelen desde el 07 de octubre de 2014 cuando la relación laboral ha finiquitado el 07 de noviembre del 2017, por tanto, en caso de mantenerse incólume la decisión, deberá ser liquidada a partir del 07 de noviembre del año 2014, término que establece la prescripción para el presente asunto. Por otra parte, respecto a la terminación del contrato de trabajo, la indemnización impuesta a mi representada, solicito al Tribunal que como quiera que no se demostró los fundamentos de la carta, esto es, el aparente tiempo suplementario elaborado por la demandante al servicio de mi representada, deberá darse por demostrada que la renuncia de la actora obedeció a un acto simple y que no procede indemnización alguna, dado a que no se demostró lo establecido en dicha carta de renuncia presentada por la actora, entonces, si no se demuestra que efectivamente hubo tiempo suplementario laboral efectuado por la actora, la renuncia no puede tenerse como una motivada y con justa causa por parte de la demandante, dado que no son de recibo los argumentos esbozados en la misma, por lo tanto también solicito que se le revoque ese numeral y que se revoque las costas de igual manera impuestas a mi representada. De igual manera, en caso de que se mantenga la decisión, solicito que se tengan por probadas las excepciones propuestas y que se mantenga la decisión entonces incólume respecto de las condenas acá impuestas. Termino este recurso indicando que se revise nuevamente el material probatorio aportado por CASA EDITORIAL EL TIEMPO, los testimonios e interrogatorio de parte realizado por la representante legal, en donde se estableció efectivamente las condiciones, en las cuales se dieron a partir del 5 de diciembre del año 2013, la labor que prestaba el servicio la demandante y que como bien fue aquí señalado por la que fue, la que fungió como jefe de la demandante, es de extrañar el comportamiento de la misma cuando hubo un actuar de buena fe de parte de EL TIEMPO durante la vigencia de la relación laboral y permitir la situación que se dio respecto a ese contrato de trabajo que estaba vigente en su momento, es importante establecer que las razones por las cuales se dio el teletrabajo no fue un capricho de la empresa, fue una solicitud de la demandante en razón de la enfermedad que padecía su hijo, por lo tanto se dieron las facilidades para que la demandante pudiera hacer de forma remota su trabajo, dentro de los horarios establecidos, los cuales redefinieron la jornada laboral de la demandante, por lo tanto no podría entenderse ello como disponibilidad, situación que tampoco fue objeto del debate probatorio dado a que solamente se estableció respecto a las horas extras y las horas extras no fueron demostradas como se pretendió hacer dentro de la decisión de primera instancia. Entonces con estos argumentos solicito entonces al Honorable Tribunal se sirva revocada la sentencia, se absuelva a mi representada de todas las pretensiones y se condene en costas a la parte actora, muchas gracias.

el acuerdo de teletrabajo fijó la jornada máxima legal distribuida de forma flexible para permitir a la trabajadora atender la situación médica de su hijo, además nunca autorizó que la demandante laborara por fuera de dicha jornada, por ende, no proceden las condenas más aún cuando no se valoró en debida forma las pruebas concluyendo erradamente que hubo disponibilidad para prestar el servicio, por lo cual no se acreditó tiempo suplementario conforme el precedente jurisprudencial, lo que conlleva a la prosperidad del recurso, de forma subsidiaria, indicó que se generó la prescripción de las acreencias causadas desde febrero de 2015, lo que conlleva a la revisión de las condenas impuestas.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante al pago de trabajo suplementario y recargos dominicales y festivos presuntamente generados durante el periodo en que desarrolló teletrabajo y la consecuente reliquidación de prestaciones económicas; en caso afirmativo, establecer si se configuró la prescripción de los derechos reclamados, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** entre la demandante **NIDIA JOHANNA URREA MORENO** y la demandada **CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A.** se suscribió el 04 de octubre de 2004 un contrato de trabajo a término indefinido (fl. 845 a 846); **ii)** a partir del 05 de diciembre de 2013 las partes acordaron que la demandante prestaría su labor en la modalidad de teletrabajo (fl. 851 a 854); **iii)** la demandante presentó

renuncia motivada el 07 de noviembre de 2017 (fl. 889 a 890), la cual aceptó el empleador (fl. 891).

- Acerca de la Carga de la Prueba sobre Trabajo Suplementario y Recargos.

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que corresponde al demandante acreditar, más allá de cualquier duda razonable, la real y efectiva prestación del servicio en los tiempos y condiciones que generan el pago de trabajo suplementario (horas extras) o recargos (nocturno, dominical o festivo), por cuanto la prueba de su generación no es dable mediante suposiciones, debiéndose determinar con precisión la cantidad de horas que por dichos conceptos están pendiente de pago, tal y como ha sostenido la alta Corporación en las sentencias SL3009 de 2017, SL3085 de 2019, SL5432 de 2019, SL866 de 2020, SL4701 de 2020, entre otras.

Por lo anterior, la parte que solicita el reconocimiento de tales conceptos debe acreditar, de forma contundente, la prestación efectiva del servicio sobre la cual funda su solicitud de pago.

- Sobre la Causación de Trabajo Suplementario y Recargos en la Modalidad de Teletrabajo.

La ley 1221 de 2008, implemento normas para promover y regular el teletrabajo, definiendo el concepto de teletrabajo como la forma de organización laboral para el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre trabajador y empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

El numeral 1° del artículo 6° de la Ley 1221 de 2008, estableció que la naturaleza especial de las labores del teletrabajador conlleva a que no les sean aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extras y trabajo nocturno; no obstante lo anterior, el Parágrafo Único del mismo artículo, señala que sí el teletrabajo se ejecuta donde

sea verificable la jornada laboral y el teletrabajador, a petición del empleador, se mantiene en la jornada laboral más allá de lo previsto en el artículo 161 CST o se le asigna trabajo adicional normal, se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro trabajador para el pago de horas extras, dominicales y festivos.

Las anteriores disposiciones fueron reglamentadas con el Decreto 884 de 2012, compilado en el Decreto 1072 de 2015. Es así como el artículo 2.2.1.5.3 del Decreto 1072 de 2015, establece que el contrato o vinculación de teletrabajo debe determinar los días y horarios en que el teletrabajador debe realizar sus actividades, para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal; a su vez, el artículo 2.2.1.5.10 *ibídem* reitera las condiciones establecidas en el Parágrafo Único del artículo 6° de la Ley 1221 de 2008, para generar el pago de horas extras, dominicales y festivos al teletrabajador.

Para mayor ilustración, el MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES y el MINISTERIO DE TRABAJO, como partícipes de la red de fomento del teletrabajo, elaboraron el *Libro Blanco* como medio para dar a conocer las principales características de forma de organización laboral, reiterando el derecho del teletrabajador a que se le apliquen las mismas condiciones del trabajador que presta sus servicios en las instalaciones del empleador, concluyendo que por ello está amparado por las disposiciones que regulan la jornada máxima legal.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 04 de octubre de 2004 al 07 de noviembre de 2017; que se desarrolló mediante teletrabajo a partir del 05 de diciembre de 2013, condenando al pago de tiempo suplementario y recargos dominicales del 07 de octubre de 2014 al 07 de noviembre de 2017, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización por despido indirecto,

indexación, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y probada la de buena fe, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar las condenas. Indicó que se interpretó erradamente el convenio de teletrabajo, el cual redefinió la jornada de trabajo para permitir a la trabajadora atender la situación de salud de su hijo, quien no laboró durante las citas médicas del menor, por lo que al no existir un horario estricto correspondía a la demandante acreditar que laboró más de 48 horas semanales, pero no lo hizo, sin que los ingresos al sistema sean prueba de ello, adicionalmente sin autorización del empleador para realizar trabajo suplementario, a la vez que la atención de fallecimientos no demandada mayor tiempo y atención, lo que deja sin fundamento las condenas; de forma subsidiaria, solicitó revisar los valores liquidados y que se declaren prescritas las acreencias anteriores al 07 de noviembre de 2014.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, al teletrabajador no le aplican las disposiciones relativas a jornada de trabajo, horas extras y trabajo nocturno (Núm. 1º art. 6º Ley 1221 de 2008), salvo que se pueda verificar la jornada laboral y el trabajador se mantiene en la misma más allá de lo previsto en el artículo 161 CST o se le asigna más trabajo del normal (Parágrafo del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008; artículo 2.2.1.5.3 del Decreto 1072 de 2015), presupuestos que serán considerados por esta Sala al momento de resolver el recurso de apelación.

La H. CSJ ha sostenido que corresponde al demandante acreditar, más allá de cualquier duda, la real y efectiva prestación de su servicio en los tiempos por los cuales funda su reclamo de pago de trabajo suplementario y recargos, determinando con precisión la cantidad de horas pendientes de pago por tales conceptos, tal y como

se indicó en las sentencias SL3009 de 2017, SL3085 de 2019, SL5432 de 2019, SL866 de 2020, SL4701 de 2020, entre otras.

Así las cosas, en el presente asunto se acredita que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 04 de octubre de 2004 (fl. 845 a 846), así mismo, esta plenamente probado que el 05 de diciembre de 2013 las partes acordaron que el servicio de la trabajadora se realizaría mediante teletrabajo (fl. 851 a 854).

Asegura la parte apelante que el *a quo* efectuó una errada interpretación del convenio de teletrabajo, pues no vislumbró que con el mismo se fijó la jornada máxima legal distribuida de forma flexible y por tanto no se excedió mas allá de las 48 horas semanales.

Revisado el acuerdo de teletrabajo, contrario a lo señalado por el apelante, se verifica por parte de esta Sala que en la Cláusula Primera de dicho instrumento se acordó expresamente que la demandante realizaría su trabajo por 5 días a la semana; sin embargo, la Cláusula Quinta del acuerdo estableció que la demandante debía estar disponible todos los días de la semana así: lunes a martes de 8:30am a 1pm y de 4pm a 8pm, miércoles, jueves y viernes de 8:30am a 8pm, sábado de 1pm a 5pm y domingo y festivos de 5pm a 8pm.

Valorada la anterior situación, se concluye en primer lugar que la disponibilidad exigida a la trabajadora implicaba una jornada semanal de trabajo de 58,5 horas, tal y como lo concluyó la juez de primera instancia, siendo por si misma, superior a la jornada legal; en segundo lugar, que a la demandante se le exigió estar disponible todos los días de la semana, incluyendo domingos y festivos.

Argumentó la empresa demandada que para comprender el real alcance de la precitada jornada de trabajo debe considerarse que la demandante tenía la facultad de acudir a las citas y controles médicos de su hijo, periodo de tiempo que no era considerado como parte de

su jornada y en consecuencia nunca se superó el límite de 48 horas semanales.

Al respecto, resulta relevante considerar que la señora JENNY ESPERANZA RODRÍGUEZ TORRES rindió testimonio en su calidad de coordinadora de operaciones del área de publicidad de la demandada y jefe inmediata de la demandante durante su teletrabajo, en el cual aseguró que en varias oportunidades el Grupo de impresión comercial le manifestó que la demandante no les contestaba sus llamadas y que por ello inclusive informó a la demandante que el gerente del área comercial, LUÍS GUILLERMO, había trasladado su operación para después de la 1pm (01:51:02 cd fl. 987 Aud 20/08/2019).

Una valoración inicial de la anterior circunstancia podría concluir que la demandada acomodó sus procesos productivos a fin de no realizar exigencias a la demandante durante el tiempo de las citas y valoraciones médicas de su hijo, no obstante, dicha conclusión preliminar fue desvirtuada con las pruebas documentales y testimoniales practicadas en el proceso, tal y como pasa a exponerse.

ZULMA STELLA ESPINOSA BALLÉN, testigo solicitada por la demandada, indicó que en su calidad de analista de operaciones comerciales desde septiembre de 2004, indicó que en una oportunidad realizó teletrabajo con un horario de 8am a 6pm de lunes a miércoles y de 9am a 7pm de jueves a viernes, jornada que resulta inferior a la que se le fijó a la demandante, adicionalmente, señaló la testigo que todo el equipo comercial se turnaban semanalmente el turno de los avisos de fallecimientos antes de que la demandante realizará los mismos, cuyo horario era lunes a viernes de 6pm a 8pm, sábados de 1pm a 5pm y domingos de 5pm a 8pm (01:08:11 cd fl. 987 Aud 20/08/2019), hecho que a juicio de esta Sala explica los extremos de la jornada laboral impuesta a la demandante.

Por su parte, JUAN DAVID RIVERA, testigo solicitado por la demandada, manifestó que en su calidad de analista de operaciones

comerciales de la demandada vinculado desde marzo de 2017, apreció que la demandante laboraba sábados y domingos (01:13:03 cd fl. 987 Aud 20/08/2019) y que durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante el horario era de 8am a 6pm, siendo relevante que el cargo de la demandante era igual al de dicho testigo (fl. 891), pese lo cual los avisos funerarios los hacía exclusivamente la demandante y que en alguna ocasión realizó dicha tarea en un horario de sábado de 1pm a 5pm y domingo de 5pm a 8pm (01:16:01 cd fl. 987 Aud 20/08/2019), testimonio que permite inferir que adicional a la jornada ordinaria la demandante tuvo que realizar los turnos de fallecimientos, de forma exclusiva, lo que explica de nuevo que se le impusiera una jornada de trabajo todos los días y los extremos temporales de la misma.

Por su parte, la testigo JENNY ESPERANZA RODRÍGUEZ TORRES, jefe inmediata de la demandante y cuya comparecencia solicitó la demandada, indicó que la demandante tenía un horario de 9am a 6pm y adicionalmente hacía unas tareas adicionales hasta las 8pm en razón a los horarios de las citas médicas de su bebe (01:25:23 cd fl. 987 Aud 20/08/2019) y que por ello debía cumplir labores en teletrabajo con los turnos de fallecimientos de 6pm a 8pm entre semana, los sábados de 1pm a 5pm y domingos de 5pm a 8pm (01:26:05, 01:34:18 cd fl. 987 Aud 20/08/2019) y que si debía realizar funciones luego de las 8pm era para ponerse al día en sus tareas por el tiempo adicional utilizado para las terapias de su hijo.

El anterior testimonio acredita que contrario a lo manifestado por la apelante, los horarios de trabajo señalados en el acuerdo de teletrabajo si debían ser cumplidos por la demandante, por cuanto se le asignó, con exclusividad, el *turno de fallecimientos* que con anterioridad se rotaba entre todo el equipo de analistas comerciales, el cual se realizaba entre semana de 6pm a 8pm, sábados de 1pm a 5pm y domingos y festivos de 6pm a 8pm, así mismo, si bien la testigo JENNY ESPERANZA RODRÍGUEZ TORRES indicó que el área comercial adaptó sus labores a los horarios de las citas médicas del

hijo de la demandante, lo cierto es que también indicó que el área comercial la llamaba en esos horarios y estaba molestó porque en ocasiones ella no les contestaba, lo que permite inferir, tal y como lo hizo la *a quo*, que en dicho lapso la demandante debía atender los requerimientos de sus compañeros de trabajo, hecho que reafirmó el testigo JOAQUÍN ESTEBAN RAMÍREZ ACERO, quien indicó que en su calidad de cónyuge de la demandante apreció de forma directa que en las ocasiones en las que la acompañó a las citas médicas de su hijo+, la demandante permanecía conectada a sus equipos electrónicos (portátil y celular) contestando requerimientos laborales, lo que se reafirma por cuanto los demás testigos solicitados por la demandada, a saber, ZULMA STELLA ESPINOSA BALLÉN y JUAN DAVID RIVERA no refirieron en forma alguna que se hubiera modificado la jornada de trabajo en los términos que indicó la otra testigo JENNY ESPERANZA RODRÍGUEZ TORRES, a pesar de que ostentaban el cargo de analistas de operaciones del área comercial.

En cuanto el argumento del apelante de que los *turnos de fallecimientos* implicaban disponibilidad pero no una exigencia elevada de trabajo, en nada afecta la condena el hecho de que la demanda de servicio de la trabajadora demandante fuera alta o baja, por cuanto es la obligación de disponibilidad por sí misma implica que la trabajadora debía estar atenta a tramitar las solicitudes que eventualmente llegaran en dicha franja horaria, hecho corroborado por los testigos de la demandada; en armonía con lo manifestado por JENNY ESPERANZA RODRÍGUEZ TORRES, quien indicó espontánea y expresamente que los *turnos de fallecimientos* tenían unos horarios cerrados para que quedaran en el diagrama del tema productivo, por lo cual no se podían hacer ingresos luego de los horarios fijados porque ya se cerraba el diagrama (01:35:44 cd fl. 987 Aud 20/08/2019).

Así las cosas, los argumentos elevados en el recurso de apelación no logran desvirtuar la conclusión de la Juez de primera instancia de que se estableció una jornada de teletrabajo que por sí sola, incluso considerando el lapso de 3 horas diarias de interrupción los días lunes

y martes, fue superior a la jornada legal máxima y además implicó prestar servicios todos los días de la semana incluyendo domingos y festivos y, en consecuencia, se comparte la decisión de condenar al pago de trabajo suplementario y recargos.

Ahora bien, el apelante indicó que el *a quo* desconoció el precedente jurisprudencial sobre la carga de la prueba del trabajo suplementario y recargos de la H. CSJ, indicando que correspondía a la demandante acreditar la prestación efectiva de su servicio en las condiciones que generan el pago de dichos rubros. Sobre dicho punto particular de oposición, la Sala observa que contrario a lo señalado por la apelante, en el presente asunto sí se acreditó de forma real y efectiva que la demandante prestó su servicio en tiempos que generan el derecho al pago de trabajo suplementario y recargos, no solo con la prueba documental allegada al expediente (convenio de teletrabajo y registro de ingresos a las plataformas *citrix* y *adbooker*), sino también con las pruebas testimoniales practicadas, por cuanto los testigos fueron coincidentes en señalar que la demandante era la única responsable del turno de fallecimientos que implicaba su disponibilidad en un horario cerrado de lunes a viernes de 6pm a 8pm, sábados de 1pm a 5pm y domingos y festivos de 6pm a 8pm, lo que concuerda con el horario de teletrabajo fijado, razón por la cual no se comparte la apreciación del demandante de que no se acreditó la labor que generó las condenas al pago de trabajo suplementario y recargos.

En cuanto a la solicitud subsidiaria del apelante de revisión de los valores liquidados de las condenas, llama la atención de esta Sala que el apoderado de la demandada no presentó un motivo concreto de oposición que sustente tal solicitud, a pesar de que la *a quo* explicó en la parte considerativa de su sentencia la forma como liquidó las condenas, no obstante lo cual el apelante no indicó la fuente de su inconformidad al no establecer si estaba en contra de la manera como se determinó el número semanal de horas extras y recargos, el número de semanas, el salario base sobre la cual fueron liquidadas o cualquier otro punto de la liquidación, omisión que conlleva a tener como no

sustentado este punto de inconformidad y, en consecuencia, la Sala se releva de su estudio al no tener competencia para ello por inexistencia de objeto en la apelación conforme el artículo 66A CPTSS.

Frente a la inconformidad relativa a la fecha de prescripción declarada en la sentencia de primera instancia, se tiene que la *a quo* declaró prescritas las acreencias laborales causadas con anterioridad al 07 de octubre de 2014; si bien es cierto que la demandante presentó reclamación de sus derechos laborales, que luego reclamó en juicio, en la carta de renuncia presentada el 7 de noviembre de 2017 (fl. 889 a 890), también es cierto que la exigibilidad de las acreencias por concepto de trabajo suplementario surge dentro del mes siguiente a su causación, conforme lo establece el Núm. 2º del artículo 134 del CST, se concluye que la remuneración de dichos servicios, prestados entre el 7 de octubre y 7 de noviembre de 2014, no sufren mengua. En consecuencia, se confirmará el límite temporal definido en la sentencia de primera instancia para declarar probada parcialmente la excepción de prescripción.

Teniendo en cuenta que se mantienen las condenas al pago de trabajo suplementario y recargos, la consecuencia no puede ser otra que la de confirmar la condena al pago de la indemnización por despido, razón por la cual no se logró desvirtuar el incumplimiento endilgado por la trabajadora a la demandada como fundamento de su renuncia, conforme indicó la *a quo*.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

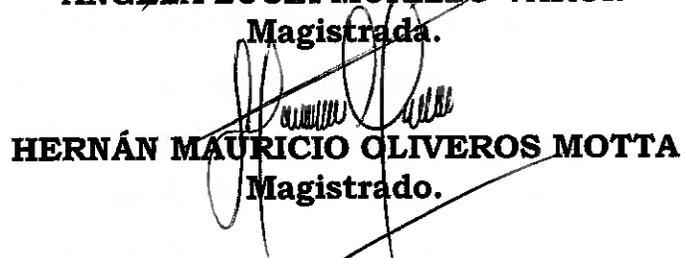
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0054-2021

Radicado N° 10 2016 00421 01

Bogotá D.C. veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019, por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo, se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y se condenó al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE LUCIO CARDENAS CARDENAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **TRANSPORTE LOGISTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S.** Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 14 de marzo de

2013 y el 14 de febrero de 2015; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, indemnización por despido indirecto y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que inició a trabajar al servicio de la demandada el 13 de marzo de 2013; que dicha vinculación se dio mediante contrato de prestación de servicios que finalizó el 13 de junio de 2013; que el 14 de junio de 2013, suscribió un nuevo contrato bajo la misma modalidad y en él se estableció que era a término indefinido, que durante el término de la relación laboral se desempeñó como conductor de tracto camión; que debía estar disponible de manera continua las 24 horas del día; que laboraba de lunes a domingo; que debía trabajar horas extras diurnas y nocturnas; que el salario pactado correspondía a un salario mínimo más el 10% de los viajes que se realizaran; que la demandada realizó los aportes a seguridad social únicamente sobre el salario mínimo sin tener en cuenta el promedio real devengado; que el día 14 de febrero de 2015 presentó renuncia motivada en el incumplimiento del pago de los salarios y prestaciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

TRANSPORTE LOGISTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S. Compareció a través de curador *ad litem*. Ni se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad (fls. 185 a 192).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del

26 de septiembre de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un Contrato de trabajo entre el señor JOSÉ LUCIO CÁRDENAS CÁRDENAS y la aquí demandada, empresa de TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S., comprendido la relación de trabajo, el contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de marzo del año 2013 hasta el 14 de febrero del año 2015, en el cargo de conductor de tractocamión devengando en el período comprendido entre 14 de marzo al 13 de junio del año 2013 la suma de \$800.000 como salario, y a partir del 14 de junio del año 2013 hasta la finalización el 14 de febrero del 2015 la suma mensual de \$3.200.000, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción y en consecuencia ABSOLVER a la demandada de las pretensiones referentes al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones. También se absolverá a la demandada en relación a solicitudes correspondientes a pago de indemnización por despido sin justa causa de conformidad en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** Costas a favor del demandante a cargo de la demandada deben ser tasadas por secretaría e incluir como agencias en derecho la suma de \$200.000”.

Mediante sentencia complementaria dictada en la misma audiencia, se dispuso:

“Se adiciona el numeral PRIMERO de la sentencia en los siguientes términos: a) CONDENAR a la demandada TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S a pagar a favor del demandante, el señor JOSE LUCIO CÁRDENAS CÁRDENAS, los aportes en Seguridad Social en pensiones correspondientes a 17 días del mes de marzo de 2013 y los meses de abril y mayo del año 2013, sobre el salario básico de \$800.000 mensuales con

destino a COLPENSIONES, en las condiciones exigidas por la entidad de Seguridad Social y también se le CONDENA al pago de la diferencia en los aportes teniendo en cuenta que se cotizó sobre los salarios mínimos legales de las anualidades del año 2013 del mes de julio, del mes de junio del año 2013 hasta el 14 de febrero del año 2015, cuando el salario era la suma de \$3.200.000, por ende deberá pagar la diferencia de los aportes teniendo en cuenta esta diferencia de ingreso base de cotización y con destino a COLPENSIONES y en las condiciones exigidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad a la ley”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Para resolverlo indicó que los contratos aportados por la parte demandante acreditan la prestación del servicio a la demandada y de la certificación expedida por dicha sociedad se deduce la existencia de un contrato de trabajo. Declaró probada la excepción de prescripción, respecto de las prestaciones y vacaciones, teniendo en cuenta que la demanda no se notificó al demandado dentro del año siguiente a la admisión de la misma. Definió la procedencia del pago del excedente de los aportes a seguridad social en pensiones sobre los salarios realmente devengados.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante solicita que se revoque parcialmente la decisión de primera instancia y se declare no probada la excepción de prescripción. Para sustentar el recurso aduce que la juez no tuvo en cuenta que el contrato del actor con la demandada finalizó el 14 de febrero de 2015 y la demanda se presentó el 10 de agosto de 2016, que de acuerdo a las normas laborales el término de prescripción es de tres años, y por ello los derechos podían reclamarse hasta el 14 de febrero de 2018. Dice además que si bien operó la prescripción respecto de algunos

conceptos solicitados no ocurre lo mismo con las cesantías, pues éstas solo se hicieron exigibles al término de la finalización del vínculo laboral y por ello, si el actor tenía hasta el 14 de febrero de 2018, no puede iniciar a correr el año de interrupción de que trata el Código General del Proceso antes de esta fecha, pues se estaría aplicando un término inferior al que las normas laborales disponen y por ello no opera la prescripción respecto de las cesantías¹

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegaciones en esta instancia.

¹ *“Gracias señora juez, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación parcial frente al fallo que usted amablemente ha emitido en esta audiencia, el cual me permito sustentar, en relación con la excepción de prescripción alegada frente a las prestaciones y acreencias laborales de mi representado y respetando el fundamento o las consideraciones que tuvo el despacho en cuanto al término de la prescripción y los tiempos de notificación es de poner claro señora juez que de conformidad con lo establecido en la norma laboral en relación con la prescripción pues no se tuvo presente que mi representado finalizó su contrato del 14 de febrero del 2015, la demanda se presentó el 10 de agosto del 2016, sin embargo mi representado tenía entre el 15 de febrero del 2015 hasta el 14 de febrero del 2018 que era el término de prescripción de los 3 años, pues desde esa fecha se hizo exigible el pago de su liquidación y no antes como retomo el despacho, lo sustento pues el término la prescripción de las prestaciones sociales es de 3 años pero por la fecha en que se hacen exigibles cambia su conteo toda vez que el trabajador no puede exigir judicialmente sino cuando ha surgido la obligación del empleador de pagarlas o reconocerlas, en este orden de ideas es de tener presente que si bien es cierto que debe existir una prescripción parcial de algunas obligaciones, también lo es de que hay unas que estaban dentro del término y no se deben declarar en la prescripción como son las de cesantías, en virtud a que estas son exigibles únicamente solo hasta el 14 de febrero del 2015, fecha en la que se terminó el vínculo laboral de mi representada con la demandada, y por ende, deben ser declaradas de manera parcial en dicha prescripción en el relacionado de las demás prestaciones que fueron periódicas haciendo el conteo de los 3 años que establece la ley, por tal motivo con el mayor respeto solicito a los honorables magistrados de la sala laboral que corresponda a resolver el recurso de alzada, se sirva analizar de manera clara el tiempo de prescripción de las acreencias y en el evento en que exista alguna prescripción parcial que sea decretada, sin embargo en cuanto a las cesantías es de mencionar que tal como lo manifestó el despacho le estaría restando tiempo a mi representado, pues por norma tenía término hasta el 13 de febrero del 2018 para haber instaurado la demanda de la acción judicial y a partir de ahí del auto admisorio, sé tendría que contar el año, es ahí donde los 3 años al estar a punto de vencerse, inclusive el mismo 14 de febrero de 2015 hubiera, del 2018, hubiera de esta demanda dependiente del auto admisorio ahí empezaba a correr el año de que trata el código general del proceso en el que sale a notificar y no como lo sustento en su momento en la excepción propuesta, como lo tomó el despacho, pues se le estaría restando tiempo a mi representado para reclamar las prestaciones sociales del término normal de los 3 años, por esta razón solicitó se revoque parcialmente la sentencia recurrida y en consecuencia se reliquiden y se emitan las condenas relacionadas con el pago de las prestaciones sociales y demás indemnizaciones a que tiene derecho mi representado en virtud del vínculo laboral que existió con la demandada, muchas gracias señora jueza”*

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si en el presente asunto operó la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia que: **i)** entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 14 de marzo de 2013 y el 14 de febrero de 2015 (así lo definió la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso); **ii)** que en ejecución de dicho contrato el demandante se desempeñaba como conductor de tracto camión (hecho definido en la sentencia de primera instancia); **iii)** que entre el 14 de marzo y el 13 de junio de 2013 devengaba la suma mensual de \$800.000, y desde el 14 de junio de 2013 hasta el 15 de febrero de 2015 devengó \$3.200.000 (hecho definido en la sentencia de primera instancia y que no fue objeto de recurso).

- Sobre la Excepción de Prescripción

Para resolver lo pertinente, los artículos 488 y 489 del CST consagraron que la prescripción de la acción para reclamar los derechos laborales se configura en un lapso de tres (3) años, contados desde el momento en que la respectiva obligación se hizo exigible, término que puede ser interrumpido por una sola vez con

el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, caso en el cual el término iniciará a contarse nuevamente desde la fecha del reclamo. Las anteriores disposiciones fueron reiteradas en el artículo 151 CPT y de la SS.

Así mismo, el artículo 94 del CGP, norma aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del CPL y de la SS, dispone 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 sólo se producirán con la notificación al demandado”*.

Al efecto y sobre la aplicación de esta norma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que la prescripción de las acciones laborales puede interrumpirse a través de dos mecanismos diferentes pero no excluyentes, a saber: i) extrajudicialmente, mediante la presentación del simple reclamo escrito por parte del trabajador al empleador sobre un derecho determinado; y ii) con la presentación de la demanda en los términos que señala el artículo 90 del CPC (hoy 94 del CGP). Dice la Corte que para resolver sobre la eficacia o ineficacia de la interrupción prevista en el hoy artículo 94 del CGP, es pertinente tener en cuenta lo definido por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2009, pues debe evaluarse el actuar diligente de la parte demandante en cuanto puede ocurrir, que por razones ajenas o no imputables a dicha parte, pierda la posibilidad de exigir su derecho (ver sentencia SL 5159-2020).

Así las cosas, y teniendo en cuenta el anterior fundamento jurídico y jurisprudencial, concluye la Sala que en el presente

asunto operó la excepción de prescripción declarada en primera instancia.

Revisado el expediente se advierte que el contrato existente entre las partes finalizó el 14 de febrero de 2015 (así lo definió la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso), la demanda fue presentada el 10 de agosto de 2016 (fl. 38), y admitida mediante auto del 5 de octubre de 2016, que fue notificado al demandante por estado del 6 de octubre de 2016 (fl. 51). Por consiguiente, y en los términos de la norma referida, la parte demandante tenía hasta el 6 de octubre de 2017 para notificar la demanda a la sociedad demandada, si pretendía interrumpir el término prescriptivo con la presentación de la demanda.

De las actuaciones siguientes, se advierte que para el 6 de octubre de 2017, no se había materializado la notificación de la demanda a la parte demandada. Nótese que mediante auto del 5 de diciembre de 2017 (fl. 82), ante la imposibilidad de surtirse la notificación a la parte a través de la forma prevista en los artículos 291 y 292 del CGP, dispuso su emplazamiento y la designación de un curador para la Litis, emplazamiento que solo se llevó a cabo por la parte hasta el 24 de febrero de 2019 (fl. 183). Del solo recuento de estas actuaciones y sin ahondar en las posteriores, puede deducir la Sala que no se cumplió con el término previsto en el artículo 94 del CGP, para obtener el efecto de la interrupción allí previsto.

En efecto, realizado un estudio detallado de las actuaciones anteriores, lo que se observa es que inicialmente la parte demandante el día 8 de noviembre de 2016, informó al Juzgado del envío de un citatorio a una dirección distinta a la registrada en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la demandada (fl. 52), razón por la cual el Juzgado mediante auto del 16 de

noviembre de 2016 (fl. 56), requirió al demandante para que enviara dicho citatorio a la dirección registrada en el Certificado, posteriormente, mediante escrito presentado en el Juzgado el 8 de febrero de 2017 (fl. 57), la parte informó del cambio de dirección de la demandada y aportó un nuevo Certificado de Existencia y Representación Legal, en el que registra la misma dirección a la que envió inicialmente el citatorio.

Transcurridos más de nueve meses, y solo hasta el 15 de noviembre de 2017 (fl. 72), la parte demandante allegó nuevamente la constancia de envío de la citación para notificación, el 16 de noviembre siguiente el Juzgado dispone la continuación del trámite y ordena que se realice la notificación por aviso (fl. 76), el día 23 de noviembre de 2017 la parte allega el cotejo de envío de la notificación por aviso correspondiente (fl. 77) y posteriormente, mediante auto de fecha 5 de diciembre de 2017 (fl. 82), el Juzgado dispone el emplazamiento.

Del análisis realizado en precedencia, se observa que el término transcurrido sin que se surtiera la notificación a la demandada, obedeció a la inactividad que tuvo el proceso durante más de 9 meses, tiempo que no podría atribuirse a una presunta mora del Juzgado, pues si bien la parte allegó un memorial el 8 de febrero de 2017 (fl. 57), donde informó al juzgado del cambio de dirección de la demandada y el Despacho no se pronunció, lo cierto es que durante todo este tiempo tampoco existió solicitud de impulso o actividad alguna por parte del demandante. Ahora bien, llama además la atención de la Sala que una vez se dictó el auto que dispuso el emplazamiento de la demandada -5 de diciembre de 2017-, solo más de un año después la parte demandante hubiera realizado la publicación correspondiente.

Así las cosas, resulta claro que la parte demandante no interrumpió el término de prescripción con la presentación de la

demanda y por ello operó la excepción propuesta por la parte demandada. Como se dijo, la relación laboral entre las partes finalizó el 14 de febrero de 2015, y solo hasta el 5 de marzo de 2019 (fl.184), fecha en que se notificó el curador *ad litem* designado, se entiende notificada la demanda y por ello, es esta fecha la que debe tenerse en cuenta para efectos de la interrupción prevista en el artículo 94 del CGP. En este orden de ideas y dado que para esta última fecha ya había transcurrido el término trienal previsto en los artículos 488 y 489 del CST, la acción para reclamar los derechos deprecados prescribió.

Para responder el argumento planteado por la apoderada del demandante en el recurso, conviene precisar que no es posible entender que debiera esperarse a que transcurrieran los tres años previstos en la norma laboral, para desde allí iniciar a contar el término de 1 año que tenía la parte para notificar la demanda, pues clara es la norma, en definir que este término inicia desde la fecha en que se admite la misma, y no desde aquella en que vencería el término de prescripción de tres años que prevé la norma laboral. Para ello, precisamente, está definida en el ordenamiento jurídico la figura de la interrupción, que otorga a la parte la posibilidad de presentar un simple reclamo al empleador con la distinción de los derechos que se reclaman, o presentar la demanda y notificarla dentro del año siguiente a su admisión, para obtener el efecto de ésta y así lograr que el término prescriptivo inicie a correr nuevamente desde esta fecha en que se configuraría la interrupción.

Por todo lo anterior se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a igual conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

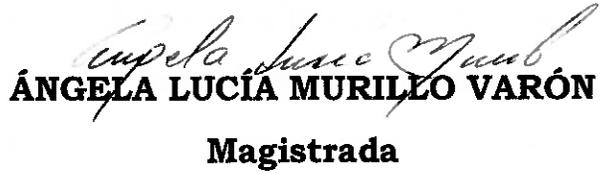
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

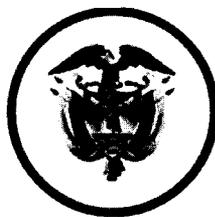
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0055-2021

Radicado N° 12-2012-00592-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **NATALIA GARZÓN ABRIL**, en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre la demandante y el CONSORCIO OCCIDENTAL conformado por **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S., HYH ARQUITECTURA S.A. y CONSTRUCTORA INCA S.A.S.**, existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 09 de marzo de 2010 al 30 julio de 2011, condenó a las sociedades consorciadas a pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, absolvió a las demandadas, entre ellas al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, de las demás pretensiones y condenó en costas a las sociedades consorciadas (fl. 361, 57:02 cd fl. 360).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 80 a 89).**

NATALIA GARZÓN ABRIL solicitó declarar que existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada con el CONSORCIO

OCCIDENTAL del 09 de marzo de 2010 al 30 de julio de 2011 y declarar la responsabilidad solidaria de las sociedades consorciadas y del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU** como beneficiario del servicio del contrato de obra IDU 029 de 2009; en consecuencia, condenar al pago de los salarios de julio de 2011, prestaciones sociales de 2011, vacaciones causadas durante la relación laboral, indemnización moratoria, condenas ultras y extra *petita*, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el CONSORCIO OCCIDENTAL fue conformado por **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S.**, **HYH ARQUITECTURA S.A.** y **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.** Señaló que el precitado Consorcio y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU** celebraron el contrato de obra IDU 029 de 2009. Aseguró que el Consorcio la vinculó mediante contrato de trabajo por obra o labor determinada, a fin de dar apoyo en la ejecución del plan de gestión social conforme los lineamientos del **IDU**, con un salario de \$1.050.000. Manifestó que desde enero de 2011, el Consorcio se retrasó en el pago del salario, momento en el cual solicitó licencia no remunerada por una semana, tras lo cual se le informó que el empleador tenía en mora en el pago de aportes a salud, motivos por los cuales renunció el 11 de julio de 2011 y requirió el pago del salario de dicho mes y la liquidación, posteriormente; que el 11 de agosto de 2011, solicitó al consorcio la carta de autorización para el retiro de cesantías y el pago de las demás acreencias, a lo cual contestó el Consorcio que el pago se realizaría de 1 a 20 días hábiles, lo cual no ocurrió, por lo cual radicó un derecho de petición el 06 de septiembre de 2011, el que no le fue contestado, ante lo cual el 12 de septiembre de 2011, informó al CONSORCIO INTERVIAL 09 el no pago de sus derechos y el 29 de septiembre de 2011, remitió queja al **IDU** mediante correo electrónico a fin que la Entidad exigiera el pago a su contratista, pese lo cual el **IDU** contestó el 11 de noviembre de 2011, que no tenía ninguna injerencia en dicha situación.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

HYH ARQUITECTURA S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO OCCIDENTAL; que el **IDU** fue beneficiario de contrato de obra y que dicho Consorcio contrató a la demandante. Indicó que su participación consorcial fue del 20% y que a ello se limita; que conformó el consorcio para celebrar el contrato de obra de construcción de andenes; que la demandante confesó que su empleador era el Consorcio y no la sociedad como tal y que no le constan hechos relativos a dicha presunta relación. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, compensación, límite de responsabilidad y buena fe (fl. 224 a 231).

Mediante auto del 15 de marzo de 2016, se ordenó el emplazamiento de **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S.** (fl. 266), tomando posesión la *curadora ad litem* el 31 de marzo de 2016 (fl. 271), quien contestó la demanda y manifestó atenerse a que resulte probado, indicó que no le consta ningún hecho y no interpuso excepciones (fl. 272).

Mediante auto del 04 de diciembre de 2017 se ordenó el emplazamiento de **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.** (fl. 345), tomando posesión el *curador ad litem* el 07 de diciembre de 2017 (fl. 344), quien contestó la demanda y manifestó no aceptar ni oponerse a las pretensiones, aceptó los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO OCCIDENTAL, la suscripción del contrato de obra 029 de 2009 con el **IDU** y la contratación de la demandante interpuso la excepción genérica (fl. 350 a 351).

El **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO OCCIDENTAL, que celebró con éste el contrato de obra 029 de 2009 y que recibió y contestó queja de la demandante. Indicó que el objeto del contrato de obra 029 de 2009, la realización de obras para la construcción de andenes correspondiente al proyecto código de obra 410 del Acuerdo 180 de 2005, obligándose

el contratista a cumplir las responsabilidades laborales del personal que contrató para la ejecución de dichas obras, así mismo, señaló que contrató la interventoría del precitado contrato con el CONSORCIO INTERVIAL 09, sin que en el expediente del contrato de obra exista indicio de reclamación laboral de la demandante, frente a quien indicó que no le constan los hechos del presunto contrato de trabajo que se alega en la demanda porque se tratan de hechos de un tercero. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, cobro de lo no debido y cobro a persona diferente a la deudora (fl. 120 a 134).

Por su parte, el **IDU** solicitó el llamamiento en garantía de **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.**, por cuanto indicó que el CONSORCIO OCCIDENTAL, como contratista del contrato de obra 029 de 2009, constituyó garantía de cumplimiento No. 20388 a favor de la Entidad, la cual ampara salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (fl. 184 a 187).

Así las cosas, **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, en su calidad de entidad absorbente de la aseguradora llamada en garantía, se opuso a las pretensiones en contra del **IDU**; aceptó como ciertos los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO OCCIDENTAL y la celebración del contrato de obra 029 de 2009; indicó que no le constan los hechos relacionados con la presunta relación laboral; que el **IDU** no fue empleador de la demandante y que no se cumplen los requisitos de la solidaridad del artículo 34 CST porque la demandante indicó que realizó gestión social y tal actividad no es propia del objeto de dicha Entidad; interpuso las excepciones de inexistencia de solidaridad por falta de nexo causal entre el presunto servicio personal y la ejecución de las obras por el **IDU**. De otra parte, se opuso al llamamiento en garantía, por cuanto si bien fue cierto que el CONSORCIO OCCIDENTAL fue tomador de una póliza y el beneficiario y asegurado fue el **IDU**, la misma solo cubre salarios y prestaciones sociales, pero no indemnizaciones, en caso de incumplimiento parcial se deduce la parte cumplida de la obligación, solo cubre los riesgos acaecidos en vigencia de la póliza y hasta por el

monto asegurado; interpuso la excepción genérica frente al llamamiento en garantía (fl. 307 a 313)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 361, 57:02 cd fl. 360).

El 12 de agosto de 2019, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR la existencia de relación de trabajo entre NATALIA GARZÓN ABRIL y CONSORCIO OCCIDENTAL, conformado por GEOCONSTRUCCIONES S.A.S., HYH ARQUITECTURA S.A., CONSTRUCTORA INCA S.A.S, entre el 09 de marzo del año 2010 y hasta el 30 de julio del año 2011, mediante contrato de trabajo por obra labor. SEGUNDO: CONDENAR a GEOCONSTRUCCIONES S.A.S., HYH ARQUITECTURA S.A. y CONSTRUCTORA INCA S.A.S., de manera solidaria a pagar a favor de la señora NATALIA GARZÓN ABRIL los siguientes conceptos: a) por conceptos de salarios del mes de julio del año 2011 \$1.050.000, b) por concepto de cesantías \$612.500, c) \$42.875 por intereses de cesantías, d) primas de servicios \$612.500 pesos, e) por concepto de vacaciones \$716.041, f) por concepto de indemnización por falta de pago del artículo 65, entre el 1º de agosto del año 2011 y al 29 julio del año 2013, que son los primeros 24 primeros meses, la suma de \$19.950.000; a partir del mes 25, los intereses moratorios sobre saldo del salarios y prestaciones adeudadas, de acuerdo con el interés bancario corriente y las tasas del año del artículo 884 CCO; TERCERO: ABSOLVER a GEOCONSTRUCCIONES S.A.S., HYH ARQUITECTURA S.A., CONSTRUCTORA INCA S.A.S., miembros del CONSORCIO OCCIDENTAL, de las demás suplicas de la demanda conforme a la parte que motiva la presente decisión. CUARTO: ABSOLVER al INSTITUTO DESARROLLO URBANO IDU y la llamada en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA de todas y cada una de las suplicas de la demanda, conforme a la parte que motiva la presente decisión. QUINTO: DECLARAR no probada las decisiones formuladas por GEOCONSTRUCCIONES S.A.S, HYH ARQUITECTURA S.A. y CONSTRUCTORA INCA S.A.S., miembros del CONSORCIO OCCIDENTAL, declarar probada la excepción de falta de legitimación de la causa por parte del IDU y en consecuencia de la misma, respecto a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA. SEXTO: CONDENAR a GEOCONSTRUCCIONES S.A.S, HYH ARQUITECTURA S.A. y CONSTRUCTORA INCA S.A.S, miembros del CONSORCIO OCCIDENTAL, en costas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.200.000 pesos. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si existió un contrato de trabajo entre la demandante y el CONSORCIO OCCIDENTAL, la procedencia o no de condenar a las acreencias reclamadas y de declarar la responsabilidad solidaria conforme el artículo 34 CST de las demandadas y llamada en garantía.

Para resolver indicó que las pruebas documentales demuestran que entre la demandante y el CONSORCIO OCCIDENTAL existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 09 de marzo de 2010 al 30 de julio de 2011, el cual se supeditó a la realización del contrato de obra 029 de 2009 celebrado entre **IDU** y el CONSORCIO OCCIDENTAL, sin que exista prueba del pago de aportes luego de marzo de 2011, lo que respalda la negación indefinida de la demandante, por lo cual condenó al pago de salarios y prestaciones sociales; condenó al pago de la indemnización moratoria ya que el CONSORCIO OCCIDENTAL manifestó ante el **IDU** que había pagados sus obligaciones laboral cuando en la realidad no las canceló, a pesar de los requerimientos efectuados; declaró la responsabilidad solidaria de las sociedades consorciadas en virtud del artículo 7 de la Ley 80 de 1993; negó la condena a la responsabilidad solidaria del **IDU**, por cuanto el artículo 34 CST exige que la actividad del trabajador contratista sea propia del giro ordinario de los negocios del contratante, al ser una necesidad propia ligada a la explotación del objeto social del contratante, presupuesto que no se cumplió porque las actividades que realizó la demandante como auxiliar social son complementarias más no inherente a la construcción de obras de desarrollo urbanístico que es la función propia del **IDU**.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **NATALIA GARZÓN ABRIL** solicitó declarar la responsabilidad solidaria del **IDU** y subsecuente condena a la llamada en garantía. Indicó que las actividades que desarrolló la demandante fueron conexas y necesarias para el cumplimiento integral del objeto del contrato de obra 029 de 2009, al punto que la gestión social se

determinó expresamente en el precio del contrato, las obligaciones del contratista reconocen expresamente dar cumplimiento al pliego de condiciones en materia ambiental y social, al punto que la actividad del **IDU** estaría incompleta de no desarrollarse el componente social, recalcando que la jurisprudencia de la H. CSJ no impone que las actividades coincidan sino que sean afines a la actividad u objeto social del contratante, tal y como ocurrió en el caso concreto¹ (57:02 cd fl. 360).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó que se resuelva favorablemente el recurso de apelación, por cuanto las actividades que desarrolló la demandante son conexas y necesarias para el cumplimiento del contrato 029 de 2009, siendo que

¹ Su señoría, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia, en lo que respecta a la absolución que profiere el despacho hacia el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, y hacia el llamado en garantía, así como la declaratoria de probada de la excepción de falta de legitimación, en el entendido de que es más que claro que si existe la solidaridad laboral que se predica en el artículo 34 CST, en cuanto a que las actividades que desarrollaba la señora NATALIA GARZÓN son conexas y necesarias para el desarrollo integral del objeto del contrato 029 del año 2009, tan es así que la actividad de gestión social es extremadamente necesaria y va completamente ligada al desarrollo del objeto del contrato, como quiera que en el mismo documento se contempla, en la cláusula segunda del valor del contrato, el componente que se describe de la siguiente manera “valor global para la gestión social por la suma de \$170.062.029”, seguidamente, se habla en el mismo contrato del valor global de la gestión social, desarrollando la cláusula tercera sobre la forma de pago indicando lo siguiente “se pagara a precio global fijo este valor, será dividido en el número de meses de la etapa de construcción y se pagará una parte en cada acta mensual”, lo cual indica claramente que la actividad de gestión social, en la cual era participe la señora NATALIA GARZÓN como auxiliar de gestión social, era necesaria y conexas al desarrollo del 100% del objeto del contrato 029 del 2009, previa valoración, continuó diciendo el artículo “previa valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la interventoría (en este caso la desarrollaba un tercero), conforme a lo indicado en el apéndice ambiental” Igualmente, nuevamente aparece el componente de gestión social, discriminado en las obligaciones del contratista que están en el numeral 12 del contrato 029 del 2009, en su numeral 3 literal e), cuando señala lo siguiente “el contratista deberá cumplir con las obligaciones contenidas en el apéndice f) del pliego de condiciones”, 4 permiso para el movimiento de maquinaria y transporte carga indivisible, extra pesada y extradimensionada por la malla vial de Bogotá, e) obligaciones en materia ambiental y social y en materia de seguridad industrial y salud ocupacional dice “primero, dar estricto cumplimiento a lo establecido en la guía ambiental adoptada por el IDU, la cual deberá ser solicitada en la dirección técnica coordinadora del IDU o consultar en la página web del instituto y lo establecido en el pliego de condiciones en materia ambiental y social, en especial en lo dispuesto en el apéndice ambiental”. Seguidamente, es clarísimo de que el componente de gestión ambiental es una situación inherente a la estructura de los contratos que se deben desarrollar con el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO en materia de obra pública, lo cual indicaría que de no desarrollarse este componente, la actividad total del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, como se describe el acuerdo a lo expresado por el despacho, sería incompleta y no cumpliría su propósito y beneficio final. Su señoría, en ese orden de ideas concluyo indicando que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado que el verdadero empleador contratista independiente en este caso, no se trata de solamente que cumpla idénticas labores a las que desarrolla, quien recibe el beneficio de la obra, de alguna manera es necesario que esas actividades coincidan con el fin o el propósito que busca el empresario contratista, en otras palabras, que sean afines a la actividad u objeto social que desarrolla el contratante. En ese orden de ideas, su señoría, presento los reparos concretos a la parte adversa de la sentencia impartida por este despacho.

la gestión social es inherente a los contratos que debe desarrollar el **IDU** por obra pública, por lo cual si se cumplen los requisitos del artículo 34 CST; de otra parte, la demandada **IDU** otorgó poder a la Dra. Gisele Brigitte Bellmont, identificada con CC 1.030.548.530 y TP 189.778 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien solicitó confirmar la sentencia porque no se cumplen los requisitos para declarar la responsabilidad solidaria del artículo 34 CST, por cuanto la labor de la demandante resulta extraña a las actividades propias del giro misional del Instituto contratante, por cuanto el **IDU** no tiene como misión realizar actividades de gestión social. Agotado el término legal, las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si se configuró la responsabilidad solidaria del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU** en calidad de beneficiario de la obra y la subsecuente responsabilidad de la compañía de seguros llamada en garantía, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i*) el CONSORCIO OCCIDENTAL fue conformado por las sociedades **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.**, **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S.** y **HYH ARQUITECTURA S.A.** (fl. 39, 232 a 233); *ii*) entre el CONSORCIO OCCIDENTAL y **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU**, el primero como contratista y el segundo como contratante, se celebró en contrato por obra 029 de 2009 (fl. 188 a 211); *iii*) entre el CONSORCIO OCCIDENTAL y la

demandante **NATALIA GARZÓN ABRIL** se celebró contrato de trabajo por obra o labor determinada, en virtud del cual se vinculó a la demandante como auxiliar social (fl. 12 a 15); **iv)** la demandante presentó renuncia motivada el 30 de julio de 2011 (fl. 17).

- Acerca de la Responsabilidad Solidaria Entre Contratista y Contratante Conforme el Artículo 34 CST.

El artículo 34 del CST consagró que será un verdadero empleador el contratista independiente, definiendo al mismo como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos y su realización con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Adicionalmente, el precitado artículo estableció que, si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, salvo cuando la labor de los trabajadores del contratista sea extraña a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho aquellos trabajadores.

La H CSJ indicó en la sentencia SL Rad. Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, que no basta para el surgimiento de la precitada responsabilidad solidaria que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio corresponde a una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico, esto es, que haga parte del giro ordinario de sus negocios. Por su parte, en la sentencia SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta considerar el objeto social del contratista y el beneficiario, por cuanto debe analizarse si la actividad del trabajador puede catalogarse en el giro ordinario de los negocios del contratante, por cuanto si se trata de actividades ajenas a las que explota el dueño de la obra se desvirtúa la responsabilidad solidaria, tal y como reitero la Corporación en

sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró que entre la demandante y el CONSORCIO OCCIDENTAL, conformado por **GEOCONSTRUCCIONES S.A.S.**, **HYH ARQUITECTURA S.A.** y **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.**, existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 09 de marzo de 2010 al 30 julio de 2011, condenó a las sociedades consorciadas a pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, absolvió a las demandadas, entre ellas al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU** y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, de las demás pretensiones y condenó en costas a las sociedades consorciadas.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó declarar la responsabilidad solidaria del **IDU** y subsecuente condena de la llamada en garantía. Indicó que las actividades que desarrolló la demandante fueron necesaria y conexa para el cumplimiento integral del contrato de obra 029 de 2009, que la actividad del **IDU** estaría incompleta de no desarrollarse el componente social y que la jurisprudencia de la H. CSJ no exige que las actividades sean idénticas sino afines a la actividad y objeto social del contratante.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, el artículo 34 CST estableció que el contratista independiente será verdadero empleador de sus trabajadores, no obstante, cuando el contratante sea beneficiario del trabajo o dueño de la obra será solidariamente responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del contratista, salvo cuando dicha labor sea extraña a las actividades normales de la empresa o negocio del contratante.

Respecto la naturaleza y alcance de dicha solidaridad, la H. CSJ ha indicado que la misma no surge con el mero hecho de que el contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio es una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico y que haga parte del giro ordinario de sus negocios, al punto de coincidir con el fin o propósito que busca el empresario y contratista, siendo que sin las actividades del contratista la empresa principal no podría trabajar o le sería imposible cumplir su finalidad, tal y como ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL Rad. Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

En el caso bajo estudio, la **DEMANDANTE** solicitó declarar la responsabilidad solidaria del **IDU** en los términos del artículo 34 CST, por cuanto indicó que la actividad que desarrolló de gestión social fue necesaria y conexa para el cumplimiento integral del contrato de obra 029 de 2009, por lo cual la actividad del **IDU** estaría incompleta sino se desarrolla el componente social, a la vez que la jurisprudencia de la H. CSJ no exige que las actividades sean idénticas sino afines.

Al respecto, debe considerarse que el Acuerdo distrital 19 de 1972 y el Decreto distrital 980 de 1997 establecieron las funciones del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU**, llamando la atención que se le asignó a dicha Entidad la ejecución de obras públicas de desarrollo urbanístico y las operaciones para la distribución, asignación y cobro de las contribuciones de valorización y pavimentación, así mismo, el **IDU** asumió algunas funciones de la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DE BOGOTÁ, en lo relativo a la participación en la fijación de políticas y planes de obras públicas, realizar proyectos y construcción de obras, mantener el inventario de estado de vías, parquees, puentes peatonales y vehiculares, mantener una base de costos de construcción de obras públicas, entre otras.

Para el cumplimiento de las anteriores funciones, el numeral 2 del artículo 2 del Decreto Distrital 980 de 1997 autorizó al **IDU** para realizar, directamente o por contrato, los proyectos, diseños y construcción de las obras en concordancia con el Plan de Desarrollo Económico, Social y de Obras Públicas del Distrito Capital, sin embargo, ni el Acuerdo distrital 19 de 1972 y el Decreto distrital 980 de 1997 establecieron como parte de las funciones del **IDU** la ejecución de acciones relacionadas con la gestión social necesaria para el desarrollo de las obras ejecutadas o contratadas por dicho instituto, actividad que por ende no hace parte del giro ordinario de los negocios de dicha Entidad.

No desconoce la Sala que el principio de economía de la contratación estatal conllevó a que el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, estableciera que cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer el impacto social, económico y ambiental del proyecto, sin embargo, tal requisito no puede interpretarse para concluir que hace parte del giro ordinario de los negocios del **IDU** la gestión social de las obras contratadas, por cuanto la realización del impacto social de las obras es una exigencia social que se impone a todas las entidades contratantes públicas de forma abstracta e impersonal en virtud de un mandato general, sin que por ello se hubiera modificado las funciones, competencias y misión de cada entidad individualmente considerada.

Así las cosas, si bien el desarrollo del contrato de obra 029 de 2009, estableció como parte del objeto contractual y del precio la gestión social, requisito necesario para adelantar dicho proceso contractual conforme el principio de economía en virtud del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no por ello se puede inferir que el **IDU** tiene como misión realizar la gestión del impacto social de la obra, actividad que no fue consagrada como una función propia de dicha Entidad en las normas distritales que definen su competencia y misionalidad.

En consecuencia, no se cumplen los requisitos para acceder a la petición de la parte apelante de declarar la responsabilidad solidaria del **IDU** como beneficiario de la obra, por cuanto se reitera que la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha determinado que para aplicar dicha figura consagrada en el artículo 34 CST, se debe demostrar que el servicio prestado por el trabajador del contratista corresponde a una función propia de las actividades del contratante vinculada directamente con su objeto económico y que haga parte del giro ordinario de sus negocios, presupuesto que no se cumple en el caso concreto, por lo cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

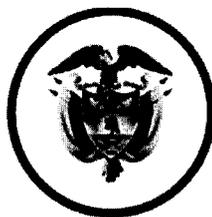
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0052-2021

Radicado N° 14 2018 00355 01

Bogotá D.C. veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

AGUSTIN PERDOMO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **DENIS JUDITH ZULUAGA DE LA HOZ**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 1° de abril de 2013 y el 15 de diciembre de 2017; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las

cesantías, primas de servicio, vacaciones, trabajo suplementario, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que inició a trabajar al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo verbal el 1° de abril de 2013; que fue contratado para desempeñar el cargo de guardaespaldas por las amenazas de que era objeto la demandada como propietaria de la Empresa Nacional de Rutas; que siempre cumplió su labor de manera personal; que debía prestar el servicio en el horario y fechas señaladas por la demandada; que devengaba la suma mensual de \$1.800.000 y cumplía sus funciones de 8 de la mañana a 6 de la tarde; que durante el vínculo nunca le canceló prestaciones sociales, que la terminación del contrato se dio por un despido indirecto dado el incumplimiento sistemático en el pago de las obligaciones laborales, que el vínculo laboral se extendió hasta el 15 de diciembre de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DENNIS JUDITH ZULUAGA DE LA HOZ. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos los negó en su totalidad. Propuso como excepciones las de prescripción, veracidad de pruebas, cobro de lo no debido, inutilidad de las pruebas documentales, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, falta de la verdad y carencia de pruebas de falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 56 a 69).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de noviembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la señora Denis Judith Zuluaga de la Hoz, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor Agustín Perdomo, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO:** Relevarse del análisis puntual de las excepciones propuestas por el extremo pasivo dado el resultado absoluto del litigio. **TERCERO: CONDENAR** en costas de la acción a la parte actora en oportunidad serán tazadas. **CUARTO:** En el evento de no apalearse esta decisión se ordena surtir el grado jurisdiccional de consulta.”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Para resolverlo indicó que de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, el actor no logró demostrar la prestación de un servicio continuo en favor de la demandada, pues solo se acreditó que éste, de manera esporádica acompañaba a la demandada a diligencias bancarias que duraban un par de horas, que en ocasiones realizaba diligencias relacionadas con la consignación de cheques o entrega de documentos pero no se determinó en manera alguna la periodicidad en que prestaba dichos servicios. Concluyó que el demandante no cumplió la carga de probar la prestación continua del servicio y por ello negó las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la juez no valoró en debida forma el testimonio de FABIO ANTONIO OSPINA, quien era compañero de trabajo del actor, que además se probó la prestación del servicio y por ello es procedente la declaratoria de la existencia del contrato.¹

¹ “Señora juez desde el punto del derecho no comparto su decisión que no corresponde a la realidad presentada en la demanda, por lo concerniente presentó recurso de apelación para sustentarla ante el Tribunal Sala laboral en la cual voy a fundamentar o en pequeño groso modo, teniendo en cuenta que la prueba más concreta está el testimonio del señor

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó sus alegaciones y al efecto solicita que se revoque la decisión de primera instancia, se declare la existencia de un contrato de trabajo y se dicten las condenas solicitadas.

Por su parte, la demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados en favor de la demandada.

VII. CONSIDERACIONES

Para definir sobre la existencia de la relación laboral que se pide en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las

Fabio Antonio Ospina persona que fue compañero, no es de escuchar ni de ideas como pretende decir la señora juez, fue compañero y trabajador, inclusive también presentó demanda aquí contra la demandada, proceso que ella concilió de otra forma en otro juzgado que donde yo fui apoderado, de otra parte supieron los elementos sustanciales del contrato de trabajo que son unas ordenes en un trabajo y una prestación de servicio y es cuestionable la elección del despacho porque una persona no va durar 5 años en una empresa y va a demandar por querer y por justificar algún beneficio propio, entonces solicitó que se me conceda recurso para sustentarlo ante el superior".

formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*. Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la

declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda al advertir que revisado el material probatorio allegado al expediente se concluye que el demandante no demostró haber prestado de manera continua servicios personales a favor de la sociedad demandada, razón por la cual no opera la presunción legal.

Para llegar a la anterior conclusión advierte la Sala que de la prueba documental aportada nada útil se obtiene, pues las cuentas de cobro que obran de folios 10 a 15, si bien se encuentran dirigidas a la demandada, en manera alguna están reconocidas o aceptadas por esta persona; tampoco se obtiene nada relevante de las actas de entrega que obran de folios 16 a 18, pues dichos documentos nada indican sobre la presunta prestación de un servicio por parte del demandante a DENIS JUDITH ZULUAGA DE LA HOZ, misma situación que ocurre con los comprobantes de consignación de folios 19 a 22, que nada relevante al punto de la controversia contienen.

Frente al interrogatorio de parte rendido por la demandada (CD. 4 min. 5:44), lo único relevante que puede extraer la Sala, es que ésta acepta que el actor de manera esporádica la acompañaba a retirar dinero del Banco, que el acompañamiento era por una o dos horas, dependiendo la fila del Banco y lo que durara el desplazamiento hasta la empresa o su casa, o lugar donde fuera a guardar el dinero, que dichos acompañamientos dependían de las veces que requiriera realizar los retiros y podría ser en ocasiones una vez o excepcionalmente dos veces a la semana, que cuando necesitaba al actor para este efecto, lo llamaba y le preguntaba si se encontraba disponible.

Frente al testimonio rendido por FABIO ANTONIO OSPINA LOPEZ (CD. 4 min. 11:57), único aspecto sobre el cual funda el recurso la parte demandante, encuentra la Sala que sus afirmaciones resultan imprecisas y contradictorias con lo señalado por GUILLERMO ARTURO FONTALBO CEBALLOS (CD. 4 min. 21:47). Al efecto el primero de ellos señaló que el 1° de abril de 2013 iniciaron a prestar servicios a la demandada, que realizaban labores varias, entre ellas la de acompañamiento a Bancos para retiro de dinero, que él era el conductor y el actor su acompañante, que debían cumplir horario en la empresa de 8 de la mañana a 6 de la tarde, que no recuerda el nombre de la empresa, pero sabe que ello fue así hasta el 2015 cuando se retiró. Dichas afirmaciones resultan contradictorias con lo manifestado por el segundo testigo referido, quien afirmó haber trabajado al servicio de Nacional de Rutas entre los años 2007 y 2015, que aproximadamente desde el año 2013 veía al demandante en las instalaciones de empresa de manera ocasional, que solo lo veía los días en que se realizaban retiros de dinero, pues éste hacía una labor de acompañamiento, que no siempre que habían retiros de dinero estaba el actor porque en ocasiones iba otra persona, que no sabe quién le pagaba al actor y las últimas veces que lo vio fue aproximadamente hasta finales del año 2014.

De dicha prueba testimonial, no puede la Sala deducir de manera cierta una prestación personal del servicio del actor, pues los dichos de estas personas fueron contradictorios entre sí y por ello no ofrecen certeza ni credibilidad alguna para definir el objeto de la controversia.

En este orden de ideas, y del análisis en conjunto de las pruebas del expediente, lo único que puede concluir la Sala es que AGUSTIN PERDOMO, de manera esporádica, prestaba el servicio de acompañamiento a la demandada, no obstante de esa sola conclusión, a juicio de la Sala, no puede darse aplicación a la

presunción legal que establece la norma laboral, pues dicho servicio no era continuo ni determinable en cuanto a la periodicidad con que éstos se prestaban, si bien la demandada manifestó que podría ser una vez a la semana o excepcionalmente dos veces, en manera alguna se mencionó si quiera, si ello ocurría todas las semanas durante el tiempo que se aduce en la demanda.

Así las cosas y por las razones expuestas la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, precisando sobre el escrito allegado por la parte demandante (fls. 85 a 103) y mediante el cual dicha parte aduce estar sustentado el recurso de apelación, que no es procedente tener en cuenta los argumentos allí expuestos, pues en los términos claros y perentorios que define el artículo 66 del CPL y SS, la oportunidad procesal para interponer y sustentar este recurso, es en la misma audiencia donde se dictó la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0033-2021

Radicado N° 15-2014-00164-02

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de los **DEMANDANTES** y de las demandadas **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV**, en contra de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre el demandante **JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA** y el CONSORCIO LUZ conformado por **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y **CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LTDA.** existió un contrato de trabajo del 24 de marzo de 2011 al 21 de septiembre de 2012, que entre **ORLANDO GARZÓN MILLÁN** y el mismo consorcio existió un contrato de trabajo del 15 de noviembre de 2011 al 15 de mayo de 2012, condenó a las empresas consorciadas al pago de acreencias laborales e indemnización moratoria del artículo 65 CST, declaró la responsabilidad solidaria de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV**, condenó a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** a reintegrar a favor de la Unidad las sumas que tuviera que pagar con

ocasión de su responsabilidad solidaria y condenó en costas a la sociedades consorciadas y a la Unidad (fl. 712, 01:20:23 cd fl. 711).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 320 a 342).**

JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA solicitó declarar que existió un contrato de trabajo del 24 de marzo de 2011 al 21 de septiembre de 2012 con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** y que las empresas que conforman el CONSORCIO LUZ actuaron como simples intermediarias; por su parte, **ORLANDO GARZÓN MILLÁN** solicitó igual declaratoria con fecha de vinculación del 15 de noviembre de 2011 al 15 de mayo de 2012; de forma subsidiaria, solicitaron declarar que el Consorcio fue su empleador, en consecuencia, condenar a las sociedades consorciadas al pago de acreencias laborales e indemnización moratoria, declarar la responsabilidad solidaria de la **UAERMV** como beneficiario del servicio, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos, los demandantes indicaron que el consorcio suscribió contrato 113 con la Unidad para el suministro de personal para el mantenimiento de la malla vial de Bogotá D.C., que fueron contratados por el Consorcio, **JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA** en el cargo de ayudante de obra y **ORLANDO GARZÓN MILLÁN** como conductor de volqueta, actividad que fue en beneficio de la malla vial de Bogotá D.C. y que prestaron de forma personal, cumpliendo horario, bajo subordinación y siguiendo las instrucciones de los representantes del consorcio y de la Unidad, quienes definían la logística para el desarrollo de la labor, a cambio de un salario de \$566.700 y \$1.500.0000 respectivamente. Afirmó **JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA** que se le adeuda el salario de agosto y septiembre de 2012, prestaciones sociales de 2012, vacaciones de toda la relación y nunca fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social Integral; por su parte **ORLANDO GARZÓN MILLÁN**, señaló que no se pagaron las prestaciones sociales de 2012 y vacaciones de toda la relación laboral.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

Mediante auto del auto del 03 de noviembre de 2015 se ordenó el emplazamiento de **CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LTDA.** (fl. 241). La *curadora ad litem* de dicha demandada se opuso a todas las pretensiones, no aceptó ningún hecho y no propuso excepciones de mérito (fl. 316 a 319). Por su parte, mediante auto del 12 de septiembre de 2016 se tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de esta sociedad (fl. 497).

ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO LUZ y la existencia del Contrato 113 de 2011. Señaló que la sociedad fue intervenida por captación ilegal de dinero por auto 400-004362 del 16 de marzo de 2015 proferido por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, que las oficinas de la sociedad estaban abandonadas y los documentos destruidos, que los demandantes no se hicieron parte del proceso de la Ley 1116 de 2006 y que el 10 de julio de 2018, se realizó audiencia de resolución de objeciones al proyecto de graduación y calificación de créditos, siendo irreal la posibilidad de pagos a los demandante porque no se presentaron como acreedores y la sociedad debe \$4.000.000.000 por captación ilegal de dinero, no tiene bienes y los afectados por la captación tiene prevalencia sobre cualquier crédito conforme el Decreto 4334 de 2008. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción e imposibilidad de exigir obligaciones por no hacerse parte del trámite de Ley 1116 de 2006 (fl. 624 a 625).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la conformación del CONSORCIO LUZ, que suscribió el contrato 113 de 2011 y que la Unidad se creó mediante Acuerdo Distrital 257 de 2006. Indicó que mediante el contrato 113 de 2011 el Consorcio se obligó a realizar por su cuenta y riesgos actividades complementarias al

mantenimiento y rehabilitación de la malla vial local de Bogotá D.C., que no sostuvo ningún tipo de relación con los demandantes ni le constan las particularidades del presunto servicio ni participó en dicha actividad, que no se benefició de las presuntas labores y que no es cierto que sea su función el mantenimiento de todas las vías de Bogotá D.C., de otra parte aseguró que el apoderado de la parte actora presentó una reclamación administrativa sin contar con poder para ello. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe del demandante, pago y la genérica (fl. 413 a 427).

A su vez, la **UAERMV** solicitó el llamamiento en garantía de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** en virtud de la póliza de cumplimiento 3000996 (fl. 86 a 87), solicitud que se aceptó mediante auto del 03 de noviembre de 2015 (fl. 241).

LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos relativos a la existencia del contrato 113 de 2011; indicó que no hay prueba de la presunta relación laboral de los demandantes y que no le asiste responsabilidad solidaria a la **UAERMV**. Se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía; aceptó los hechos relativos a la póliza 3000996, en la cual es tomador el CONSORCIO LUZ y asegurado y beneficiario la **UAERMV**, la cual cubre salarios y prestaciones sociales por \$719.625.000 vigente del 22 de marzo de 2011 al 22 de septiembre de 2015; indicó que no se notificó el llamamiento dentro de los 6 meses conforme el artículo 66 CGP, de otra parte, la **UAERMV** no cumplió con su obligación de hacerse parte en el proceso de insolvencia empresarial del tomador y avisar a la compañía aseguradora, siendo que la sociedad consorciada **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.** está en liquidación judicial en el expediente 58.625 ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, lo cual impidió la subrogación legal de la aseguradora y ello genera la nulidad del artículo 1061 CCO, de otra parte, la **UAERMV** mediante la Resolución 491 de 2012 ordenó destinar el saldo a favor del consorcio al pago de

las acreencias laborales a cargo del contratista y afectar la garantía de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, lo cual reafirmó con la Resolución 522 de 2012 y ello conllevó a pagos a favor de los demandantes, lo que causó compensación a favor de la aseguradora. Frente a la demandad interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, pago de la obligación y la genérica y frente al llamamiento las excepciones de nulidad relativa del contrato de seguro, compensación y reducción de la indemnización (fl. 453 a 471)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 712, 01:20:23 cd fl. 711).

El 31 de mayo de 2019, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el señor JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA y el CONSORCIO LUZ conformado por las demandadas ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LIMITADA, que se desarrolló por el periodo comprendido entre el 24 de marzo 2012 y 21 de septiembre 2012. SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la partes demandadas ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LIMITADA y a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL solidariamente, al pago a favor de este demandante JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA de la suma de \$879.155 por concepto de acreencias laborales insolutas y la suma de \$7.045.970 por indemnización moratoria parcial del artículo 65 CST. TERCERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el señor demandante ORLANDO GARZÓN VILLÁN y el CONSORCIO LUZ conformado por conformado por ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LIMITADA, por el periodo comprendido entre el 15 de noviembre 2011 y el 15 de mayo 2012. CUARTO: CONDENAR a las demandadas CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LIMITADA, ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como obligadas principales y a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL solidariamente, al pago a favor del señor demandante ORLANDO GARZÓN VILLÁN las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos: a) la suma de \$575.358 por concepto de acreencias laborales insolutas, b) la suma de \$29.950.000 por concepto de indemnización moratoria parcial del artículo 65 CST, conforme lo expuesto en la parte motiva. QUINTO: CONDENAR a la compañía aseguradora LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a reintegrar o cancelar a favor de la demanda

*y garantizada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, las sumas que se han indicado en los numerales anteriores y que tuviere que pagar por concepto de las condenas proferidas en su contra, en desarrollo del presente proceso, precisando que si ya se ha superado el monto de cubrimiento de la póliza de \$500.000.000 no está obligada a pagar ninguna suma y si no se ha superado deberá cubrir dicho valor hasta el monto de \$500.000.000 que era el valor amparado. **SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LIMITADA, ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, a favor de cada uno de los demandantes así: respecto del señor JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA se condenará a razón de medio salario mínimo legal vigente para el año 2019 y a favor de ORLANDO GARZÓN VILLÁN a razón de un salario mínimo legal vigente para el año 2019, a cargo de cada una de las 3 codemandadas y a favor del señor demandante y teniendo en cuenta la forma en que se vinculó a la compañía aseguradora no se condenara en costas en contra ni a favor de la misma, todo lo anterior conforme lo expuesto en la parte motiva. **SÉPTIMO:** si la presente sentencia no fuera impugnada y dada la naturaleza jurídica de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, se remitirán las diligencias al superior para efectos que las revise en el grado jurisdiccional de consulta. (...)"*

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si existieron las relaciones laborales por los periodos reclamados, su empleador, la responsabilidad solidaria, procedencia de condena al pago de acreencias laborales e indemnización moratoria reclamadas.

Para resolver negó la tacha de sospecha de los testigos, indicó que las pruebas practicadas y allegadas permiten concluir que el CONSORCIO LUZ actuó como verdadero empleador y los demandantes confesaron que fueron sus trabajadores, por tanto, sus obligaciones como empleador se radican en las sociedades consorciadas, sin que la **UAERMV** ejerciera subordinación sino coordinación para la ejecución de un contrato estatal. Frente a las acreencias reclamadas, efectuó su liquidación y dedujo el monto de los pagos que recibieron los demandantes y condenó al saldo. Condenó al pago de la indemnización moratoria de manera parcial, por cuanto el empleador efectuó el pago de lo que consideró era el monto adeudado. Declaró la

responsabilidad solidaria de la **UAERMV** por cuanto se benefició del trabajo de los empleados de su contratista en una actividad propia del giro ordinario de sus negocios de mantenimiento vial, la cual delegó pese que podía hacerla por sí misma, por lo cual asumió dicha solidaridad. Condenó a la llamada en garantía al pago de las sumas que cancele la unidad, siempre y cuando no superen el monto de la cobertura. Condenó en costas a las vencidas salvo la compañía de seguros.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

Los **DEMANDANTES** solicitaron incrementar la condena por indemnización moratoria, a favor de **JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA** a razón de un día de salario por cada día de mora y a favor de **ORLANDO GARZÓN MILLÁN** en razón de un día de salario por los primeros 24 meses de mora y por los intereses moratorios a partir del mes 25 y hasta cuando cese la mora. Indicó que la **UAERMV** conocía el valor total de la deuda y decidió solo hacer un pago parcial, que no media buena fe de la Unidad porque utilizó indebidamente la intermediación laboral, realizó un abono luego de 2 años de finalizada la relación como causa de las reclamaciones y no de forma dádiosa, dedujo montos para el pago de aportes pero nunca acreditó tal acción, tenía todos los elementos para liquidar y conocer el monto de los conceptos laborales adeudados, por lo cual procede condenar de forma plena y no parcial a la indemnización reclamada¹ (01:24:48 cd fl. 711).

¹ Interpongo recurso de apelación en contra de la decisión por usted proferida, en relación con lo que tiene que ver con la indemnización moratoria bajo los 6 argumentos que procedo a esgrimir. Primeramente, dice el despacho que de acuerdo con el artículo 65 puede el empleador consignar o pagar la parte que él considera deber, esta precisión, esta aseveración, no es conteste con la realidad que aparece en el proceso, a folio 423 nos explica la unidad que ellos son conocedores de que las prestaciones sociales de los trabajadores del consorcio luz están por el orden de los \$568 434.206 y que para el momento en que advirtieron el no pago de sus salarios, que ya previamente habían verificado no se pagaba la seguridad social, lo que desembocó en la caducidad del contrato, lo que no permitió el pago del contrato respectivo, lo que al final de la cuenta desembocó en que no le cancelaran a los trabajadores sus obligaciones, solamente les permitió recortar \$528 330 791, significa esto que no es que ellos hayan creído que le debían este dinero, ellos sabían cuánto le debían a los trabajadores pero no les alcanzaba la plata que quedaba del contrato 113, entonces decidieron pagar en forma proporcional el 92.94%, entonces no era que hubieran creído, ellos sabían de su responsabilidad pero solamente pagaron lo que les alcanzaba con el contrato, debieron haber pagado la totalidad para haber parado la indemnización moratoria pero no lo hicieron, hicieron unos descuentos a los que ya me referiré y tampoco se crea que fue un gesto sublime por parte de la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL, quién demostrado sea ha quedado que de manera reiterada utiliza la figura de intermediación para efectos de suplir sus necesidades de orden legal conforme al acuerdo que los creó, el Consejo de Bogotá los creó con Acuerdo 257 del año 2006 y les encargó el mantenimiento de la malla vial de Bogotá, después de que quien les

está hablando radicó más de 120 reclamaciones administrativas en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 6° CST fue que vinieron a cancelar estas cantidades de dinero, eso no fue un acto dadivoso por parte de ellos, cuando vieron que se avecinaban la existencia de muchas acciones judiciales fue que decidieron realizar este pago, muestra ello es que lo hicieron casi 2 años después, por engorrosos que sean los procedimientos administrativos no hay razón para que ello acontezca. Pero hay más situaciones dentro de este particular, folio 423 y 424, ellos saben lo que deben y dicen que dentro de una relación que tuvo con el señor JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA descontaron la suma de \$603.000 por concepto de aportes a la seguridad social, en derecho el que afirma demuestra y si yo estoy aduciendo el pago a través de un tercero, pues yo demuestro ese pago a través de ese tercero, esa plata nunca se pagó, esta plata jamás se canceló, parte de una investigación penal tiene que ver con este tema su Señoría, pero para los efectos laborales no hay que ir tan lejos, usted sabe y es conocedor de acuerdo al reporte que le deben \$1.968.000 y \$603.000 dice los descontó para pagar los aportes seguridad social, jamás llegó ese dinero de acuerdo con las investigaciones pero para los efectos de este proceso basta con que no le demostraron ese pago al tercero. Por otra parte es del caso anotar que cuando se esgrime el argumento de que se consignó lo que se le creía deber, que ellos sabían que era mucho más, en su calidad de beneficiarios de la actividad o en el criterio de algunos magistrados y jueces verdaderos empleadores, según la perspectiva del proceso, ellos debieron haber cancelado la totalidad para desembarazarse del asunto pero no lo hicieron, muy bien, es que el hecho de que yo consigné lo que creo deber debe estar fundado en razones contundentes, claras, plausibles, de recibo y aquí no, aquí sabemos cuándo entró, cuándo salió, cuánto ganaba, la liquidación es una operación aritmética bastante sencilla entonces no es que yo pueda consignar lo que a bien tenga porque eso sería una invitación para que usted pague lo que a bien tiene y yo me pueda quedar con una cantidad de dinero de manera impune, eso abriría una posibilidad de esa naturaleza, ¿cuál es el respaldo para decir yo le pague lo que creí haber?, no existe, salario y extremos temporales, están dadas las fórmulas, solamente que seguirlas, así que por eso es que el artículo 65 CST es enfático en decir la sanción moratoria correrá en razón de un día de salario por cada día de demora en el pago de los salarios y prestaciones hasta su pago, no pago parcial, no lo que a bien tenga, la totalidad; por supuesto, si existen razones por las cuales se pueda considerar que ese era el valor que se debía bien, pero aquí no sucede eso, aquí se quedaron debiendo importantes cantidades de dinero y la norma exige el pago de la totalidad de estos emolumentos para que se detenga la indemnización moratoria, que es del caso traer a colación este momento según el párrafo segundo del artículo 65, en tratándose del primer demanda del primer demandante, el Señor Jonathan Bobadilla, en la medida en que ganaba el salario mínimo no se detiene no solamente con ese abono que le hicieron el 9 enero del 2014, sino hasta que le cancelen la totalidad de sus prestaciones sociales, porque eso es lo que espera trabajador a la terminación de contrato, la totalidad de su liquidación, no un abono de los mismos, en tratándose del otro demandante señor Orlando Millán por supuesto que sí debe de pararse a los 24 meses, en virtud del inciso primero del artículo 65 del ordenamiento antes anotado. Entonces, la pretendida cesión del contrato no puede llevarnos, porque en él fondo la conclusión a la que llega el despacho es que media una buena fe y que ahí para la indemnización moratoria con el abono de cantidades que sabían que eran superiores y bajo una conducta absolutamente reprochable, como el hecho de haber permitido la contratación a través de terceros de la actividad que debía desarrollar y que de la cual es beneficiaria la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL a través de terceros, en donde se demostró que existen personal de planta que desarrolla tal actividad, pero sin embargo acuden a la figura de la intermediación, que solamente es admisible bajo los supuestos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es decir, cuando necesita el trabajador por menos de 30 días para actividades diferentes a las que corresponde al objeto social, o cuando se trata de vacaciones, licencias, o cuando se trata de la mayor cantidad de obras que puede ser de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses, ninguna de esas situaciones antes descritas ocurrió, además que eso solamente lo puede ser una empresa temporal. Pues bien, la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL decidió contratar a un tercero para suministro de personal, un contrato que erigía prácticamente todos sus recursos básicamente al pago de salarios y prestaciones sociales y que permitió que se cedieran \$5.000.000.000 para otros objetivos, como aparece en el expediente que se cedió a la empresa CAPITAL FACTOR, por eso no pudieron pagarle a los trabajadores, de ahí el meollo de todo este problema, acaso de aquí se puede derivar la buena fe y es que la conclusión del Juzgado, en el sentido de que el pago parcial detiene la moratoria, pues denotaría tal vez una forma de buena fe que aquí no es predicable en forma alguna, puesto que se está contraviniendo normas de orden legal, cuáles son las plasmadas en el decreto 528 de 2016, que prohíbe de manera tajante la figura de la intermediación y todas esas situaciones que ahí aparecen descritas fueron las que exactamente ocurrieron acá, entonces no se puede invitar a los empleadores o beneficiarios que recordemos que esta norma del artículo 34 CST está precisamente erigida a efectos de evitar que aquella persona que en principio debería responder por los salarios, prestaciones e indemnizaciones puede evadir tal obligación a través de la contratación de un tercero, no podemos permitir que con el pago parcial, lo que a bien tenga, lo que a bien le parezca, dejando casi el 30% 40% de sus obligaciones descubiertas, le permita deshacerse de la indemnización que se me ha negado, por eso, señores Magistrados les pido que sobre ese particular revoquen la decisión de primera instancia, condenado en el caso de BOBADILLA al pago de la indemnización moratoria hasta que se realice el pago de la totalidad de sus salarios y prestaciones y en tratándose del señor ORLANDO MILLÁN hasta los 24 meses y en lo que sigue con los intereses a qué se refiere la Norma que venimos estudiando. Muchas gracias.

La demandada **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** solicitó revocar la condena. Indicó que se ordenó la liquidación de la sociedad por captación ilegal de dinero, siendo el proceso regulado por la Ley 1116 de 2006 el escenario para el cobro de las acreencias laborales, sin embargo, los demandantes no se presentaron, por cual, no es posible el pago de las condenas porque el Decreto 4334 de 2008 da prioridad de pago a los afectados por la captación ilegal de dinero, por la cual se deben \$4.000.000.000, sin que existan activos sociales, además, los créditos no pueden ser calificados y graduados porque ni siquiera se reclamaron como créditos litigiosos en el proceso concursal² (01:35:25 cd fl. 711).

La demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** solicitó revocar la responsabilidad solidaria. Indicó que su objeto es el manejo y mantenimiento de la malla vial local de Bogotá D.C. y que el contrato 113 de 2011 no fue para suministro de personal sino para que el

² Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia anteriormente proferida por su despacho bajo los siguientes argumentos. En primer lugar, ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. en la actualidad es una sociedad que se encuentra en proceso de liquidación por parte de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, ese proceso de liquidación deviene de una conducta de captación ilegal de dinero, lo que llevó a la liquidación de la misma, en este sentido, debe precisarse que el actual agente liquidador, es decir mi poderdante y apoderado principal de este proceso, el Dr. JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ recibió por parte de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES la intervención de esa empresa señalada anteriormente el día 16 de marzo del 2015. En este sentido debe decirse y afirmarse que, en cuanto a los procesos laborales que han sido iniciados por las controversias originadas a partir del CONSORCIO LUZ y los incumplimientos laborales que sucedieron del mismo, que no había ningún tipo de necesidad de iniciar estos procesos laborales a toda cuenta que, al tratarse de un proceso de liquidación de una sociedad, es un proceso reglado y en ese sentido la ley 1116 de 2006 establece que el escenario para la exigencia y reconocimiento de estas obligaciones debía hacerse por parte o en el escenario del proceso concursal, en este sentido ninguno de los demandantes se hizo parte del proceso concursal, por lo tanto, a nosotros como representantes de una sociedad que está en proceso liquidación, el proceso reglado para poder pagar este tipo de acreencias es el proceso concursal y al no hacerse parte, la obligación o la sentencia que en estos momentos está profiriendo no puede ser pagada, porque de acuerdo al Decreto 4334 se debe pagar con prelación a los afectados del proceso de captación sobre cualquier otro tipo obligación, en este sentido, si se hubiesen hecho parte dentro del proceso concursal pues se les hubiera pagado el dinero. Igualmente, debe también advertirse que en el proceso, los afectados de la conducta de captación ilegal reportan a nuestra base de datos una deuda alrededor de \$4.000.000.000, por lo que la sociedad ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. no cuenta con activos suficientes, por lo que cualquier tipo de prestaciones es irreal. Igualmente también debe señalarse y quiero que esto sea objeto de debate por parte de los señores magistrados, es que como lo dije anteriormente de que si no se hace parte de la del trámite previsto en la ley 1116, igualmente, que las partes contaban con un plazo de 20 días para exhibir su obligaciones dentro del proceso concursal y universal y no lo hicieron, igualmente esa etapa se encuentra precluida, no se presentaron por parte de los acá demandantes objeciones al proyecto de graduación y calificación de crédito, por lo tanto, es un imposible jurídico pretende la exigencia de cualquier tipo obligación que no se haya presentado, ni siquiera dentro de este proceso, como derecho litigiosos. Por tal razón y con base sus argumentos sustentó mi recurso apelación. Muchas gracias señoría.

contratista directamente desarrollara actividades operativas y administrativas complementarias, para lo cual el Consorcio contrató directamente a sus trabajadores, contrato que se suscribió no para intermediar sino porque el número de trabajadores oficiales de la Unidad es insuficiente para cumplir su misionalidad, además, la Unidad no recibe ningún ingreso económico por la actividad del contratista porque no recibe pagos por las obras realizadas, pese lo cual la Unidad, de buena fe, reconoció a trabajadores de un tercero un pago hasta donde lo permitió el capital, acción que si se demoró fue por el trámite legal de contratación estatal que impidió disponer del dinero de forma inmediata, a su vez, los demandantes no reclamaron en el proceso concursal sus derechos ni a las empresas concursadas, porque decidieron exigirlos a la Unidad a pesar de que ésta no debe cubrir dichos conceptos³ (01:38:55 cd fl. 711).

³ De manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación bajo los siguientes argumentos. En primer lugar, como quiera que en su sentencia nos declara solidariamente responsables por las obligaciones obtenidas o derivadas de los contratos de los trabajadores del CONSORCIO LUZ, me permito aclarar dentro de mí recurso varios aspectos que son muy importantes. El primero es que si bien es cierto que la UNIDAD ADMINISTRATIVA REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, dentro de su misionalidad, presta la atención primaria al manejo y al mantenimiento de la malla vial local en vías secundarias, también lo es que el contrato 113 suscrito con el CONSORCIO LUZ y con sus empresas ASFALTOS LA HERRERA y CORTÁZAR & GUTIÉRREZ, no fue un contrato que se suscribiera con el objeto para que ellos nos pusieron personal a cargo para poder cumplir con las necesidades y la misionalidad de la Entidad, es muy claro que en el objeto del contrato el contratista se compromete con la Unidad realizar la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial local de la ciudad de Bogotá a cargo de LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y actividades requeridas en las sedes operativas de la Unidad, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el contrato. De ello queda claramente previsto que este contrato no era un contrato que permitiera o exigiera al contratista, pues ellos para cumplir con este objeto y con sus funciones tuvieron que contratar personal para cumplir con ello, lo que no requería y nuestro objeto con este contrato no era de que ellos nos pusieran personal a cargo para poder cumplir con las vías, si se tomará en cuenta ello o si se tuviera en cuenta que obviamente ellos necesitaban para cumplir con su objeto contractual de contratar personal, como no solamente se hace se hace con este contrato sino con todos los contratos de la parte pública. También es el hecho señoría de que tanto el acuerdo 010 y el 011 que establece la planta de personal de la entidad y conforme con la solidaridad que pregona artículo 34 y conforme a la sentencia que usted leyó en el momento de dictar su fallo, pues lo es el hecho de que la Entidad necesita acceder a este tipo de contratación como quiera que el acuerdo 011 del 2006 solamente dispuso al servicio de la Unidad de 128 trabajadores oficiales, de los cuales en la actividad tenemos una planta de 105 únicamente, personal que es insuficiente para cubrir con las necesidades de la ciudadanía como quiera que Bogotá D.C. requiere de una gran cantidad de obras y de una un manejo 24 horas de atención de servicio a la ciudadanía, entonces con 100 trabajadores oficiales para cubrir dicha labor es totalmente imposible, circunstancia que obliga a la Unidad a suscribir contratos como el que en la actualidad tiene, que es un contrato sindical, que le permite claramente al contrato poner a disposición de la Unidad personal para cumplir con su misionalidad y las necesidades que ello se disponga. Conforme a ello, pues me parece importante señoría que quede claro que esa solidaridad que se pregona conforme a los beneficios que tiene la Unidad, pues es una entidad pública que presta sus servicios a la ciudadanía, no tiene ningún beneficio económico propio como lo establece el artículo 34, como quiera que esa solidaridad se pregonaría sobre un beneficio directamente para la entidad, nosotros no tenemos beneficio directo porque no tenemos ningún ingreso económico sobre las obras que hace la Entidad, nosotros solamente prestamos un servicio a la ciudadanía, entonces no tenemos un beneficio directo sobre ello, razón y circunstancia sobre la cual tampoco cabría la solidaridad, como quiera que dicha solidaridad se pregona de un

La llamada en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** solicitó revocar la condena a la **UAERMV** y subsidiariamente pronunciarse sobre las excepciones de mérito contra el llamamiento. Indicó que no se dan los presupuestos para declarar la solidaridad porque los trabajadores de la **UAERMV** no son suficientes para cumplir su misión y por ende no es cierto que hubiera podido realizar por si sola la actividad que contrato con el Consorcio; de otra parte, no hubo pronunciamiento sobre la excepción contra el llamamiento por el incumplimiento de la garantía por parte de la **UAERMV**, quien omitió hacerse parte del proceso concursal de **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S** y esto generó la nulidad del contrato de seguro; señaló que era el proceso concursal el escenario para la reclamación de los demandante y que son las sociedades consorciadas las llamadas a responder y finalmente indicó que el valor asegurado ya ha cambiado por las reclamaciones que se han presentado ante la póliza⁴ (01:47:59 cd fl. 711).

beneficio económico directamente recibido a la Entidad por el servicio prestado por los trabajadores del CONSORCIO LUZ, si bien es cierto, el CONSORCIO LUZ en su momento incumple a los trabajadores, fue prioridad para la administración liquidar el contrato, sin tomar el saldo para pagar las prestaciones, fue prioridad para la Unidad reconocer a los trabajadores no la totalidad, porque el capital no alcanzaba para pagar las prestaciones, pero si una parte, ¿por qué la demora?, porque los trámites de liquidación y más en un proceso de incumplimiento, cómo fue el proceso declarado mediante acta 39 del 2013, fue un proceso de incumplimiento que se llevó con todos los parámetros de Ley 80 y pues se tiene que hacer un proceso que es de una entidad pública, que tiene ciertas trámites y gestiones administrativas, que demoran dicha gestión, entonces no sería en el caso de la moratoria una moratoria declarada por mala fe, como quiera que no teníamos la potestad de disponer del dinero de manera inmediata para poder cubrir dichas prestaciones y con ello evitar que se generaran las moratorias que se generan y que usted declara en su sentencia Señoría. De otra parte, si bien lo afirmó en sus alegatos el doctor Camilo, abogado de ASFALTOS, los demandantes tenía la posibilidad de acceder al proceso concursal de liquidación de las sociedades, tanto la de CORTÁZAR como el proceso de liquidación de ASFALTOS LA HERRERA y con ello, como usted bien lo sabe, la Ley 1116 establece que ellos debían tener prioridad sobre sus prestaciones, pero no hay prueba documental que establezca o qué pueda afirmarse que ellos hicieron una reclamación directa en el momento de su retiro, ellos hicieron una reclamación administrativa a la UNIDAD DE MANTENIMIENTO VIAL para poder poner los procesos en causal de nulidad, sabiendo y a sabiendas que la UNIDAD no tenía responsabilidad de cubrir dichas prestaciones, no hubo una prueba documental que estableciera que hubo una reclamación directa a cualquiera de las empresas conformantes del CONSORCIO, bien a CORTÁZAR o bien a ASFALTOS o que solicitarán la adicción o la participación en un proceso de liquidación, sabiendo que en dichos procesos los empleados tienen prioridad sobre la liquidación y los pagos de dichas prestaciones. Circunstancia su Señoría que para el presente proceso pues deja claro ver que la Unidad, dentro de todo el trámite que se hizo con la liquidación del contrato 113, que no establecía el otorgamiento de personal para cumplir con sus obligaciones misionales, no actuó en ningún momento de mala fe en el momento de la liquidación. Señores, le pido tengan cuenta mis alegatos presentados.

⁴ señor Juez, haciendo uso del derecho que le asiste a LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS interpongo recurso apelación contra su fallo con los siguientes argumentos. En primer lugar, en materia de la solidaridad que se estableció con la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA MALLA VIAL, coadyuvo los argumentos que también expuso la apoderada judicial, en el sentido que no está claro la existencia de dicha solidaridad, no se dan los elementos efectivamente para constituir esta solidaridad conforme al estatuto laboral, evidentemente la cantidad de

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de los **DEMANDANTES** sustituyó poder en Asturias Abogados S.A.S., identificada con NIT 901.037.188-4, sociedad que a través de su abogado inscrito Dr. Carlo David Suárez Anaya, identificado con CC 1.101.691.558 y TP 319308 del CSJ presentó alegatos en los que solicitó declarar empleador a la **UAERMV** y de forma subsidiaria al **CONSORCIO LUZ**, en todo caso, declarar la responsabilidad solidaria de la Unidad, no declarar la prescripción y condenar al pago de la

trabajadores con que cuenta la Unidad para atender todos los contratos y todo el mantenimiento de malla vial es absolutamente insuficiente y de ello se deriva que efectivamente hubo necesidad de contratar al **CONSORCIO LUZ** para efectos de que pudiera desarrollar este contrato, desde este punto de vista no está claro de que hubiera una suficiencia con respecto a la atención de las obligaciones de la unidad, entonces la solidaridad como tal no la vemos probada y por consiguiente solicitamos al Tribunal que se revoque la sentencia en este aspecto. Por otra parte, señor Juez, encontramos que usted no se pronunció o dio por no probada la excepción de fondo propuesta por **LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS** con respecto a llamada en garantía en el sentido de que existe una nulidad relativa al contrato de seguro por la violación de la garantía contenida la clausura 18 de las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento número 3000996, toda vez que quedó probado dentro del expediente, de manera clara, que la sociedad **ASFALTOS LA HERRERA** se encontraba precisamente en liquidación judicial, como ya ha quedado demostrado durante todo el trayecto del proceso y la cláusula 18 de las condiciones generales de la póliza es absolutamente clara en señalar que como obligación ineludible de la Unidad, como asegurada y beneficiaria de la póliza de seguro de cumplimiento, de que la entidad estatal se obliga a hacer valer sus derechos dentro de cualquier proceso de insolvencia empresarial en el que llegará a ser admitido el contratista, en la forma en que debería hacerlo si careciese de la garantía otorgada por la póliza, sus certificados de aplicación y sus amparos, dando aviso a **LA PREVISORA** de la conducta. Está claro que la Unidad no se hizo parte dentro del proceso liquidatorio, dentro de los tiempos establecidos en la ley 1116 de 2006, siendo un proceso efectivamente reglado y en consecuencia ha generado una violación grave de sus obligaciones como asegurado, en la medida que está afectando los derechos de **LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS**, pues ya no puede hacerse parte dentro del proceso liquidatorio para también pretender el cobro por vida de subrogación de las sumas de dinero a que eventualmente o que ya en este momento el Despacho esta condenando a reembolsar o pagar por parte de **LA PREVISORA** como aseguradora de la **UNIDAD**. Es Claro que dentro del proyecto de graduación y calificación de crédito y la determinación de derechos de voto que existe dentro del proceso de la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, no existe ningún crédito digamos establecido como contingencia o como crédito de ninguna de las prelación establecidas por la ley 1116 con respecto a estas obligaciones laborales, si a eso le sumamos también lo manifestado por el apoderado judicial **ASFALTOS LA HERRERA** en el sentido de que ninguno de los dos trabajadores aquí demandantes se hicieron parte entonces proceso liquidatorio para el reconocimiento de sus obligaciones, también es evidente que no tenía porque darse curso a esta demanda y menos a esta sentencia, cuando tenían un escenario completamente diferente como era el de la liquidación de **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.**, como miembro del **CONSORCIO LUZ**, tomando en cuenta que el **CONSORCIO LA LUZ, ASFALTOS LA HERRERA S y CORTÁZAR & GUTIÉRREZ** son los llamados a responder por las obligaciones laborales en este caso, entonces señor Juez, es evidente que al no pronunciarse usted sobre este particular o decir que estaban no probada ninguna de las excepciones, pero no se pronunció con respecto a este punto en particular, sustento también está apelación por parte de **LA PREVISORA** en esos puntos en particular. Finalmente con respecto al agotamiento de la cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento por la cobertura de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, debo señalar que como existen una gran cantidad de procesos judiciales en curso en este momento, ese es un valor que se va actualizando de manera permanente, por lo cual en este momento pudo haber variado y se solicitará a la compañía que se certifique el valor asegurado disponible de la póliza para el momento de la terminación de los contratos de trabajo de los aquí demandantes, para establecer e informar al Despacho si efectivamente existe o no valor asegurado disponible en la póliza, para que se tenga en cuenta no solamente en el punto de vista de esta sentencia sino también en la apelación que se surtirá ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral. Señor Juez en estos términos sustento mi apelación, gracias..

indemnización moratoria, aclarando que en el caso de **ORLANDO GARZÓN MILLÁN** no fue exitoso el abono. La llamada en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** confirmó los argumentos que expuso en su recurso de apelación. Las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos en el término legal, aclarando que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** se limitó a dar poder al Dr. Jose de Jesús González Joven, identificado con CC 12.129.300 y TP 167.081 CSJ, a quien se reconoce como apoderado de dicha Unidad.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

En consideración a los múltiples recursos de apelación, corresponde determinar; en primer lugar, la procedencia de mantener la condena al pago de acreencias laborales e indemnización moratoria impuesta a **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**; en segundo orden, establecer si se cumplen los presupuestos para declarar la responsabilidad solidaria de **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** y de mantener o no la condena a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** como llamada en garantía por dicha Unidad; en caso afirmativo, analizar si le asiste derecho a los **DEMANDANTES** a modificar la condena por concepto de indemnización moratoria, según los planteamientos expresados en los recursos de apelación y conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *1)* mediante sentencia de primera instancia, se

declaró que entre **JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA** y el CONSORCIO LUZ conformado por **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y **CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LTDA.** existió un contrato de trabajo entre el 24 de marzo de 2012 y el 21 de septiembre de 2012, con asignación salarial correspondiente a un (1) SMLMV; *ii*) igualmente, se declaró que entre **ORLANDO GARZÓN VILLÁN** y el CONSORCIO LUZ conformado por **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y **CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LTDA.** existió un contrato de trabajo entre el 15 de noviembre de 2011 y el 15 de mayo de 2012, con un salario de \$1.500.000; *iii*) entre el CONSORCIO LUZ y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV**, se celebró el contrato de obra civil 113 del 10 de marzo de 2011, y que mediante Resolución 491 del 23 de octubre de 2012 (fl. 294 a 295), modificada por la Resolución 522 del 07 de noviembre de 2012 (fl. 258 a 273), se ordenó la liquidación de dicho contrato, levantándose el 15 de mayo de 2013 acta de liquidación 039 (fl. 274 a 293) y otro sí 1º a dicha acta del 16 julio de 2013 (fl. 296 a 302); *iv*) mediante auto 400-002634 del 21 de febrero de 2014, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ordenó la liquidación judicial y por auto del 400-012257 del 27 de agosto de 2014, ordenó la intervención conforme el Decreto 4334 de 2008 de la sociedad **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** (cd fl. 626); *v*) el CONSORCIO LUZ tomó la póliza única a favor de entidades estatales 3000996 de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, en la cual se aseguró y se designó como beneficiaria a la **UAERMV** ante el riesgo en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales con ocasión del Contrato 113 de 2011 (fl. 472 a 489).

- **Acerca de la Responsabilidad Solidaria entre Contratista y Contratante Conforme el Artículo 34 CST.**

El artículo 34 del CST consagró que será un verdadero empleador el contratista independiente, definiendo al mismo como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la

prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos y su realización con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Adicionalmente, el precitado artículo estableció que si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, salvo cuando la labor de los trabajadores del contratista sea extraña a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho aquellos trabajadores.

la H CSJ indicó en la sentencia SL Rad. Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, que no basta para el surgimiento de la precitada responsabilidad solidaria que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio corresponde a una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico, esto es, que haga parte del giro ordinario de sus negocios. Por su parte, en la sentencia con radicación No. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta considerar el objeto social del contratista y el beneficiario, por cuanto debe analizarse si la actividad del trabajador puede catalogarse en el giro ordinario de los negocios del contratante, por cuanto si se trata de actividades ajenas a las que explota el dueño de la obra se desvirtúa la responsabilidad solidaria, tal y como reitero la Corporación en sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

- Sobre la Indemnización Moratoria en situación de Iliquidez o Insolvencia del Empleador.

El artículo 65 CST consagró la imposición al empleador al pago de una suma equivalente a un día de salario en los eventos que se cumplen los presupuestos señalados en dichas normas.

Respecto de la naturaleza de dichas figuras, la H. Sala de Casación de la CSJ ha indicado que no procede de forma automática,

por cuanto al tener carácter sancionatorio es necesario acreditar, como un requisito para su causación, la mala fe del empleador al momento de incurrir en su comportamiento omisivo, por cuanto si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta no proceden dichas condenas, tal y como reitero recientemente la H. CSJ en las sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, entre otras.

Ahora bien, no han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observa si de buena o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró que entre los **DEMANDANTES** y el CONSORCIO LUZ conformado por **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y **CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LTDA.** existieron unos contratos de trabajo, condenó a las empresas consorciadas al pago de acreencias laborales e indemnización moratoria del artículo 65 CST, declaró la responsabilidad solidaria de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV**, condenó a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**

a reintegrar a favor de la Unidad las sumas que tuviera que pagar con ocasión de su responsabilidad solidaria y condenó en costas a la sociedades consorciadas y a la Unidad.

El apoderado de los **DEMANDANTES** presentó recurso de apelación por el cual solicitó incrementar la condena a la indemnización moratoria, por cuanto indicó que no se puede condenar a su pago parcial toda vez que la **UAERMV** conocía el valor de la deuda, uso indebidamente la intermediación laboral, realizó el abono luego de 2 años de terminados los contratos, dedujo montos cuyo pago a aportes no demostró y podía liquidar el verdadero valor adeudado.

El apoderado de la demandada **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** presentó recurso de apelación por el cual solicitó revocar la condena, alegando que los demandantes no se presentaron al proceso concursal y que es imposible el pago de la condena ni calificar la misma como un crédito, así fuera litigioso.

La apoderada de la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** presentó recurso de apelación por el cual solicitó revocar la declaratoria de responsabilidad solidaria. Indicó que el contrato 113 de 2011 no fue para suministro de personal, que dicho contrato no tuvo como finalidad intermediación sino cumplir la misionalidad de la Unidad ante la falta de trabajadores oficiales, que no recibe ningún beneficios por las obras, que de buena fe pagó acreencias laborales de un tercero con la demora propia de los procesos de contratación estatal y que los demandantes nunca reclamaron sus acreencias en el proceso concursal y ante las sociedades consorciadas.

La llamada en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la responsabilidad solidaria de la **UAERMV** porque dicha entidad no podía por si sola efectuar las actividades que contrató al consorcio, de forma subsidiaria, indicó que no hubo pronunciamiento sobre su

excepción de incumplimiento de la garantía por parte de la Unidad al no hacerse parte del proceso concursal, escenario donde podían los demandantes reclamar a las sociedades consorciadas y que el monto asegurable cambió por las reclamaciones presentadas contra la póliza.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, anunciando de entrada que no considerará los argumentos presentados por los **DEMANDANTES** en sus alegaciones de segunda instancia por los cuales controvierte quien debe ser declarado empleador, la responsabilidad solidaria de la **UARIV**, la prescripción y la presunta falta de abono exitoso a **ORLANDO GARZÓN MILLÁN**, toda vez que se tratan de asuntos que no manifestó al momento en que sustentó el recurso de apelación y que no puede pretender con posterioridad incluir en el debate de segunda instancia, por cuanto el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS limita la competencia de esta Corporación exclusivamente a los asuntos que fueron objeto de los recursos de apelación.

Así las cosas, conforme el problema jurídico fijado, corresponde resolver en primer lugar la procedencia o no de mantener las condenas impuestas a **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**.

En el presente asunto no fue objeto de controversia en los recursos de apelación presentados la declaratoria del Juez de primera instancia de tener como empleador de los demandantes al CONSORCIO LUZ conformado por **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y **CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LTDA**.

La anterior resulta relevante, por cuanto de conformidad con el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, la figura del consorcio corresponde a cuando dos o más personas, de forma conjunta, presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, por lo cual las

actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato afectan a todos los miembros que lo conforman.

En consecuencia, al ser **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** una de las sociedades que conformó el CONSORCIO LUZ, tal y como se acredita con el contrato de obra 113 de 2011 (fl. 13 a 18), la póliza de cumplimiento (fl. 472 a 489), Resolución 491 del 23 de octubre de 2012 (fl. 294 a 295), Resolución 522 del 07 de noviembre de 2012 (fl. 258 a 273), acta de liquidación 039 de 2013 (fl. 274 a 293) y otro sí 1º a dicha acta de 2013 (fl. 296 a 302), no existe mérito alguno para revocar la condena en su contra que la hace responsable del pago de las acreencias e indemnizaciones laborales de los demandantes, por cuanto acceder a ellos implicaría desconocer el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y porque en todo caso, la decisión de los demandantes de no participar en el proceso concursal de dicha sociedad en nada disminuye la facultad de la autoridad judicial laboral para resolver el litigio que le fue presentado y asignado conforme el factor de competencia del artículo 2º del CPTSS, siendo que la eventual imposibilidad de obtener su cobro directamente a dicha sociedad es un asunto que en nada priva la facultad jurisdiccional y competencia del *a quo* para declarar en derecho la existencia de derechos laborales a favor de la parte demandante, por lo cual no se accederán a las suplicas de dicha sociedad.

A continuación, la Sala procede a resolver el segundo problema jurídico, esto es, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la responsabilidad solidaria de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** en el cumplimiento de las obligaciones impuestas al empleador.

Conforme con los antecedentes normativos expuestos, el artículo 34 CST estableció que el contratista independiente será verdadero

empleador de sus trabajadores, no obstante, cuando el contratante sea beneficiario del trabajo o dueño de la obra serán solidariamente responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del contratista, salvo cuando dicha labor sea extraña a las actividades normales de la empresa o negocio del contratante.

Respecto la naturaleza y alcance de dicha solidaridad, la H. CSJ ha indicado que la misma no surge con el mero hecho de que el contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio es una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico y que haga parte del giro ordinario de sus negocios, al punto de coincidir el fin o propósito que busca el empresario y contratista, siendo que sin las actividades del contratista la empresa principal no podría trabajar o le sería imposible cumplir su finalidad, tal y como ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL Rad. Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

En el presente asunto se allegó copia del Acuerdo Distrital 10 del 12 de octubre de 2010, norma que dispuso como objeto de la **UAERMV** programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar la rehabilitación y el mantenimiento periódico de la mal vial local de Bogotá y la atención del mantenimiento periódico de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en el Distrito Capital (fl. 246).

Por su parte, el objeto del contrato de obra 113 de 2011, suscrito entre la **UAERMV** y el CONSORCIO LUZ fue que el contratista se obligara para con la Unidad a ejecutar actividades operativas y administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de dicha Entidad (ffl. 13vto).

La naturaleza y alcance de las actividades fueron precisadas en las pruebas testimoniales practicadas. Es así como el testigo LUÍS GUILLERMO NEIZA indicó que el demandante **JONATHAN LÓPEZ** fue contratado por el CONSORCIO LUZ para trabajar en cuadrillas destinadas al mantenimiento de vías, destapando y aplicando asfalto en las vías de Bogotá D.C., actividad que se hacía para la **UARIV** (01:08:38 cd fl. 595). El testigo ÁLVARO GORDILLO manifestó constarle que el demandante **JONATHAN LÓPEZ** fue contratado por el CONSORCIO LUZ como ayudante en actividades como echar asfalto, pico y pala o manejo de motoniveladora o retro, servicios que eran para la **UAERMV** (01:20:04 cd fl. 595). El testigo HERNÁN GARZÓN GIL aseguró constarle que el demandante **ORLANDO GARZÓN** trabajó para el CONSORCIO LUZ para echar asfalto en la calle en los frentes a los que eran enviados bajo supervisores de la **UAERMV** (01:39:04 cd fl. 595). El señor MISAEL RIAÑA MORENO indicó constarle que a **JONATHAN LÓPEZ** lo contrato el CONSORCIO LUZ para formar cuadrillas que iban a sitios de trabajo en donde se realizaban las obras en los frentes dispuestos por la **UAERMV** en toda la ciudad de Bogotá como Kennedy, Ciudad Bolívar, Usme (33:01, 48:36 cd fl. 701).

Conforme las pruebas documentales y testimoniales practicadas, se puede concluir de forma razonable que las actividades desarrolladas por los demandantes como trabajadores del CONSORCIO LUZ, contratista de la **UAERMV**, lo fueron para el desarrollo de obras de rehabilitación y mantenimiento vial de la malla vial local a cargo de la **UAERMV**, por tanto, a pesar de que tales obras no representaban ingresos económicos para la Unidad, lo cierto es que eran para cumplir el objeto misional de dicha entidad, tal cual lo manifestó la propia apoderada en su recurso, por tanto, el realizar obras en dichas vías no era un hecho ajeno a las funciones propias del contratante, al punto que la actividad del contratante coincidía con el fin o propósito de la **UAERMV**, motivo suficiente para confirmar la condena de la declaratoria de la responsabilidad solidaria de dicha Entidad.

Toda vez que se confirmará la responsabilidad solidaria de la **UAERMV**, procede la Sala a resolver en tercer lugar los reparos de la apelante **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, siendo que la posibilidad o no de dicha Unidad de realizar su objeto misional con o sin recurrir a terceros contratistas en nada afecta la declaratoria de responsabilidad por cuanto lo que origina la misma es la correspondencia entre el servicio de los trabajadores del contratista con el giro ordinario de las actividades propias de objeto de la Unidad contratante.

En lo que respecta a la excepción de incumplimiento de la garantía a la que se comprometió la **UAERIV** en la condición decimoctava de las condiciones generales de la póliza única de cumplimiento a favor de entidades estatales, se observa que por la misma la entidad estatal asegurada y beneficiaria del amparo se obligó a hacer vales sus derechos dentro de cualquier trámite de insolvencia empresarial en que llegare a ser admitido el contratista y a dar aviso de tal conducta a la compañía de seguros (fl. 487).

Resulta relevante indicar que el tomador contratista de la póliza 3000996 no fue **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** sino el CONSORCIO LUZ, tal y como se observa en todas y cada una de las pólizas allegadas al expediente por la compañía de seguros, por tanto, no puede pretender válidamente dicha compañía que se declare el incumplimiento de la garantía y subsecuente nulidad del contrato de seguro en los términos del artículo 1061 CCO por el hecho de que la **UAERMV** no participara en el proceso de insolvencia de una de las dos sociedades consorciadas que conformaba al contratista, por cuanto el cumplimiento de las garantías ha de ser cumplido de forma estricta y, precisamente en sentido estricto, si fue cumplida, por cuanto en ningún momento el contratista CONSORCIO fue objeto de un proceso de insolvencia y en ningún aparte de las condiciones generales de las póliza se impuso la condición al asegurado beneficiario de hacerse participe en los procesos de insolvencia de las sociedades consorciadas ni hizo mención a ninguna

otra regla especial para el caso de los consorcios, por lo cual se mantendrá la condena por cuanto el amparo no se ve en nada afectado por el hecho de que los demandantes no participaran en el proceso concursal ni se demostró que ya se haya agotado el monto máximo de cobertura del seguro.

Procede la Sala a resolver el cuarto y último punto de apelación, relativo a las inconformidades de los **DEMANDANTES** respecto de la condena parcial a la indemnización moratoria.

Conforme los antecedentes normativos expuestos, el artículo 65 CST, consagró la indemnización moratoria en los eventos en que se cumplen los presupuestos señalados en dicho artículo, siendo que la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que su condena no es automática por cuanto debe acreditarse la mala fe del empleador en la omisión, por cuanto si acredita razones justificativas de tal conducta no procederá la condena, siendo que en el caso específico de iliquidez o insolvencia del empleador la Alta Corporación ha considerado que debe evaluarse si dicha situación al momento de la omisión lo imposibilitó para el pago, por cuanto en caso afirmativo no procederá la condena a la sanción, tal y como indicó en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

En el presente asunto, el *a quo* condenó al pago de la indemnización moratoria al no acreditar ninguna causal justificativa de la omisión del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales reclamados, sin embargo, limitó su reconocimiento a la fecha en la cual se efectuó el pago del abono por parte de la **UAERMV**, por cuanto consideró que dicha conducta implicaba el pago de lo que en su momento creyó adeudar el empleador y por ende justifica de forma satisfactoria su comportamiento de no realizar posteriormente el pago de los saldos ordenados judicialmente.

Anuncia la Sala que no es de recibo la anterior tesis del *a quo*, por cuanto resulta que visto el expediente se observa que una vez se ordenó la liquidación del contrato 113 de 2011, por los incumplimientos del CONSORCIO LUZ por las Resoluciones 491 de 2012 y 522 de 2012 (fl. 258 a 273, 294 a 295), en la acta de liquidación 039 de 2013 se totalizó el monto total adeudado a los dos demandantes por concepto de salarios, prestaciones sociales y seguridad social (fl. 249, 281vto), por lo cual no es de recibo que se indicó que se consideró haber saldado lo debido con el pago realizado con posterioridad y que resulta menor al monto adeudado que desde mucho antes ya había sido fijado.

Adicionalmente a lo ya expuesto, se tiene que el CONSORCIO LUZ, dando cumplimiento a la Resolución 491 de 2012, destinó el saldo pendiente de pago que le adeudaba la **UAERMV** a la satisfacción *parcial* de las deudas laborales y aportes a seguridad social, motivo por el cual dicho empleador conocía que solamente se iba a hacer un pago parcial de lo adeudado, pese lo cual no realizó gestiones tendientes al pago del saldo ni solicitó de forma pronta su ingreso de los instrumentos legales dispuestos para las situaciones de cesación de pagos o iliquidez.

Por lo anterior, solo hasta el 26 de marzo de 2014, se inscribió en el registro mercantil de una de las sociedades consorciadas el auto 400-002634 del 21 de febrero de 2014 de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, por el cual se ordenó la liquidación judicial de **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** (cd fl. 626), siendo que la otra sociedad **CORTÁZAR & GUTIÉRREZ LTDA.** no registra ninguna novedad relativa a un ingreso a proceso de reorganización o liquidación.

Así las cosas, si bien en el presente asunto se acreditó que una persona distinta al empleador realizó el pago parcial de acreencias laborales en cumplimiento de un acto administrativo y que solo una de las sociedades consorciadas ingresó en un proceso de liquidación

judicial, lo cierto es que la anterior circunstancias acredita que por lo menos desde el 26 de marzo de 2014, el CONSORCIO LUZ se encontraba en graves condiciones económicas, por cuanto por lo menos la sociedad con el 50% de su participación ingresó en liquidación judicial (fl. 344), motivo por el cual conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ que la imposibilidad de pago por iliquidez conlleva a no imponer condena, motivo por el cual se tendrá la precitada fecha como límite de la indemnización decretada en primera instancia y no la fecha del abono a los demandantes.

En consecuencia, la condena a la indemnización moratoria a favor del demandante **JONATHAN LÓPEZ BOBADILLA**, a quien se declaró un salario de 1SMLMV, se liquidará a razón de un (1) día de salario por los días causados entre el 21 de septiembre de 2012 y el 26 de marzo de 2014; por su parte, para el demandante **ORLANDO GARZÓN VILLÁN**, a quien se declaró un salario de \$1.500.000, la precitada condena se liquidará en razón de un (1) días de salario por los días causados del 15 de mayo de 2012 al 26 de marzo de 2014. Dichas condenas ascienden a las siguientes sumas:

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 65 CST						
DEMANDANTE	DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	SALARIO D.	VR. INDEM.
JONATHAN LOPEZ	21/09/2012	26/03/2014	546	\$ 566.700	\$ 18.890	\$ 10.313.940
ORLANDO GARZÓN	15/05/2012	26/03/2014	672	\$1.500.000	\$ 50.000	\$ 33.600.000
TOTAL						\$ 43.913.940

En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia en lo que corresponde a las condenas impuestas a **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** y se modificará el monto de las condenas por indemnización moratoria.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer la suma de \$10.313.940 como valor de la indemnización moratoria en favor de **JONATHAN LÓPEZ**. Los demás acápites del precitado numeral se mantienen incólumes.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer la suma de \$33.600.000 como valor de la indemnización moratoria en favor de **ORLANDO GARZÓN**. Los demás acápites del precitado numeral se mantienen incólumes.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de este proveído.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

C03-0003-2021

Radicado N° 20 2019 00217 01

Bogotá D.C. veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido al demandante sobre la sentencia dictada el 4 de octubre de 2019 en el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUIS RICARDO LAMIR CHAVEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo a partir de diciembre del año 2009, incrementos anuales, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ha laborado y cotizado como aviador civil con las empresas Corporación Industria Aeronáutica de Colombia, ACES, Fundación Universitaria los Libertadores, AEROSUCRE, CARIBBEAN AIRWAYS, AEROREPUBLICA y COPA AIRLINES desde el 9 de mayo de 1989 a la fecha; que es beneficiario de las convenciones colectivas de ACES y AEROREPUBLICA; que actualmente cuenta con 1.471.14 semanas cotizadas a CAXDAC y a COLPENSIONES; la naturaleza del servicio siempre ha sido especial en cuanto siempre se ha desempeñado como piloto de aeronaves; que la aviación civil es una actividad catalogada como de alto riesgo; que el 9 de febrero de 2018, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión especial de vejez y dicha entidad mediante Resolución SUB 60152 del 2 de marzo de 2018, negó el reconocimiento del derecho, contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación y mediante Resoluciones SUB91460 del 9 de abril de 2018 y DIR 8567 del 4 de mayo de 2018, la demandada confirmó la decisión anterior.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con los empleadores a través de los cuales el demandante ha realizado cotizaciones y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, y prescripción (fls. 120 a 126).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 4 de octubre de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Luis Ricardo, conforme a lo expuesto en la parte considerativa este proveído. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante, tásese por secretaría incluyendo cómo agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. **TERCERO:** De no ser apelado el presente fallo remítase en consulta”.

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la actividad desarrollada por el demandante se encuentra catalogada como de alto riesgo. Para resolverlo indicó que las actividades definidas como de alto riesgo se encuentran descritas en el Decreto 2090 de 2003, norma que no establece dentro de ellas la labor de los aviadores civiles. Agregó que según lo definido por la sentencia C-093 de 2017, si el actor pretendía la aplicación del Decreto 2090 de 2003, debía acreditar en su caso específico, si su actividad como aviador estuvo bajo exposición de radiaciones ionizantes por fuera de los límites permisibles, que como el actor no adjuntó prueba alguna sobre el particular no es procedente el reconocimiento de la pensión.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la entidad demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto en la actualidad la actividad de aviador que desempeña el demandante no está catalogada como de alto riesgo.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Fundamentó sus alegaciones en que inició a prestar servicios como piloto cuando dicha actividad estaba definida como de alto riesgo y por ello le son

aplicables las disposiciones anteriores que regulaban la materia. Dice además que en aplicación del principio de cosa juzgada constitucional se debe tener en cuenta lo definido en la sentencia C-093 de 2017, en cuanto claramente establece que el régimen aplicable en materia de pensiones, tratándose de trabajadores que desempeñan actividades de alto riesgo, está definido por la fecha de afiliación así no hayan adquirido el derecho a la pensión. Que como el actor cumplió los requisitos del Decreto 60 de 1973, norma aplicable al momento de la afiliación, se debe reconocer la pensión reclamada.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones del demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta parte.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante tiene derecho a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 4 de julio de 1968 (fl. 15); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES un

total de 1.483,57 semanas entre el 9 de mayo de 1989 y el 31 de mayo de 2019 a través de los empleadores CORPORACIÓN AERONÁUTICA, ACES, FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES, WEST CARIBBEAN AIRWAYS, AEROSUCRE y AEROREPUBLICA (fls. 128 A 141); **iii)** que mediante Resoluciones SUB 60152 del 2 de marzo de 2018, SUB 91460 del 9 de abril de 2018 y DIR 8567 del 4 de mayo de 2018, la demandada COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo al demandante (fls. 75 a 80 y 90 a 104).

- **De la Pensión Especial de Vejez por Actividad de Alto Riesgo en Aviadores.**

Para resolver la controversia, conviene precisar que el demandante solicita el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, al efecto el artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, define de manera clara aquellas actividades que tienen dicha connotación así:

“Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes: 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos. 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional. 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes. 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas. 5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes”.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 2017, al referirse puntualmente a la actividad establecida en el numeral 3° *Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes*, definió no procedente el juicio de constitucionalidad que se proponía sobre este aparte de la norma, en cuanto no se fundaba en aspectos relacionados con su compatibilidad con la Constitución. Dijo además la Corte que de todas formas, no era posible zanjar la discusión referida a la exposición a radiaciones ionizantes por fuera de los límites permisibles y la consecuente afectación a la salud de los aviadores para que fuera necesario su retiro anticipado de la vida laboral e incluirlos en un régimen pensional específico, pues no cuenta con los elementos necesarios para estructurar el juicio de constitucionalidad pertinente.

En la misma providencia esa Alta Corporación también tuvo ocasión de pronunciarse, sobre la constitucionalidad del artículo 8° del Decreto mencionado, disposición normativa que fijó como límite de aplicación de este régimen especial, a los trabajadores vinculados bajo este tipo de actividades hasta el 31 de diciembre de 2014. Sobre este particular la Corte consideró que para determinar el régimen aplicable a las personas que realizan actividades de alto riesgo, la referencia es la fecha en que se afilian al sistema de pensiones con dicha calidad, y no el momento en el que se adquiere el derecho a la pensión especial. Dijo, que en casos en que expira la vigencia del régimen pensional, las personas que se encuentran vinculadas a este sistema, tienen derecho a que se les coticen según las reglas especiales, y a que los requisitos y beneficios pensionales sean determinados en dicha normatividad, así no hayan adquirido el derecho a la pensión. Por ello, concluyó la Corte que no se desconocen expectativas legítimas de aquellas personas vinculadas al régimen de alto riesgo al momento de entrar en vigencia del Decreto 2090 de 2003, pues de todas formas se les seguirían aplicando las normas especiales, así no hubieran causado el derecho a la pensión, y solo quedarían por fuera

de la aplicación de estas disposiciones las personas vinculadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2014.

Teniendo en cuenta el anterior fundamento normativo y jurisprudencial, resulta claro que las actividades referidas en la norma citada, nada definen sobre la calificación como de alto riesgo a la actividad desarrollada por los aviadores, y por ello no es posible realizar el estudio de las pretensiones de la demandada bajo la aplicación de esta norma.

De otro lado, tampoco resulta viable entender, como lo pretende el apoderado de la parte demandante, que la sentencia de constitucionalidad referida haya establecido que la norma aplicable a la situación pensional de una persona que sea afiliada bajo la condición de ejercer una actividad de alto riesgo, sea la vigente al momento de la afiliación al sistema bajo esta condición, pues la interpretación que realiza la Corte sobre el contenido específico del artículo 8° del Decreto 2090 de 2003, que como se dijo, no le aplica al demandante, se contrae a establecer que el límite que fija esta norma para la aplicación de este régimen especial, no vulnera expectativas legítimas de los afiliados, en cuanto si su vinculación se dio inicialmente bajo este régimen especial, este será el que se le aplique hasta el momento en que cause su derecho a la pensión, caso diferente al del actor a quien no le es aplicable esta disposición y a quien tampoco podría definírsele el derecho pensional con fundamento en normas que ya se encuentran derogadas.

En todo caso, precisa la Sala además que en la situación del actor, durante todo el tiempo que ha realizado cotizaciones al sistema, éstas nunca se han efectuado con el porcentaje adicional correspondiente a las actividades de alto riesgo, por lo que tampoco podría deducirse de este aspecto que estuviera vinculado al sistema bajo este régimen especial.

Para ahondar en razones, el Tribunal encuentra que el actor tampoco es beneficiario del régimen de transición normativa dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1282 de 1994, norma que establece el régimen especial de los aviadores civiles. Esta disposición define como condiciones para acceder a la pensión de jubilación bajo la aplicación del Decreto 60 de 1973 (disposición que el actor pretende se le aplique para determinar su derecho pensional), que el aviador a 1° de abril de 1994 tuviera 40 años de edad o más si es hombre, y hubiera cotizado o prestado servicios durante 10 años o más. De las pruebas obrantes en el expediente se deduce que el demandante no cumplía ninguna de estas condiciones, pues para la fecha referida solo tenía 25 años de edad (fl. 15) y contaba con poco más de 4 años de cotizaciones (fl. 105).

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0037-2021

Radicado N° 21-2015-00523-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del demandante **ALEJANDRO SABOGAL MARTÍNEZ**, en contra de la sentencia proferida el 04 de julio de 2019 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales del 15 de septiembre de 2014 al 14 de septiembre de 2015, declaró probadas las excepciones de contrato no cumplido, cobro de lo no debido y pago y absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante (fl. 578, 02:23 cd fl. 577).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 74 a).**

ALEJANDRO SABOGAL MARTÍNEZ solicitó declarar que existió un contrato de prestación de servicios con la **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS PROPIEDAD HORIZONTAL**; en consecuencia, declarar la terminación del contrato y condenar al pago de la cláusula penal y honorarios, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 15 de septiembre de 2015, suscribió contrato de prestación de servicios profesionales de abogado con la Presidenta del Consejo de Administración de la demandada, cuyo objeto fue la entrega total de la cartera morosa por expensas ordinarias (administración) y extraordinarias, cuotas de parqueaderos, sanciones por inasistencia a asambleas e intereses moratorios, para procurar la recuperación de \$819.841.878 a cargo de 1084 copropietarios morosos, pactando como honorarios el 10% en cobro prejurídico y el 20% en cobro jurídico, obligándose la demandada a suministrar toda la información y documentos necesarios para el cumplimiento de la gestión por el contratista, al pago total de los honorarios en la primera cuota de cada pago de los deudores, a entregar mensualmente al abogado el estado de cuenta de cada deudor y a no recibir pagos de éstos sin autorización expresa o con acuerdo de pago celebrado con el abogado y, en todo caso, a pagar honorarios por todo pago con o sin autorización. Señaló que también se acordó que en caso de terminación unilateral o incumplimiento parcial o total del contrato se pagaría una cláusula penal por el 10% del valor total del contrato. Afirmó que cumplió con sus obligaciones como contratista remitiendo cartas prejurídicas a los 1084 deudores, sin embargo, el contratante no cumplió con sus obligaciones a pesar de los requerimiento que le efectuó con los correos certificados enviados el 7 de abril de 2015, 21 de mayo de 2015 y 28 de mayo de 2015, último en el cual puso de presente el comportamiento desobligante y mal intencionado de la Presidenta del Consejo, teniendo conocimiento de que la demandada recibió dineros de deudores sin su autorización y sin el pago de sus honorarios.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (107 a 119, 373 a 374).**

La **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS PROPIEDAD HORIZONTAL** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la suscripción del contrato de prestación de servicios, su objeto, el monto de los honorarios y su pago por todo pago recibido por el deudor con o sin autorización del abogado, las

obligaciones del contratante, la cláusula penal y que envió 3 correos. Indicó que el demandante, además del suscribir contrato de prestación de servicios para cobro de cartera, también celebró un contrato de prestación de servicios para asumir la actividad de administrador y representante legal de la demandada, sin que STELLA ALVARADO DE NIÑO fuera representante o administradora de la propiedad horizontal ya que solo era la Presidenta del Consejo de Administración, por tanto, el demandante era al mismo tiempo contratante y contratista del contrato cuyos honorarios reclama, negoció que pese haberse celebrado nunca se desarrolló al no cumplirse la condición de entrega por parte del contratante de un acta formal que definiera los *morosos*, suscrita por la revisora fiscal del conjunto, por lo cual nunca se determinó la población objeto de cobro prejurídico o jurídico, omisión cuya solución requirió el Consejo de Administración al demandante pero que nunca se hizo, alegando ahora el demandante su propia culpa ya que era al mismo tiempo ambas partes del contrato y nunca se autoentregó el acta relacionando deudores, nunca registro estados de cuenta de deudores, nunca presentó demanda y nunca informó avances de la presunta gestión de cobro, siendo que si eventualmente recibió dineros no informó donde se encuentran y quien usó el papel y demás elementos y el trabajo de colaboradores del Conjunto para realizar oficios de los cuales no hay constancia de envío o recibido, siendo que una vez venció el contrato de servicios como administrador, procedió a requerir mediante correos certificado y tutelas cuentas, documentos o informes que el mismo debía haber realizado al ser al mismo tiempo administrador y contratista y los cuales nunca entregó al Conjunto, siendo que los pagos que recibió la demandada de sus copropietarios no se pueden imputar a una gestión del demandante de la cual no existe prueba. Interpuso las excepciones de falta de requisito de procedibilidad, cobro de lo no debido, pago, prescripción, temeridad y mala fe, buena fe del demandado y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 578, 02:23 cd fl. 577).

El 04 de julio de 2019, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre el doctor **ALEJANDRO SABOGAL MARTÍNEZ** y **LA AGRUPACIÓN DE VIVIENDA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS – PROPIEDAD HORIZONTAL** existió un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado vigente desde el 15 de septiembre de 2014 y el 14 de septiembre de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la **EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO** y probadas las de **COBRO DE LO NO DEBIDO** y **EXCEPCIÓN DE PAGO** propuestas por **LA AGRUPACIÓN DE VIVIENDA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS – PROPIEDAD HORIZONTAL**.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS – PROPIEDAD HORIZONTAL** de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

CUARTO; CONDENAR EN COSTAS al demandante y en favor de la demandada la suma de \$500.000 como agencias en derecho. Por Secretaría liquidense.

QUINTO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses del demandante. (...)”

Para la Juez de primera instancia problema jurídico consistió en determinar si le asiste derecho al demandante a que se declare que existió entre las partes un contrato de prestación de servicios y si como consecuencia de ello proceden las pretensiones elevadas.

Para resolver señaló que se acreditó la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales para el cobro de cartera mora del 15 de septiembre de 2014 al 14 de septiembre de 2015, no obstante, también se demostró que el demandante fue al mismo tiempo administrador del Conjunto demandado desde el 15 de septiembre de

2014 hasta el 15 de marzo de 2015, periodo en el cual no se suministró la información y documentos para realizar su gestión de cobro de cartera y solo después que finalizó su actividad como administrador requirió los documentos necesarios para ello con peticiones del 07 de abril de 2015 y 28 de mayo de 2015, sin que relacionará en tales solicitudes haber agotado el cobro prejurídico para proceder al cobro jurídico, a la vez que tampoco rindió informe alguno sobre tal gestión pese a que le fue requerido el 10 de julio de 2015, sin que el demandante demostrara en sede judicial haber agotado el cobro prejurídico a los 1084 deudores y, aún en gracia de discusión, tampoco demostró que de haberlo hecho hubiera iniciado con los procesos ejecutivos a pesar de que tenía acceso a los documentos durante los meses que fue administrador y tampoco registró en contabilidad los pagos que recibió de los deudores, ni demostró los presuntos pagos realizados con ocasión de un acuerdo de pago o por causa de su gestión sin que pudieran evaluarse las declaraciones que se efectuaron ante el H. Consejo Superior de la Judicatura porque no se solicitó prueba trasladada y se trata de procedimiento disimiles y sin que los estados de cuenta evidencien el cumplimiento, por tanto, concluyó que hubo un incumplimiento recíproco entre las partes por cuanto la demandada no contestó las peticiones de documentos del demandante y, por ende, no existió mora al ser un contrato bilateral y en consecuencia absolvió.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **ALEJANDRO SABOGAL MARTÍNEZ** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que el contrato de prestación de servicios de cobro de cartera fue suscrito por la Presidente del Consejo de Administración en debida forma, que la demandada incumplió sus obligaciones porque luego de que dejó de ser administrador en marzo de 2015, nunca se le entregó la información y documentos necesarios para cumplir con su deber a pesar de los requerimientos que hizo al Conjunto, y que de mala fe intentó ocultar los pagos que recibió de deudores y por los cuales no pago honorarios, además, demostró que suscribió 125 acuerdos de

pago aproximadamente y que remitió cartas prejudiciales a 1084 deudores, conforme señalaron los testigos en el proceso que se surtió ante el H. Consejo Superior de la Judicatura, por tanto, manifestó que fue la demandada quien no cumplió sus obligaciones, quien de mala fe y con falsos testimonios intentaron justificar su incumplimiento¹ (22:35 cd fl. 577).

¹ Señoría, buenas tardes, apelé su decisión. Acabo de llegar convencido que la audiencia era a las 4pm, esa era la hora que tenía confirmada por parte del Despacho, pero acabo de escuchar su decisión (Juez deja constancia de que son las 3:35p.m. y la audiencia se citó a las 3:30 p.m.). Entiendo señoría que respecto de la parte demandante resuelve fallar en su contra, no conocí el contenido general de la misma, pero me apresuro a solicitar respetuosamente se me conceda el recurso de apelación. Su señoría manifestó en lo último que escuché que resolvió a favor de la demandada y me condenó en costas en \$500.000. Manifiesto ante el H. Tribunal Superior de Bogotá en la Sala Laboral que el proceso que presenté contra el Conjunto demandado está debidamente soportado en norma procesal laboral y está sustentado en un contrato de prestación de servicios profesionales, contrato debidamente suscrito por las personas que lo firmaron, la señora LUZ STELLA ALVARADO DE NIÑO, persona debidamente legitimada en causa para suscribir el contrato, que si bien era cierto figuraba en ese momento como administradora provisional era la Presidenta del Consejo de Administración y en fecha posterior la citada señora fue igualmente administradora nombrada por el mismo consejo en el año 2015 y reconocida la Alcaldía, señora que tenía legitimación en la causa por ser directamente nombrada y aprobada por el Consejo de Administración del Consejo de Administración como aparece en el contrato y en el Acta del Consejo de Administración No. 15 del 11 de septiembre de 2014, por lo que estaba debidamente legitimada para la firma de ese contrato. Dentro de las manifestaciones realizadas y los acuerdos realizados, honorables magistrados, estuvo el acuerdo suscrito en el contrato del 15 de septiembre de 2014, en donde se hicieron aceptaciones por parte de la contratante, que tienen que ver sobre las obligaciones que aceptó cumplir, obligaciones que todas y cada una de ellas, establecidas en la cláusula décima de ese contrato, fueron claramente incumplidas en cuanto se había obligado el CONJUNTO AGRUPACIÓN DE VIVIENDA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS a hacer entrega de toda la documentación e información requerida y solicitada por el suscrito abogado, situación que no fue cumplida por cuanto la citada agrupación de vivienda eludió irresponsablemente la entrega de toda esa información a la parte contractual. Si bien es cierto que la pasiva alegó en su momento que el suscrito momento abogado había sido administrador del conjunto y que era su obligación entregarse el mismo toda la información, no es tal cual y desde ya lo aclaro señores magistrados, el suscrito abogado suscribió un contrato administrador inicialmente que se comenzó a surtir a partir del mes de septiembre 15 del año 2014, el cual terminó en diciembre del mismo año 2014 pero que se prorrogó verbalmente hasta marzo 15 pero solo fui reconocido hasta como administrador por la alcaldía hasta diciembre 2014, tal como figura en la certificación que emana la misma alcaldía de local de Kennedy y que allegué en el momento oportuno y que solicité la anterior titular del despacho y que yo llegué al despacho una vez fue entregada por esta institución. Dicho lo anterior, lo que quiero manifestarles, señores magistrados, es que se pretende hacer creer que el suscrito abogado era la persona que tenía que mandarse los poderes y demás documentos que requeridos y a los que se había obligado la agrupación de vivienda hacer entrega, no es tal cual y no es tal cual precisamente por el hecho de que las solicitudes que yo hice las hice posteriores a la terminación cuándo ya fue tomada la administración por parte de sus consejeros, en marzo 15 del año 2015, de ahí en adelante le correspondía a la administración hacerme entrega de toda la documentación y de toda la información que yo solicité, era una obligación por parte de la administración proceder a tal situación, entonces le cabe una responsabilidad a esta agrupación pues ella se había comprometido entregarme precisamente información de los estados de cuenta, que fue uno de los requerimientos que yo hice desde el comienzo para entrar a determinar cuál eran los pagos que se efectuaron los deudores que me fueron entregados en ese contrato de prestación de servicios profesionales para cobro de cartera morosa, es allí donde precisamente durante todo ese tiempo después de marzo 15 de 2015, en reiterados oficios que yo allegué al Conjunto y que hacen parte como elemento probatorio dentro del proceso, se aprecia claramente que estas personas eludieron la situación al punto que el señor abogado de la parte demandada mintió diciendo al Despacho que eso se había perdido cuando hacen parte de la contabilidad y, posteriormente, a través de una orden que hizo la señora Juez a una de las testigos que era la contadora, a quien solicité que se allegará dicha información y posteriormente se allegó tal información, donde se da fe que si existieron esos estados de cuenta pero mal intencionadamente fueron ocultados por la parte pasiva, tan así que a través de tutela se requirieron pero nunca fueron entregados si no ya después y ahí se demuestra ese incumplimiento, porque ahí figura sin lugar a dudas que recibieron dinero a más de 200 deudores, de los cuales no me hicieron pago de mis honorarios profesionales, sumado al hechos que durante todo este tiempo, después de 15 de marzo, requerí insistentemente

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el **DEMANDANTE** otorgó poder al doctor Giovanni Garibello Acosta, identificado con CC 79.411.939 y

que se entregarán los poderes, los certificados de libertad, los certificados y demás para proceder con las demandas que se habían acordado en el contrato de prestación de servicios y tampoco se me hizo entrega y eso demuestra claramente un claro incumplimiento de contrato de prestación de servicios profesionales, entonces señores magistrados, estamos de que hay un contrato legalmente establecido entre partes, hay un contrato donde claramente se estipuló, como ustedes lo pueden observar en el folio 1 del expediente, cada una de las aprobaciones que se hizo entre las partes y donde claramente se está dejando claro que la señora MARÍA LUZ STELLA ALVARADO DE NIÑO era la administradora provisional, era la presidente del consejo y había sido autorizada por el Consejo para suscribir dicho contrato, que en el contrato de prestación de servicios que suscribió posteriormente el abogado igualmente figuró ahí que ella se obligaba a suscribir ese contrato porque igualmente fue probado por el Consejo de Administración para que así fuese, entonces no cabe ninguna duda de la cuestión de legitimación en causa de la señora LUZ STELLA ALVARADO para suscribir dicho contrato, entendamos señores magistrados que la Ley 675 del 2001 establece que en el régimen de propiedad horizontal los órganos de administración son la Asamblea General de Propietarios, el Consejo de Administración y el Administrador pertinente, quiere decir lo anterior que como Consejo de Administración y Administradores tenían la potestad jurídica para suscribir y ordenar la suscripción de dicho contrato, como efectivamente hizo el consejo ordenándole a la administradora para que está lo suscribiera efectivamente se hizo, tan es así que el contrato se realizó libremente durante un año pasando por tres o cuatro administradores y donde nunca se manifestó algo contrario respecto a este contrato, entonces, el abogado suscrito ALEJANDRO SABOGAL cumplió con sus deberes funcionales y se demostró a través de juicio que efectivamente suscribió unos acuerdos de pago, más de 125 acuerdos de pago, se dejaron como elementos de prueba señores magistrados: i) un fallo del Consejo Seccional de la Judicatura, donde se me siguió un disciplinario y a través de allí fueron y testificaron la señora contadora, que a su vez rindió testimonio aquí en la audiencia laboral, como también lo hizo la señora revisora fiscal que rindió testimonio en el Consejo Seccional y quien también rindió testimonio en este juicio laboral, de donde claramente se observaron, uno, que en el consejo seccional claramente manifestaron que efectivamente deban fe que yo había suscrito unos acuerdos de pago, donde yo había dado cumplimiento a eso, segundo, que yo había pasado unas cartas prejurídicas de todos los deudores que me fueron entregados y así fue claramente probado en el Consejo Seccional, cuyo CD entregué en esta jurisdicción laboral y quedó como elemento probatorio, siendo ello así, igualmente estas personas que en la audiencia manifestaron igualmente que yo había pasado unas cartas de cobro prejurídico, que no sabían ellos cuántas dijeron acá, pero si lo dijeron en la Judicatura la cantidad, igualmente dijeron acá parcialmente y que yo sí había suscrito unos acuerdos, no dijeron la cantidad pero en el Consejo Superior de la Judicatura si lo dijeron, sumado a tres testigos más que en el Consejo Superior de la Judicatura manifestaron y dieron fue que efectivamente yo entregué más de 1080 cobros prejurídicos y que había realizado más de 120 y pico acuerdos prejurídico, los cuales los tenía la niña tesorera de la oficina de administración, como claramente quedó allí grabado. Entonces el suscrito abogado cumplió con sus derechos deberes funcionales con este contrato, quien no lo hizo señores magistrados fue la parte demandada, por ello me extraña por parte del Despacho que manifieste que ellos son las personas que cumplieron a cabalidad, que se diga que esto es un contrato legítimo y demás cuando realmente reúne todas las calidades de un contrato legalmente vigente, un contrato que se reguló por las normas laborales y por el contrato de prestación de servicios profesionales, donde hay una legitimación en causa, donde hay un incumplimiento claro y tácito por parte de la demandada y dónde yo solicito, señores magistrados, muy respetuosamente, acojan ustedes esta manifestación en apelación, para que analicen todas las hechos probatorios aquí presentado y ustedes podrán observar que el fallo de primera instancia no corresponde la realidad aprobatoria que aquí figura en este proceso con todos los elementos probatorios que se presentaron e igualmente hubo unas falsedades, unos falsos testimonios de las testigos presentadas por la demandada, qué hubo mala fe por parte del abogado de la parte demandada que claramente quedó probado en audiencia, sumado al hecho de que dilataron intencionalmente la entrega de documentos para pasar el tiempo y no justificar y demorar y tratar de demostrar de que no ha habido incumplimiento en torno al recaudo de dineros por parte de esa agrupación, cuando claramente queda que si recaudaron dinero y con eso incumplieron el contrato y demás. Señores magistrados, yo dejo ante ustedes esta manifestación y solicito y reitero muy respetuosamente que se analice toda la parte probatoria presentada y alegada en audiencia de juicio y entregada al despacho por medio físico y ustedes podrán analizar, sin duda alguna, que efectivamente un incumplimiento por parte de la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS y por eso les solicito no ratificar el fallo de primera instancia y solicito se condene a la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS. Gracias señora.

T.P. 170.905 C.S.J., a quien se reconoce personería como apoderada principal del demandante, quien manifestó que el demandante no ejerció la representación legal del conjunto demandado desde el 11 de diciembre de 2014, razón por la cual no inició demandas al no poder representar a dicha entidad y por ende no podía expedirse los documentos que requería su gestión, quien acreditó que suscribió 120 acuerdos de pago en cumplimiento de su gestión profesional, siendo que en el CD de las diligencias ante el H. Consejo Superior de la Judicatura, que se aceptó como prueba documental, acredita que si realizó, en un tiempo prudente, el cobro prejurídico y que la demandada recibió dineros en virtud de ello y que los soportes documentales de dichas acciones están en la oficina de administración, los cuales requirió a la demandada ya que había cesado su función de administrador, documental que intento desconocer la demandada, no solo con el falso testimonio de los testigos que ésta solicitó y la manifestación falsa del apoderado judicial del Conjunto de que se perdieron los estados de cuenta de los deudores, a la vez que la *a quo* no consideró pruebas documentales que correctamente apreciadas permiten concluir que no hubo incumplimiento del demandante. Agotado el término de traslado, la **DEMANDADA** se abstuvo de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la cláusula penal y honorarios pretendidos, atendiendo los argumentos elevados en el recurso de apelación, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i*) entre el demandante **ALEJANDRO SABOGAL MARTÍNEZ** y la demandada **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS PROPIEDAD HORIZONTAL**, se suscribió el 15 de septiembre de 2014, un contrato de prestación de servicios de administración, por el cual el primero se comprometió con la segunda a prestar sus servicios de administración de los bienes de uso común del conjunto (fl. 128 a 130); *ii*) entre las partes, el 15 de septiembre de 2014, se suscribió un segundo contrato de prestación de servicios, por el cual el conjunto se obligó a entregar la totalidad de su cartera morada y el demandante a prestar su servicios como abogado para la recuperación y cobro de los dineros adeudados por los copropietarios (fl. 124 a 127).

- **Sobre la Interpretación del Contrato.**

El artículo 1618 CC estableció que una vez conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, por su parte, el artículo 1619 CC señaló que por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre la cual se ha contratado, adicionalmente, el artículo 1622 CC indica que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Respecto de la labor interpretativa de los contratos en sede judicial, la H. Sala de Casación Civil de la CSJ indicó que su objetivo primario es establecer el significado efectivo del contenido del negocio jurídico fijado por las partes, luego de lo cual se califica su real naturaleza jurídica y se enriquece lo convenido según disponga la Ley, ya sea de forma imperativa o supletiva, junto los deberes secundarios de conducta que deban incorporarse en virtud de la buena fe, conforme indicó en la sentencia SC Rad. 2000-01474-01 del 19 de diciembre de 2011. Para el anterior ejercicio, más allá del tenor literal, se debe considerar las condiciones particulares de los intervinientes y su

proceder en los distintos momentos contractuales, a fin de que toda divergencia sea resuelta considerando la fase precontractual, el conocimiento, profesión y entornó de los sujetos y el desenvolvimiento de la relación en la temporalidad de su vigencia, tal y como preciso en las sentencias SC Exp 1999-01957 del 30 de agosto de 2011, SC9446 de 22 de jul. de 2015, entre otras.

Advirtió la Alta Corporación que so pretexto de interpretar el contrato no se puede suplantar la voluntad de las partes, por cuanto se debe velar por hallar ese querer común conforme las pautas y directrices que autorizan los artículos 1618 a 1624 CC, sin que pueda descalificarse la interpretación plausible de las estipulaciones contractuales que asigne el Juez en uso de su autonomía cuando resulte acorde con las precitadas normas interpretativas y las reglas de la sana critica, tal y como indicó en la sentencia SC Rad7504 del 28 de febrero de 2005, por tanto, solo un yerro que contradiga notoriamente las reglas generales y la evidencia al suponer estipulaciones que ignoren o sacrifiquen los acuerdos ciertamente expresados o que sacrifique el sentido de la cláusula con deducciones abiertamente contradictorias a lo que ellas muestran y al modo en que fueron ejecutadas, puede ser objeto de reproche, tal y como se indicó en las sentencias SC9446 de 22 de jul. de 2015, SC3416-2019, entre otras.

- Sobre la Carga de la Prueba en la Reclamación de Pago de Honorarios Profesionales.

El contrato de mandato, utilizado en el ámbito privado para encomendar la gestión de asuntos a los profesionales del derecho, está definido en el artículo 2142 CC como el acuerdo de voluntades por el cual una persona, denominada mandante, confía la gestión de uno o más negocios en otra, denominada mandatario, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

Nuestra legislación civil no estableció ninguna solemnidad para el perfeccionamiento del contrato de mandato, por tanto, puede

celebrarse verbalmente por cuanto el artículo 2150 CC establece que se perfecciona con la mera aceptación del mandatario, acto que puede ser expreso o tácito a través de actos de ejecución de la gestión encargada, gestión que puede fijarse en los modos señalados en el artículo 2149 CC.

El mandato civil puede ser gratuito u oneroso conforme el artículo 2143 CC y en caso de acordarse lo segundo, el pago lo hará el mandante en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidas por las partes según el artículo 2184 CC. Por su parte, el mandato comercial siempre será remunerado conforme el artículo 1264 CCo, siendo relevante considerar frente los profesionales del derecho que el artículo 23 CCo indicó que no son mercantiles las prestaciones de servicio inherentes a las profesiones liberales.

Respecto de la carga de la prueba en procesos en los que se reclama el pago de la remuneración por un contrato de mandato, la H. Sala de Casación Laboral señaló en la sentencia SL3212 de 2018 que el abogado que reclame el pago de sus honorarios debe acreditar el adecuado desempeño de la actividad profesional para la cual fue contratado y que se acordó que tal mandato sería oneroso, posición que reafirmó en la sentencia SL2803 de 2020.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró que entre los demandantes existió un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado del 15 de septiembre de 2014 al 14 de septiembre de 2015, declaró probadas las excepciones de contrato no cumplido, cobro de lo no debido y pago y absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante.

El **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que el contrato de prestación de servicios se suscribió en legal forma, que desde marzo de 2015 la demandada incumplió sus obligaciones al no

suministrar los documentos solicitados y recibir dineros de deudores sin pagar honorarios, todo ello a pesar de que el demandante si cumplió con el envío de cartas prejurídicas y suscribió acuerdos de pago, lo cual se acreditó ante el H. Consejo Superior de la Judicatura, lo cual pretende desconocer el Conjunto demandado a través de falsos testimonios y actuando de mala fe.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, la H. CSJ ha señalado que en las controversias por pago de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, el demandante tiene la carga de la prueba de demostrar que el contrato fue oneroso y el adecuado desempeño de la actividad profesional contratada, tal y como indicó en las sentencias SL3212 de 2018, SL2803 de 2020, entre otras, presupuestos cuyo cumplimiento procede a verificar la Sala conforme los argumentos elevados en el recurso de apelación.

Sea lo primero realizar la interpretación del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes el 15 de septiembre de 2014 (fl. 124 a 127), a fin de establecer el real alcance de las obligaciones para las partes que se originaron con dicho instrumento.

La interpretación, en sede judicial, de un contrato debe propender por conocer la real intención de los contratantes más que por el tenor literal de las palabras, a fin de calificar la real naturaleza jurídica del contrato y enriquecer el mismo de forma imperativa o supletiva según las normas legales aplicable, aplicando las pautas de los artículos 1618 a 1624 CC y las reglas de la sana crítica, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias SC Rad7504 del 28 de febrero de 2005, SC Rad. 2000-01474-01 del 19 de diciembre de 2011, SC9446 de 22 de jul. de 2015, SC3416-2019, entre otras.

En el presente asunto, se acredita y no es objeto de controversia que las partes el 15 de septiembre de 2014 suscribieron un contrato

de mandato, oneroso, al cual denominaron como *contrato de prestación de servicios profesionales*, cuyo objeto fue la entrega por el contratante al contratista de la totalidad de la cartera morosa, para su correspondiente recuperación y cobro prejurídico y jurídico a los 1084 copropietarios deudores (fl. 124 a 127).

En cuanto a las obligaciones, las partes acordaron en la cláusula décima del contrato que el contratante estaría obligado con el contratista a: **i)** pagar los honorarios en la primera cuota de cada arreglo efectuado con los deudores y a pagar los mismos cuando el contratante recibe pagos de la deuda con o sin autorización del contratista; **ii)** suministrar toda la información requerida; **iii)** entregar mensualmente los estados de cuenta de cada deudor; **iv)** entregar todos los documentos requeridos para el cobro prejurídico o jurídico; **v)** no recibir pagos de deudores sin autorización expresa del contratista o acuerdo de pago entre éste y el deudor.

Por su parte, en la cláusula novena se acordó que el contratista estaría obligado con el contratante a: **i)** obrar con diligencia en los asuntos encomendados; **ii)** resolver consultas con la mayor celeridad posible; **iii)** realizar un informe general de los negocios encargados cuando así lo solicite el contratante previa entrega del contratante al contratista de los estados de cuenta de los dineros recaudados por los deudores.

Conforme el alcance de las anteriores obligaciones, podría pensarse que la cláusula décima del contrato de mandato impuso a la demandada la obligación de pago de los honorarios al demandante, sin embargo, tal interpretación resultaría contraria al sentido de las cláusulas tercera y quinta del contrato, por cuanto la primera de ellas estableció expresamente que los honorarios **serían pagados en su totalidad por el deudor en el primer pago, previo acuerdo escrito y suscrito entre el abogado y el deudor**; mientras que la segunda fijó expresamente que si el Conjunto recibe pagos del moroso, con o sin autorización del abogado, **tiene la obligación de descontar del pago**

realizado por el deudor los honorarios profesionales y a realizar el pago de los mismos al contratista.

Una interpretación integral del querer de los contratantes permite concluir, de forma razonable, que nunca tuvieron la voluntad de fijar que el conjunto demandado fuera responsable del pago de los honorarios, por cuanto dicho rubro se fijó en cabeza del deudor, lo que conlleva necesariamente a descartar las suplicas del apelante de condenar al pago de honorarios.

Incluso, en gracia de discusión, aun sí el contrato hubiera determinado que el conjunto demandado sería responsable del pago de los honorarios, tampoco se cumplen los presupuestos para ordenar tal condena, por cuanto el demandante no logra acreditar en sede judicial el cumplimiento de sus obligaciones.

Afirmó el apelante que envió 1084 cartas de cobro prejurídico conforme la cláusula cuarta del contrato y realizó 125 acuerdos de pago y que no pudo continuar su gestión por el incumplimiento del contratante en la entrega de documentos e información necesaria para continuar la gestión de cobro.

Al respecto, el demandante no allegó prueba documental que acredite la entrega de las cartas prejurídicas a cada uno de los 1084 deudores, los cuales ni siquiera fueron individualizados ya que no se aportó su descripción detallada en una lista de 40 folios anexa al contrato que menciona la cláusula segunda (fl. 125), por cuanto tal lista no corresponde ni el folios ni en número de deudores a las aportadas en la demanda (fl. 8 a 24, 31 a 70). Del mismo modo, el dicho de la testimonio de KAREN ANDREA MORA RUÍZ tampoco permite inferir la entrega efectiva de dichas cartas, por cuanto la declarante se limitó a indicar que el demandante utilizó el personal del conjunto demandada para pasar algunas cartas pero aclaró que no le consta que se hubiera cumplido con tal obligación frente a cada uno de los 1084 deudores (34:14 y 42:46 cd fl. 490).

Tampoco resulta procedente la solicitud del apelante de considerar los testimonios rendidos por KAREN ANDREA MORA RUÍZ y MARÍA ESPERANZA PÁEZ LIZARAZO ante el H. SALA DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ, CUNDINAMARCA Y AMAZONAS en el proceso 2015-562 (fl. 423 a 427), ya que dicha prueba trasladada no fue solicitada en la demanda y la *a quo* dispuso, de oficio, considerar únicamente el sentido absolutorio de la decisión que terminó el procedimiento en favor del abogado investigado sin extender tal determinación a las pruebas practicadas en dicho proceso disciplinario (19:53 cd fl. 483), por tanto, no pueden ser valoradas como pruebas en segunda instancia conforme el artículo 83 CPTSS, porque no fueron pedidas ni decretadas en primera instancia y no puede ahora el demandante requerir su análisis cuando el mismo dio lugar a que no puedan ser valoradas al omitir su solicitud en el momento procesal que correspondía.

Tampoco se pueden valorar los presuntos acuerdos de pago allegados y los eventuales pagos derivados de estos, porque tales documentales fueron también aportadas de forma extemporánea al expediente (fl. 224 a 346) y no pueden ser valorados probatoriamente en segunda instancia ya que no fueron ni solicitados ni decretados como pruebas en primera instancia, tal y como indicó la *a quo* en la audiencia del 17 de julio de 2017 (fl. 484 a 485, 19:53 cd fl. 483); adicionalmente, los pagos relacionados en los estados financieros de la demandada (cd fl. 496) tampoco permiten fijar si hubo o no pagos generados por el servicio de cobro del demandante, ya que se limitan a relacionar el monto de algunos pagos sin detallar su causa, lo que impide determinar si en su causación medio o no la participación o gestión del demandante, sumado al hecho de que no están individualizados los 1084 deudores de que trata el contrato.

De otra parte, aun si el demandante hubiera acreditado que el Conjunto era responsable de los pagos de los honorarios y el

cumplimiento de su gestión, tampoco sería procedente condenar al pago en virtud de que se acreditó en primera instancia el incumplimiento recíproco de ambas partes de sus obligaciones, lo que conlleva a aplicar el artículo 1609 CC, relativo a la ausencia de mora de cumplimiento en los contratos bilaterales cuando existe incumplimiento de ambas partes, tal y como lo declaró la *a quo* en la sentencia de primera instancia.

Lo anterior por cuanto el demandante fungió como administrador y representante legal certificado del conjunto demandando del 15 de septiembre de 2014 al 11 de diciembre de 2014 (fl. 518) y de facto hasta el 15 de marzo de 2015, conforme el dicho coincidente de ambas partes y las testigos, periodo durante el cual no acredita en modo alguno el cumplimiento de su deber de cobro de cartera y durante el cual podía disponer de toda la información y documentos para no solo realizar la gestión de cobro prejurídica sino también la jurídica a través de acciones judiciales, no obstante lo cual no ejerció dichas acciones a pesar de requerir la cláusula cuarta del contrato (fl. 126), pero a su vez la demandada tampoco efectuó la entrega de tal información cuando le fue solicitada por el demandante en sus peticiones del 07 de abril de 2015 (fl. 7 a 25) y el 28 de mayo de 2015 (fl. 28 a 30), contratista que a su vez tampoco cumplió con la obligación de rendir los informes solicitados por el contratante a través del escrito fechado el 10 de julio de 2015 (fl. 142).

Por todas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que absolvió de todas las pretensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

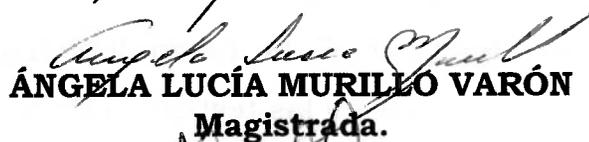
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0056-2021

Radicado N° 021-2018-00364-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la demandada **COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 06 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó a **COLPENSIONES** a devolver \$635.922.800 debidamente indexados a la **ETB** por aportes erróneamente pagados en enero, febrero y marzo de 2012, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas (fl. 145, 21:34 cd fl. 144).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 2 a 10, 100 a 103).**

La **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.**, solicitó declarar que durante el proceso de fiscalización de la UGPP, el 31 de junio de 2015 efectuó el pago doble de 3 planillas de aportes a pensión por los periodos 2012-01, 2012-02 y 2012-03 por \$635.922.800; en consecuencia, condenar a **COLPENSIONES** a reintegrar los valores erróneamente pagados, indexación costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que pagó aportes a pensión el 30 de junio de 2015, a través de MI PLANILLA.COM, en cumplimiento del proceso de fiscalización que adelantó la UGPP por presunta mora e inexactitud en la liquidación de aportes de enero a diciembre de 2012. Aseguró que al momento del pago, se duplicaron las planillas, por lo cual por error pagó Tres (3) planillas originales (366185, 3662436, 3664187) y Tres (3) planillas duplicas (3735523 por \$536.346.900; 3735883 por \$73.404.900 y 3735914 por \$26.171.000), por tanto, giró erróneamente \$635.922.800 a PORVENIR, PROTECCIÓN, OLD MUTUAL, COLFONDOS y **COLPENSIONES**. Señaló que las AFP reintegraron los valores pagados por error, pero **COLPENSIONES** no realizó la devolución. Manifestó que el 02 de julio de 2015, solicitó a la demandada la devolución de los aportes o asesoría del procedimiento aplicable al caso; que el 07 de julio de 2015, dio alcance a la solicitud inicial; que el 14 de agosto de 2015, reiteró la solicitud; que el 15 de septiembre de 2015, remitió documento equivalente a factura de cobro No. 10597 por mayor valor pagado. Informó que **COLPENSIONES** con oficio BZ2015_722165_3179620 del 24 de noviembre de 2015, informó que no era procedente la devolución porque los tiempos fueron usados para reconocer pensiones de vejez, razón por la cual lo cual el 24 de agosto de 2016, se reiteró la solicitud de devolución y durante dicho año las partes realizaron reuniones para depurar la deuda de la **ETB** (21 de junio de 2016; 1º y 8 de septiembre de 2016; 18 de octubre de 2016 y 10 de diciembre de 2016), pero el 23 de enero de 2017, se dejó constancia que **COLPENSIONES** había manifestado que no podía compensar la contribución con los pagos efectuados de aportes, tras lo cual el 10 de febrero de 2017 reiteró la petición de devolución de aportes pagados doblemente, contestando la demandada el 11 de julio de 2017 que no era posible compensar saldos porque se necesita que el aportante este a paz y salvo. **COLPENSIONES** el 22 de septiembre de 2017, notificó a la **ETB** que registra deuda real por \$4.662.983.389 y deuda presunta por \$27.426.370.205 y que por ello no procede la devolución de aportes, frente a lo cual el 23 de marzo de 2018, reiteró

la petición de devolución porque ese pago no fue en cumplimiento del Decreto 1406 de 1999, sino por un error en las planillas. Aseguró que, si bien existe deuda real y presunta, las partes han trabajado conjuntamente para su depuración y por ello a junio de 2018 la deuda presunta se redujo a \$11.127.325.019,61.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 112 a 118, 126).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al pago doble que realizó la **ETB** con ocasión del proceso de fiscalización de la UGPP, las peticiones que presentó la demandante el 02 de julio de 2015, 14 de agosto de 2015, 15 de septiembre de 2015, 24 de agosto de 2016, 10 de febrero de 2017 y 23 de marzo de 2018, el acta de la reunión del 23 de enero de 2017, las respuestas de la administradora del 11 de julio de 2017 y el 22 de septiembre de 2017. Indicó que **COLPENSIONES** en diversas comunicaciones reconoció que se efectuó el pago doble de \$635.922.800, sin embargo, la **ETB** registra deuda real de \$4.662.983.389 y deuda presunta de \$27.426.370.205, por lo cual es improcedente la devolución en virtud del artículo 55 del Decreto 1406 de 1999, por lo que se requiere que la demandante se ponga al día para establecer si hay o no saldo para realizar la devolución de aportes, siendo que la administradora desde oficio BZ2015_722165_3179620 del 24 de noviembre de 2015, le ha manifestado a la **ETB** su interés de compensar las sumas pagadas de más con la deuda de aportes, en armonía con el artículo 9 del Decreto 1161 de 1994. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 145, 21:34 cd fl. 144).

El 06 de noviembre de 2019, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reintegrar a la

*EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P. la suma de \$635.922.800 por concepto de devolución de los aportes cancelados de manera errónea por los periodos de enero, febrero, marzo de 2012, suma que deberá ser indexada al momento de su pago. **SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, y buena fe propuestas por la pasiva. **TERCERO: CONDENAR** en costas a **COLPENSIONES**, incluyéndose en su liquidación como agencias en derecho la suma de \$5.000.000. **CUARTO: CONSÚLTESE** esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses de **COLPENSIONES**. (...)"*

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si le asiste o no derecho a la ETB a que se declare que por error realizó el pago doble de aportes a pensión a COLPENSIONES para los meses de enero, febrero y marzo de 2012 y la procedencia o no de ordenar su devolución indexada, costas y agencias en derecho.

Para resolver indicó que no hay discusión entre las partes y esta acreditado que la **ETB** pagó doble los aportes de enero, febrero y marzo de 2012 por \$635.922.800, siendo que el artículo 55 del Decreto 1460 de 1999, remite al artículo 1161 de 1994, norma que a su vez indica que la compensación del aporte se realiza en el orden que fija el artículo 53 del Decreto 1460 de 1999, por lo cual la devolución procede cuando la compensación conlleva a un excedente a favor del aportante, sin embargo, **COLPENSIONES** no acreditó haber efectuado ni la compensación ni la verificación, no demostró que el valor pagado de más lo consignó en una cuenta especial, pese que ya trascurrieron 4 años desde el pago y que se ordenó de oficio aportar pruebas sobre ello pero incumplió tal carga sin que hubiera solicitado un plazo mayor al momento del decreto de pruebas o con posterioridad, por lo cual no avaló las excusas en tal sentido, además, la demandada le indicó expresamente a la **ETB** que no puede compensar si hay deuda, lo que es un contrasentido porque la compensación requiere obligaciones reciprocas entre las partes, por lo cual condenó.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó

que la **ETB** ha presentado múltiples solicitudes y por ello se dificulta recolectar la prueba que requirió el Despacho, la cual es necesaria para que la decisión se ajuste a derecho y no se afecte el patrimonio público de la demandada y sus coadministradores, por lo cual no se puede fallar con base en supuestos¹ (22:16 cd fl. 144).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal del demandante **ETB** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia porque incurrió en un error que conllevó al pago doble de aportes, lo que generó un enriquecimiento sin causa, además, la pasiva no alegó la excepción de compensación. De otra parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Cindy Julieth Villa Navarro, identificada con CC 1.129.580.577 y TP 219.992 C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto si bien se aceptó el pago doble de aportes, la **ETB** registra deuda real y presunta, lo que impide la devolución de la suma pretendida.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

¹ Gracias su señoría, me permite interponer recurso de apelación para que así el Tribunal Superior Sala Laboral revoque de manera total el fallo por usted proferido y se tenga en cuenta, cómo quedó sustentado en mis alegatos de conclusión, que dado a que la **ETB** presenta múltiples solicitudes, se presenta una dificultad en la recolección de lo requerido por este Despacho, documentos que son necesarios para que el fallador pueda tomar una decisión ajustada en derecho y que mi representada no se vea afectada por el detrimento del patrimonio público y de sus coadministradores, pues no se puede fallar en supuestos atentado a la seguridad jurídica, gracias.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la **ETB** a obtener de **COLPENSIONES** la devolución de los valores pagados en exceso por concepto de aportes efectuados para los periodos 2012-01, 2012-02 y 2012-03, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* la demandante **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.** realizó el 30 de junio de 2015 un doble pago de aportes así: *a)* planilla 3661685 pensión 2012-01 a **COLPENSIONES** por \$537.547.800 (fl. 59 a 60) y planilla doble 3735523 pensión mismo ciclo a **COLPENSIONES** por \$536.346.900 (fl. 61 a 62); *b)* planilla 3662436 pensión 2012-02 a **COLPENSIONES** por \$73.404.900 (fl. 63 a 64) y planilla doble 3735883 pensión mismo ciclo a **COLPENSIONES** por \$73.404.900 (fl. 65 a 66); *c)* planilla 3664187 pensión 2012-03 a **COLPENSIONES** por \$26.264.300 (fl. 67 a 68) y planilla doble 3735914 pensión mismo ciclo a **COLPENSIONES** por \$26.171.000 (fl. 69 a 70).

- **Acerca del Pago en Exceso de las Cotizaciones al Sistema General de Pensiones.**

El Decreto 1161 de 1994, reglamento materias del Sistema General de Pensiones. El artículo 8° de la citada norma, compilado en el artículo 2.2.3.1.18 del Decreto 1833 de 2016, dispuso dentro de los 20 días calendario siguientes a la consignación de la cotización, la

administradora verificara el mismo para corroborar que no presentan inconsistencias, siendo viable que en dicho trámite se acredite que las sumas depositadas exceden la cotización, caso en el cual se aplica el artículo 9° del Decreto 1161 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.19 del Decreto 1833 de 2016, el cual señala que en caso de exceso en la cotización, para el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las sumas respectivas se mantendrán en una cuenta especial sin rendimientos, procediendo la administradora a informar el hecho al empleador o trabajador independiente, para que manifiesten si prefieren que las sumas pertinentes sean devueltas, se abonen como un pago anticipado y, en el caso que no se obtenga respuesta dentro de los 15 días calendario siguientes, las sumas se mantendrán en dicha cuenta a disposición del interesado.

Resulta relevante indicar que el Parágrafo único del artículo 8° del Decreto 1161 de 1994, condicionó el procedimiento de devolución de los valores en exceso, por cuanto indicó que en caso de existir mora no se aplicará el artículo 9° sino el artículo 11 de dicha norma, el cual fue compilado en el artículo 2.2.3.1.21 del Decreto 1833 de 2016.

Así las cosas, en los casos en que exista deuda por cotizaciones obligatorias y mora y se efectúen consignaciones en las cuales no se determinen las sumas destinadas al pago de éstas o el valor sea insuficiente para cubrir lo adeudado, con cargo a la cotización se atenderá el pago de intereses de mora y luego el pago de las cotizaciones adeudadas, caso en el cual las administradoras deberá dar aviso inmediato del hecho al depositante.

Las anteriores reglas para el manejo del exceso en el pago de cotizaciones a pensión fueron reiteradas en el artículo 55 del Decreto 1406 de 1999, compilado en el artículo 2.2.18.1.1 del Decreto 1833 de 2016, norma que dispuso que en todo caso de exceso deben efectuarse las compensaciones que resulte procedentes por obligaciones a cargo del aportante conforme el orden de imputación de pagos establecido en los

artículos 53 y 54 del Decreto 1406 de 1999 y el artículo 9° del Decreto 510 de 2003, compilados en el artículo 3.2.1.13 del Decreto 780 de 2016.

- **Sobre la Carga de la Prueba.**

El artículo 167 CGP, aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, principio que ha sido ampliamente reiterado por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencias, SL4345 de 2020, SL4866 de 2020, SL4816 de 2020, SL4825 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia condenó a **COLPENSIONES** a devolver \$635.922.800 debidamente indexados a la **ETB** por aportes erróneamente pagados en enero, febrero y marzo de 2012, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la condena. Indicó que la **ETB** presentó múltiples solicitudes y eso dificultó recopilar la prueba que requirió el Despacho y que es necesaria para que la decisión se ajuste a derecho, no afecte el patrimonio público y no se falle con base en supuestos.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, la normatividad que regula el manejo del exceso de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones condiciona la devolución de estos que no exista mora del aportante.

Así las cosas, el artículo 8° del Decreto 1161 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.18 del Decreto 1833 de 2016, dispuso que la administradora de pensiones efectuara una verificación del pago para descartar inconsistencia y, en caso de verificar que la suma depositada

excede la cotización, aplicará el artículo 9° de dicho Decreto, compilado en el artículo 2.2.3.1.19 del Decreto 1833 de 2016, salvo que exista mora del aportante, situación que conlleva a aplicar el Parágrafo Único de dicha norma, actualmente compilado en el artículo 2.2.3.1.21 del Decreto 1833 de 2016, el cual señala que con cargo a la cotización se atenderá el pago de intereses de mora y luego el pago de las cotizaciones adeudadas, tal y como reafirmó el artículo 55 del Decreto 1406 de 1999, compilado en el artículo 2.2.18.1.1. del Decreto 1833 de 2016, norma que dispuso expresamente que se seguirá el orden de imputación de pagos señalado en el artículo 3.2.1.13 del Decreto 780 de 2016.

En el presente asunto, no existe discusión entre las partes y esta acreditado que la **ETB** efectuó el 30 de junio de 2015, un pago doble de aportes a pensión de \$635.922.800 con destino a **COLPENSIONES** para los ciclos 2012-01, 2012-02 y 2012-03, así: **a)** planilla 3661685 pensión 2012-01 a **COLPENSIONES** por \$537.547.800 (fl. 59 a 60) y planilla doble 3735523 pensión mismo ciclo a **COLPENSIONES** por \$536.346.900 (fl. 61 a 62); **b)** planilla 3662436 pensión 2012-02 a **COLPENSIONES** por \$73.404.900 (fl. 63 a 64) y planilla doble 3735883 pensión mismo ciclo a **COLPENSIONES** por \$73.404.900 (fl. 65 a 66); **c)** planilla 3664187 pensión 2012-03 a **COLPENSIONES** por \$26.264.300 (fl. 67 a 68) y planilla doble 3735914 pensión mismo ciclo a **COLPENSIONES** por \$26.171.000 (fl. 69 a 70).

De otra parte, observa la Sala que se configuró la confesión del apoderado judicial de la demandante **ETB**, conforme el artículo 193 CGP, declarado exequible en sentencia C-551 de 2016, aplicable a nuestra especialidad por el artículo 145 CPTSS, toda vez que manifestó en la demanda que luego de la depuración que adelantaron las partes el valor de la deuda presunta de la **ETB** a **COLPENSIONES** se redujo a \$11.127.325.019,61; así mismo confesó que la **ETB** fue objeto de proceso de fiscalización por la UGPP, aportando copia de la Liquidación Oficial RDO 22 del 09 de enero de 2014, la cual indica que la **ETB** adeuda a **COLPENSIONES** por inexactitud de contribuciones

a pensión \$168'313.600 por aportes obligatorios y \$15'112.100 por aportes a fondo de solidaridad pensional, mientras que por mora de contribuciones adeuda \$10'137.000 por aportes obligatorios y \$627.900 por aportes a fondo de solidaridad pensional (fl. 39 a 58).

Así las cosas, en cuanto a la tesis del demandante, según la cual, si bien tiene deuda real y presunta con **COLPENSIONES**, ello no impide la devolución de unos pagos que efectuó por error, la Sala no comparte dicha apreciación, por cuanto el artículo 9° del Decreto 1161 de 1994 y el artículo 55 del Decreto 1406 de 1999, compilados respectivamente en los artículos 2.2.3.1.19 y 2.2.18.1.1 del Decreto 1833 de 2016, señalan de forma expresa que la devolución del exceso en la cotización no procederá en caso de mora del aportante, sin que la verificación que hace cada entidad en virtud del artículo 2.2.3.1.18 del Decreto 1833 de 2016, pueda equipararse a un proceso de fiscalización, por cuanto se trata de la verificación de ausencia de inconsistencia que todas las administradoras de pensiones realizan sobre los pagos de aportes, independientemente de que estén o no adelantando procesos de fiscalización.

Ahora bien, la imposibilidad que por mandato normativo se impuso a la devolución del exceso en la cotización a pensión cuando el aportante esta en mora tampoco genera un enriquecimiento ilícito, por cuanto se trata de un caso de compensación ordenado por ministerio de la ley y que tiene fuente en la relación jurídica que existe entre la administradora de pensiones y el aportante, pues si bien hubo una disminución patrimonial de la demandante y un acrecentamiento patrimonial correlativo de la demandada, lo cierto es que no procede la acción *in rem verso* porque no se cumple su requisito de subsidiariedad ni el requisito de ausencia de causa jurídica, porque entre las partes si existe una relación o vinculo jurídico entre el enriquecedor y empobrecido (afiliación en calidad de aportante).

Por todo lo anterior, habrá lugar a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a **COLPENSIONES** de las

condenas, declarando probada la inexistencia de la obligación conforme las consideraciones ya expuestas, toda vez que la parte demandante no elevó en sus pretensiones la suplica de que el valor pagado de más sea compensado y por ende no hizo parte del problema jurídico fijado en primera instancia, lo que impide a esta Sala la competencia para pronunciarse en tal sentido.

En todo caso, la Sala advierte a **COLPENSIONES** que la **ETB** tiene derecho a que se efectúe la compensación de \$635.922.800 por pago doble de aportes en los periodos 2012-01. 2012-02 y 2012-03, frente a la mora que al 30 de junio de 2015, presentaba dicha entidad y en la prelación consagrada en el artículo 3.2.1.13 del Decreto 780 de 2016.

Lo anterior, por cuanto no solamente así lo ordenan las normas que regulan el manejo del exceso de cotización y que han sido citadas a lo largo de esta sentencia, sino también porque el mismo concepto de compensación trae implícito que las dos personas sean deudoras entre sí, tal y como lo establece el artículo 1714 CC, por tanto, no existe ninguna justificación para que **COLPENSIONES** exija a la **ETB** estar al día en sus obligaciones para proceder a la compensación, requerimiento que además de contrariar normas concretas de la seguridad social resulta contradictorio frente a la figura de la compensación.

Costas de primera instancia a cargo de la demandante **ETB** conforme el artículo 365 CGP y deberán ser tasadas por la *a quo*. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de todas las pretensiones elevadas en su contra por la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.**, conforme la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación, por las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.

CUARTO: COSTAS de primera instancia a cargo de la demandante **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.** y deberán ser tasadas por el *a quo*. **SIN COSTAS** en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0032-2021

Radicado N° 22-2016-00355-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **GLORIA STELLA GALINDO GARCÍA**, en contra de la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de compensación, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 135, 19:32 cd fl. 133).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 26 a 34).**

GLORIA STELLA GALINDO GARCÍA solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1° de marzo de 1991 al 30 de septiembre de 2013 y que el mismo lo finalizó el empleador sin justa causa; en consecuencia, condenar al pago de los salarios y bonos *big-pass* de 2013; primas de servicios de septiembre de 2010 a septiembre de 2013; cesantías de 2011, 2012 y 2013; vacaciones desde el 1° de marzo de 2009; aportes a pensión desde julio de 2008; indemnización por despido; indemnización por no consignación de cesantías;

indemnización moratoria; condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue vinculada por **TUTORÍAS EMPRESARIALES Y ADMINISTRATIVAS TEMA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN** por contrato de trabajo el 1° de marzo de 1991, en el cargo de *analista programadora*, relación que finalizó el empleador de forma unilateral el 30 de septiembre de 2013, siendo el valor de su último salario de \$1.800.000 y bonos *bigpass* de \$450.000. Aseguró que solicitó la pensión de vejez a PORVENIR AFP, trámite que se demoró porque la demandada estaba en mora por aportes de julio de 2012, mientras que entre julio de 2008 a diciembre de 2012 solo pagó la mitad del valor del aporte. Aseguró que **TEMA** no pagó los salarios desde septiembre de 2010, que no pagó los bonos *bigpass* desde enero de 2009, no pago las primas de servicios desde diciembre de 2010, vacaciones desde 2009, no consignó las cesantías de 2010 a 2012 ni pago la cesantía de 2013, intereses a la cesantía desde 2011, indemnización por despido.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 102 a 118).**

TUTORÍAS EMPRESARIALES Y ADMINISTRATIVAS TEMA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN se opuso a las condenas en su contra. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de marzo de 1991 al 30 de septiembre de 2013 y el valor de su último salario de \$1.800.000. Indicó que debido a la difícil situación económica de la sociedad desde 2008, conllevó a la imposibilidad de pagar las acreencias laborales de la demandante, sin embargo, una vez se vendió una de las oficinas, la demandante presentó su renuncia el 30 de septiembre de 2013 y se procedió al pago de \$66.200.000 por concepto de acreencias laborales adeudadas, siendo que en 2010 ya había recibido \$7.182.400. Aseguró que mediante otro sí del 1° de julio de 2008, se modificó el salario a \$900.000 y se retiró el pago de los bonos *bigpass*, los cuales fueron un pago no salarial por mera liberalidad conforme otro sí suscrito el 1° de junio de 2005. Señaló que pagó la mora de aportes a

pensión al momento de la renuncia de la trabajadora. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 135, 19:32 cd fl. 133).

El 17 de octubre de 2019, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad demandada TUTORÍAS EMPRESARIALES Y ADMINISTRATIVAS TEMA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora GLORIA ESTELA GALINDO GARCÍA, identificada con cedula de ciudadanía número 41.777.664, conforme quedo explicado en la parte motiva de este fallo. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de compensación e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, conforme quedo expresado anteriormente. TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, fijense como agencia en derecho la suma de \$400.000. CUARTO: se ordena la consulta de la presente sentencia ante el Tribunal Superior del distrito judicial como lo ordena el artículo 69 CPTSS, en caso de no ser apelada esta sentencia por el demandante. (...)”

La Juez de primera instancia fijó el problema jurídico en determinar si se adeudan valores por salarios, bonos, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión y establecer si procede condenar al pago de la indemnización por despido, por no consignación de cesantías y moratoria.

Para resolver indicó que no hay controversia de que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1° de marzo de 1991 al 30 de septiembre de 2013, declaró que el salario de la demandante se redujo a partir del 1° de julio de 2008 a \$900.000 por mutuo acuerdo entre las partes; no obstante, desde enero de 2010, se realizaron aportes sobre \$1.800.000 y declaró dicha suma como salario desde entonces. Declaró la prescripción de las acreencias laborales causadas antes del 08 de agosto de 2013 y de las vacaciones causadas antes del 08 de agosto de 2012, y fijó el monto total adeudado en \$13.238.707, declaró probada la compensación por cuanto la demandada acreditó que al

día siguiente de finalizado el contrato pagó \$65.000.000 a la demandante, absolvió de la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria por no acreditar mala fe del empleador y absolvió de la indemnización por despido porque la demandante no acreditó el hecho del despido.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **GLORIA STELLA GALINDO GARCÍA** solicitó acceder a las condenas, en especial la indemnización por despido. Solicitó valorar de nuevo las pruebas y considerar la situación concreta que tuvo que vivir la demandante y que la llevaron a dar por terminada la relación laboral¹ (20:38 cd fl. 133).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si es procedente condenar a la demandada al pago de la indemnización por presunto despido sin justa causa y demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

¹ Bueno, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda y las intenciones de la demandante, los testimonios que se practicaron dentro del proceso, la situación concreta que tuvo que vivir la demandante relacionada con su empleador y los motivos que la forzaron a ella a terminar la relación laboral, la parte demandante apela la sentencia con el fin de que el tema se estudia en la próxima instancia y se valore nuevamente las pruebas que se practicaron y se tengan en cuenta unos criterios que permitan modificar la decisión, en especial en lo relacionado con la indemnización por despido sin justa causa de la demandante.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 1° de marzo de 1991 al 30 de septiembre de 2013 (fl. 3 a 9, 11).

- Acerca de la Carga de la Prueba Frente la Indemnización por Terminación Unilateral Sin Justa Causa.

El artículo 64 del CST, determinó que el contrato de trabajo lleva envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, razón por la cual, si el empleador termina de forma unilateral sin justa causa el contrato, deberá cancelar al trabajador la indemnización señalada en dicha norma conforme la modalidad contractual que unió a las partes.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos judiciales donde se debate la procedencia de dicha indemnización, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el hecho del despido y al empleador demostrar una justa causa para exonerarse del pago de la misma, tal y como indicó en las sentencias SL1166 de 2018, SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, entre otras.

- Sobre la indemnización por no consignación de cesantías e indemnización moratoria en caso de iliquidez o insolvencia del empleador.

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 65 CST consagraron la imposición al empleador al pago de una suma equivalente a un día de salario en los eventos que se cumplen los presupuestos señalados en dichas normas.

Respecto de la naturaleza de dichas figuras, la H. Sala de Casación de la CSJ ha indicado que no procede de forma automática

su condena, por cuanto al tener carácter sancionatorio se debe acreditar, como requisito para su causación, la mala fe del empleador al momento de incurrir en su comportamiento omisivo, por cuanto si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta no proceden dichas condenas, tal y como reitero recientemente la H. CSJ en las sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, entre otras.

No han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró probadas las excepciones de compensación, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

La apoderada de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó acceder a las condenas, en especial la indemnización por despido, para lo cual solicitó valorar de nuevo las

pruebas y considerar la situación concreta que tuvo que vivir la demandante y que la llevo a dar por terminada la relación laboral.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, para lo cual resulta relevante considerar que revisada la demanda, se acredita que en tanto los hechos como en las pretensiones se indicó que fue la sociedad demandada quien terminó de forma unilateral sin justa causa el contrato de trabajo que existió entre las partes, razón por la cual no puede la parte demandante alegar válidamente que existió un despido indirecto al momento de sustentar su recurso de apelación, por cuanto se trata de una situación novedosa que en su momento no se expuso en la demanda ni en las oportunidades procesales para ello y, por ende, no pudo ser contestada por la demandada ni hizo parte de la fijación del litigio.

Así las cosas, la Sala analizará la solicitud de la apelante de que se acceda a la indemnización por despido en los términos en que fue solicitada dicha pretensión en la demanda. Conforme con los antecedentes normativos expuestos, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el hecho del despido y al empleador demostrar una justa causa, en los casos en que se discute en sede judicial el pago de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo, tal y como indicó en las sentencias SL1166 de 2018, SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, entre otras.

En el presente asunto, la demandante aseguró que la sociedad demandada terminó de forma unilateral sin justa causa su contrato de trabajo; sin embargo, no allegó elemento de prueba alguno que acredite la carga probatoria de demostrar un despido. En efecto, revisadas las pruebas documentales ninguna demuestra o sugiere que el empleador despido a la demandante, sin que hubiera mediado confesión del representante legal de la demandada, Sr. DARÍO ALEJANDRO MÉNDEZ, en tal sentido, a la vez que el testimonio de SOL BIBIANA GARCÍA RINCÓN no acredita ninguna circunstancia

relacionada al modo como finalizó el contrato de trabajo por cuanto dicha testigo manifestó expresamente que no estuvo presente cuando se finalizó dicho contrato (46:02 cd fl. 126).

Toda vez que la demandante no acreditó que hubiera mediado un despido, no cumplió con la carga de la prueba a su cargo y no queda opción distinta que confirmar la absolución de la demandada respecto de la indemnización por despido.

De otra parte, observa la Sala que la demandante solicitó que se accedan a las demás pretensiones considerando las pruebas y la situación que vivió la demandante, solicitud que procede a resolver esta Corporación.

En el presente proceso, la demandante solicitó el pago de salarios y bonos, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por no consignación de cesantías y moratoria, alegando que la demandada incumplió el pago de dichas acreencias sobre un salario de \$1.800.000.

Conforme las pruebas allegadas y practicadas que obran en el expediente, la Sala comparte la decisión del *a quo* en cuanto declaró que a partir del 1° de julio de 2008 las partes acordaron libremente reducir el valor del salario a \$900.000 en virtud del otro sí 003 al contrato de trabajo (fl. 85 a 86); no obstante, la demandada pagó aportes a pensión a favor de la demandante sobre un IBC de \$1.800.000 a partir de enero de 2010 y hasta la finalización de la relación laboral el 30 de septiembre de 2013, siendo razonable concluir que dicha suma era el valor del salario.

Sin perjuicio de lo anterior, toda vez que la demandada propuso la excepción de prescripción al contestar la demanda (fl. 113 a 116), resultaba obligatorio analizar si se causó o no la misma, compartiendo esta Sala las conclusiones que se adoptaron en la sentencia de primera instancia en cuanto declarar prescritas las acreencias laborales

causadas con anterioridad al 08 de agosto de 2013 y las vacaciones anteriores al 08 de agosto de 2012, salvo las cesantías, por cuanto la demandante radicó su demanda hasta el 08 de agosto de 2016 (fl. 35).

En consecuencia, si bien la demandante acreditó que su último salario fue de \$1.800.000, los efectos de la prescripción conllevan a que el valor total de las pretensiones reclamadas ascendiera a \$13.238.707, tal y como lo determinó el grupo liquidador (fl. 131 a 132). Por su parte, la demandada acreditó que al día siguiente de la terminación del contrato de trabajo pagó a la demandante \$65.000.000 (fl. 81 y 82), circunstancia que reconoció de forma expresa la demandante en su interrogatorio de parte (20:46 cd fl. 126), lo cual conlleva a concluir que la sociedad accionada pagó una suma superior, más de cuatro veces, a la cifra de las condenas a las que tiene derecho la demandante, situación que conlleva a confirmar la decisión del Juez de primera instancia de declarar probadas las excepciones de compensación, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Finalmente, si bien no existió discusión entre las partes de que el empleador no consignó las cesantías y no reconoció de forma oportuna salarios y prestaciones sociales, no puede pasar por alto este Despacho que tanto las partes como la testigo SOL BIBIANA GARCÍA RINCÓN fueron coincidentes en indicar la crisis económica por la cual pasaba **TUTORÍAS EMPRESARIALES Y ADMINISTRATIVAS TEMA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN** al momento de la terminación del contrato de trabajo de la demandante, no obstante, también coincidieron en indicar que el empleador apenas recibía dinero lo primero que realizaba era el pago de las acreencias laborales de sus trabajadores, llamando la atención que el pago de \$65.000.000 que recibió la demandante por concepto de acreencias laborales se generó apenas la demandada logró la venta de un inmueble y se canceló al día siguiente de finalizado el contrato de trabajo, aspectos que permiten inferir razonablemente que si bien el empleador incurrió en mora, actuó de buena fe pagando en el menor tiempo posible la misma

a la demandante para lo cual incluso dispuso de sus bienes inmuebles, conducta que conlleva a confirmar la absolución del pago de la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ adoptada en sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

Así las cosas, se confirmará en su totalidad la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

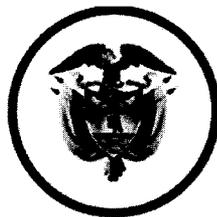
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado. *IMPEDIDO*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0043-2021

Radicado N° 024 2017 00348 02

Bogotá veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019 por el Juzgado veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de varios contratos de trabajo y se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ELIECER GUILLERMO VARGAS AVILA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **UNIVERSIDAD DE LA SALLE**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 20 de enero de 2000 y el 7 de julio de 2014, que se declare que trabajo dominicales y festivos durante todo el vínculo, que como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada al pago de los sábados, domingos y festivos laborados, que se ordene la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a

seguridad social, teniendo en cuenta dichos valores, indemnización moratoria y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 24 de enero de 2000 suscribió un contrato de trabajo por labor determinada con la demandada, el cual estuvo vigente hasta el 2 de junio de 2000; que desempeñó el cargo de docente con un total de 14 horas semanales; que desarrollaba proyectos con diferentes comunidades de Bogotá y fuera en Municipios de Cundinamarca, Tolima, Meta, Casanare y Boyacá, entre otros; que hacía seguimiento los días sábados, domingos y festivos sin interrupción en periodos intersemestrales; que el 24 de julio de 2000, suscribió contrato por labor determinada con la Universidad en las mismas condiciones del anterior, y que dicho contrato estuvo vigente hasta el 24 de noviembre de 2000; que el 23 de enero de 2001, suscribió un nuevo contrato por labor, como docente con 16 horas semanales, y este estuvo vigente hasta el 1° de junio de 2001; que el 24 de julio de 2001, suscribió un nuevo contrato por labor determinada, el cual estuvo vigente hasta el 22 de noviembre de 2001; y que el 29 de enero de 2002, suscribió un nuevo contrato hasta el 7 de junio de 2002, con un total de 18 horas semanales. Afirma que suscribió de manera sucesiva contratos de trabajo durante los siguientes semestres académicos, y que el último de ellos estuvo vigente hasta el 11 de enero de 2006; que el 12 de enero de 2007, suscribió contrato a término indefinido con la Universidad demandada, con un total de 40 horas semanales y para desempeñar el cargo de docente en los mismos espacios académicos que ocupó desde el inicio de la relación laboral, y laborando como lo hizo desde siempre, sábados, domingos y festivos sin interrupción de los periodos intersemestrales. Aduce que el 7 de julio de 2014, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo aduciendo su calidad de pensionado, que al término de la relación laboral la demandada no tuvo en cuenta que trabajó de manera continua a pesar de existir interrupciones entre los contratos y que además laboraba sábados, domingos y festivos, sin que en momento alguno,

se realizara el pago por este tiempo adicional de trabajo o se tuviera en cuenta para el pago de las prestaciones y aportes a pensión respectivos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA UNIVERSIDAD DE LA SALLE Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, buena fe y prescripción (fls. 117 a 130).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 1° de agosto de 2019, declaró la existencia de varios contratos de trabajo entre las partes y negó las demás pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: "**PRIMERO: DECLARAR** que entre *ELIECER GUILLERMO VARGAS AVILA*, identificado con CC. N° 19.200.284 y la *UNIVERSIDAD DE LA SALLE*, existieron los siguientes contratos de trabajo: **a)** Del 24 de enero al 2 de junio 2000, un contrato de labor determinada cargo docente hora catedral. **b)** Del 24 de julio del 2000 al 24 de noviembre de esa anualidad, con un tipo de contacto labor determinada docente hora cátedra. **c)** Del 23 de enero de 2001 al 1 de junio 2001, tipo de contrato labor determinada docente hora cátedra. **d)** Del 24 de junio al 22 de noviembre 2001 tipo de contrato labor determinada docentes hora cátedra. **e)** Del 29 de enero de 2002 al 7 de junio de esa anualidad, tipo de contrato labor determinada docente hora cátedra. **f)** Del 29 julio 2002 al 29 noviembre de esa animalidad, tipo de contrato labor

*determinado docente hora catedra. g) Del 13 de enero 2003 al 12 de diciembre de esa actualidad, labor determinada cargo docente tiempo completo. h) Del 15 de enero 2004 a 14 diciembre 2004 tipo de contrato labor determinada docente tiempo completo. i) Del 11 enero 2005 a 10 diciembre 2005, tipo de contratos labor determinada cargo docente tiempo completo. j) Del 11 de enero de 2006 a 11 enero 2007 tipo de contrato labor determinada docente tiempo completo. k) Del 12 enero 2007 a 7 de julio 2014 tipo de contrato a término indefinido, docente tiempo completo. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por ELIECER GULLERMO VARGAS AVILA. **TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas. **CUARTO: CONDENAR** en costas al demandante a favor de la demandada para lo cual se estima las agencias en derecho en \$200.000 pesos. **QUINTO:** En caso de no apelarse la presente decisión, remítase el expediente a la sala laboral del honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a sus pretensiones conforme lo dispone el artículo 69 de Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”.*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si la relación laboral existente entre las partes estuvo regida por uno o varios contratos de trabajo y si se probó el trabajo suplementario que se aduce en la demanda. Para resolverlo indicó que de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, el actor estuvo vinculado con la Universidad de la Salle a través de diversos contratos de trabajo a término definido como docente hora catedra y que el último contrato fue a término indefinido y estuvo vigente entre el 12 de enero de 2007 al 7 de julio de 2014, y por ello estableció que no era posible declarar la existencia de un solo contrato. Sobre el tiempo suplementario dijo que si bien los testigos escuchados afirmaron que el actor estaba a cargo de los talleres de participación comunitaria y de servicio municipal, y que el seguimiento a éstos se realizaba los sábados,

domingos y festivos, ninguno estableció de manera específica los horarios en que dicha actividad se realizaba y tampoco indicaron de manera cierta durante que fines de semanas se habría desarrollado la actividad. Por ello, no encontró acreditado trabajo suplementario por el actor y negó las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la juez de primera instancia no realizó una valoración conjunta de los contratos de trabajo junto con el plan académico de la Universidad y para el cual era contratado el actor, pues de dichos documentos se deduce que el demandante estaba incluido dentro de los talleres de servicio municipal que tenían un componente teórico y uno práctico, que de acuerdo a la carga laboral asignada al actor en sus horas laborales debía desempeñarse como docente, luego sin mayor esfuerzo, dice el apoderado, puede deducirse que el demandante laboraba tiempo suplementario para poder cumplir con el componente práctico del taller, y que el siguiente ejercicio que debía realizar el juez de primera instancia era determinar la cantidad de horas o tiempo suplementario laborado, situación que podía resolverse con una simple operación matemática. Aduce que resulta contrario al principio *in dubio pro operario*, exigir al demandante prueba de la cantidad de horas y tiempo suplementario de manera específica y detallada, pues ello corresponde a asuntos que escapan completamente de la órbita de las funciones del actor, quien no ejercía labores contables o administrativas dentro de la Universidad como para tener dicha información y que ésta si debe reposar en los archivos de la demandada, quien por obligación legal debe tener a su cargo todos los documentos que la contienen, y que al no haberse aportado por la Universidad dicha prueba, en aplicación del principio referido debió fulminarse la condena correspondiente

sobre el tiempo suplementario laborado durante el término que duró la relación laboral¹.

¹ *“Con el mayor respeto por la decisión de su despacho a cargo que acaba de leerse en esta audiencia, deploramos no compartirla y por ello expresamente manifiesto que en nombre de mi poderdante ELIECER GUILLERMO VARGAS AVILA, demandante dentro de este proceso ordinario laboral de primera instancia en contra de la Universidad de La Salle radicado número 0340 del 2017 en este juzgado 24 del circuito de Bogotá, interpongo el recurso de apelación conforme las previsiones del Código Procesal del Trabajo, el alcance del recurso busco que se concederá en el efecto suspensivo para que lo conozca su superior jerárquico, esto es la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá para que se revoque en su totalidad la sentencia acabada de emitir y notificada en estrados y consecuentemente se acceda favorablemente a las pretensiones consignadas en el libelo inicial. Son sustento sintéticos del recurso de apelación los siguientes, el problema jurídico que se le planteaba al despacho judicial en esta sede de primera instancia simplemente consistía en lo siguiente, determinar cómo en efecto lo determinó que habían unos contratos de trabajo tal cual se dijo en el libelo inicial y de la prueba documental que se aportó, anexa a la demanda lo pudo determinar el despacho, sin embargo, esos documentos que acreditan los distintos contratos de trabajo que tuvo el aquí demandante con la Universidad demandada, había que interpretarlos en conjunto como lo enseña el Código Procesal del Trabajo y en su caso el Código General del Proceso aplicable por remisión a este procedimiento laboral, que quiero decir, no se tuvo en cuenta que los contratos de trabajo firmados o suscritos entre las partes de este proceso atañen a una actividad específica como lo es la docencia y que por tanto esos contratos había que interpretarlos en sus diferentes cláusulas de manera congruente con un reglamento o plan académico que obra dentro del expediente y el cual no le mereció la mayor atención al despacho al motivar el fallo del cual estamos haciendo el sustento de la alzada. Si se hubiese reparado en esa comparación se habría tenido en cuenta que en los contratos que celebró el demandante con la demanda, había en lo que se refiere al taller de servicio municipal un componente teórico que de manera clara y así se reconoce en la demanda, se pactó dentro de esos contratos y allí mismo se hacía una precisión respecto a cuáles eran las horas que debía prestar como profesor de tiempo completo el profesor Vargas Ávila, sin embargo al verificar y constatar con los demás documentos que obran dentro del expediente, si esa jornada laboral, esa jornada pactada o esa carga académica pactada entre la Universidad y el profesor Eliecer Vargas Ávila comprendía los trabajos, el componente práctico de sus talleres de servicio municipal, pues fácilmente por simple operación aritmética la primera conclusión que admite no un esforzado, una esforzada procedimiento matemático, si no repito cómo se dice doctrinal y jurisprudencialmente una simple operación aritmética, simple, confrontado que carga académica tenía que llevar o acometer un docente de acuerdo con el plan académico con el reglamento docente que repito está dentro del expediente objetivamente pero que el juzgador de instancia ha pasado por alto a pesar de estar allí en forma notoria, protuberante pero fácilmente por simple operación aritmética se puede concluir que por ese aspecto es claro, es clarísimo, que la aquí demandante si laboró el tiempo suplementario o el trabajo distinto a la jornada inicialmente pactada como profesor de tiempo completo de planta entre la Universidad y lo señalado en el propio reglamento docente que opera para todos los profesores que laboraban y laboran actualmente al servicio de la Universidad. Luego si esa es la primera conclusión y está la prueba se cae de su peso que el siguiente ejercicio que sigue es determinar obviamente cuantas horas laboró el profesor Eliecer Vargas, es claro que si no lo pudo hacer dentro de la jornada ordinaria pactada con la Universidad y reiteró, subrayó y destacó, eso está dentro de los diferentes contratos que el profesor Vargas a lo largo del tiempo en que tuvo vigencia la relación laboral entre él y la Universidad de La Salle, allí no aparece pactado el trabajo que hacía él en días festivos, en fines de semana especialmente sábados y domingos en diversas zonas geográficas del país, entre ellos como se menciona en la demanda departamentos del Tolima, Cundinamarca, Boyacá, etcétera, etcétera, Meta, luego reitero el siguiente ejercicio era determinar a cuantas horas ascendían durante el tiempo en que operó esa relación laboral, a cuánto tiempo ascendían para proceder a hacer conforme la ley sustantiva lo ordena, el respectivo o la respectiva liquidación de todas las prestaciones que constituyen salario o que constituyeron salario para así mismo tal y como se pidió en todas y cada una de las pretensiones de la demanda proceder a su liquidación y a mirar como tenían incidencia dentro de las condenas con las cuales se debía finalmente fulminar a pagar a la Universidad demandada en este proceso. Por último, desde otro punto de vista y el mismo fallo nos da la razón, sólo que con una perspectiva diferente que no toma en cuenta el hilo conductor o la relación de causa y*

efecto que hay entre las diferentes documentales que aparecen dentro del expediente físico contentivo de este proceso y es que, en la órbita propia de la labor desempeñada por el aquí demandante como se trata de una relación especial de trabajo, pero especial porque el desempeño fue una labor docente, siempre habrá de tenerse en cuenta que el contrato debe ser congruente con el Reglamento General para docentes que tiene la Universidad y que allí aparece aportado, luego el razonamiento sencillo pero una regla de las experiencias que si el Código Sustantivo del Trabajo señala en línea de mínimos un número máximo de horas que se deben laborar por regla general, pues obviamente que el reglamento de docentes de la Universidad de La Salle y como consecuencia anexo a él, los contratos diferentes que celebró el doctor Vargas Ávila con la Universidad de La Salle durante la vigencia de la relación laboral que va tal y como se dijo en la sentencia del 24 de enero de 2000 hasta el 7 de julio del 2014, pues debe entenderse que se hizo una interpretación errónea y por ende eso llevó al despacho a la sentencia que se acaba de leer a hacer una aplicación indebida, hacer una interpretación errónea porque en principio si el contrato o los contratos celebrados por el profesor Vargas Ávila con la Universidad de la Salle respetaron en línea de principio la garantía o las garantías mínimas y máximas generadas por la ley sustancial respecto del Derecho del Trabajo en cuanto a las jornadas máximas, pues bastaba también por ese simple razonamiento entender que los contratos celebrados por la Universidad y mi poderdante, pues respetaban ese mínimo garantista de la ley sustancial luego el reglamento docente tampoco podía o puede ir en contra de la ley sustancial y en todo caso de ese mínimo en cuanto a las jornadas máximas laboradas por mi cliente, de tal manera de que por muchos caminos se llega a la misma conclusión; primera, el demandante evidentemente prestó su fuerza de trabajo para una labor que no estaba pactada en los diferentes contratos de trabajo a lo largo del período de tiempo en que duró la relación laboral. Segundo, que el componente teórico del taller de servicio municipal estaba dentro de las horas pactadas como su jornada máxima semanal ordinaria durante todo el tiempo en que duró la relación laboral entre mi cliente la Universidad, pero en cambio, el sentenciador de primera instancia parece no haber entendido que el componente práctico respecto de ese taller de servicio municipal nunca estuvo cobijado ni por lo que dice el reglamento docente ni por lo que se anunció, se consignó en las diferentes cláusulas o el clausulado contentivo de los diversos contratos de trabajo, luego hubo una variación y esa variación así haya sido de hecho, esa variación pues tiene una connotación jurídica en la órbita de lo que nos concierne a la discusión en este proceso, como consecuencia, las pruebas apuntaban fehacientemente no sólo a demostrar como ya lo he señalado en este breve sustento que si hubo un trabajo suplementario que no estaba cobijado, lo reitero hasta la saciedad, por ninguno de los contratos de trabajo inicialmente como profesor de cátedra hasta cuando se pasa a profesor de planta de tiempo completo, por ninguno de esos contratos porque irían en contra del mismo reglamento docente y en contra de los mínimos señalados en la ley sustancial para la órbita del Derecho del Trabajo y que como consecuencia al establecerse que no estaban pactados, se entienden incorporados a esos contratos de trabajo de manera más genérica a la relación laboral que fue desde el 20 de enero del año 2004 hasta el 7 de julio del año 2014 y por ende, no se puede generar un enriquecimiento sin causa en cabeza del empleador y a costa del trabajador. Tercer lugar, como consecuencia procederá por simple operación aritmética doble de acuerdo con la prueba plasmada dentro del proceso, era doble entrar a liquidar vuelvo y repito esas horas extras o trabajo suplementario en días sábados y domingos conforme las reglas del derecho sustancial, vale decir Código Sustantivo del Trabajo, pero, adicionalmente llama la atención que el despacho de sus motivaciones hace una alusión a la carga de la prueba, lamentamos eso si muy respetuosamente disentimos de la aplicación de la carga de la prueba ha sustentado el despacho en su fallo, nada más contrario a la realidad que rige hoy en día en las órbitas de los distintos procedimientos que hablar de la carga de la prueba en sentido rígido, en sentido clásico propia de un estado de "Derecho Liberal Manchesteriano" han circulado hasta el día de hoy ríos de voces hablándonos de una carga de la prueba con criterios propios de un estado social de derecho, hay hoy en día verdaderos y robustos precedentes jurisprudenciales en donde se destaca para efecto del procedimiento del trabajo, para el procedimiento civil, el procedimiento de familia, del procedimiento contencioso administrativo, salvo claro está dada la naturaleza dispositivo acusatoria el proceso penal donde también hay unas otras excepciones respecto a la prohibición expresa que tiene el Juez Penal de decretar pruebas de oficio. Lo primero que quiero recordar aquí como sustento de esta apelación es que en el ámbito propio del Derecho del Trabajo olvida el despacho en sus motivaciones recordar que aquí también, no de ahora, no de ayer, no de anteayer, sino desde la misma expedición del Código Sustantivo, del Código Procesal del Trabajo se habla de una figura que se denomina el in dubio pro operario, partiendo de una regla de la experiencia verificable y constatables hasta el día de hoy, hay un hecho

en el derecho social o del derecho laboral o en el mundo del trabajo, los conflictos asociados a esta órbita o área del derecho se dan entre partes desiguales en el mundo real, una parte fuerte el empleador y una parte menos fuerte o débil como se llamaría doctrinalmente que es el trabajador, como ingresa al in dubio pro operario al ámbito del proceso del trabajo o laboral como se prefiera, ingresa porque justamente quienes redactan el código lo primero que tienen en cuenta como premisa para regular la carga de la prueba en el ámbito propio y específico del procedimiento laboral es que en el mundo real hay dos partes realmente desiguales, y que una manera de lograr así sea mínimamente un precario equilibrio de armas dentro del ámbito del proceso es, consagrando la carga de la prueba pero al lado de la carga de la prueba comienza a hablarse del in dubio pro operario. No se le puede exigir al trabajador más de lo que él puede dar o conseguir en términos probatorios, a quién le queda más fácil en el ámbito de este proceso, a quién le queda mucho más fácil el recabar y el ofrecer para un cabal conocimiento de los hechos ya pasados, porque recuérdese que cuando llegan al proceso, ya son pasados y por eso está asociado a esa limitación de naturaleza inductiva en el campo de la epistemología jurídica y es que el juez no conoció los hechos, cuando se le presentan al juez por eso dicen los teóricos no se le presentan hechos brutos sino enunciados fácticos, es decir, una descripción de lo que pudo haber ocurrido. Cómo supera el Juez esa limitación, obviamente con el Instituto exceptivo que primero le genera el hoy Código General del Proceso, que también lo generaba o lo regulado el Código de Procedimiento Civil, y era la utilización de sus facultades oficiosas. Aquí queda como constancia histórica este proceso, que el suscrito abogado cómo apoderado de la parte demandante tuvo que recurrir en la primera audiencia una decisión del despacho tan importante como el decreto de pruebas, porque se estaba limitando su derecho a probar y digamos jurídicamente en sede de apelación de esa provincia en esa parte específica el Tribunal con buen criterio revocó esa provincia y ordenó que se recepcionaran esos testimonios. Entonces fíjese que desde un comienzo estamos ante un proceso en donde ni siquiera se ha tenido en cuenta la figura al lado de la carga de la prueba del in dubio pro operario, ¿el profesor demandante aquí maneja contabilidad? No, ¿el profesor demandante aquí está obligado a llevar balances? No, ¿el profesor demandante aquí está obligado a rendirle informes a las diferentes, a los diferentes estamentos del Estado en materia de vigilancia de educación? No, ¿el profesor aquí demandante está obligado a rendir detallada cuenta de los aportes parafiscales en todo el tiempo en que duró su relación laboral? No, pero todo eso parece haberlo echado al olvido en su motivación el fallo cuando peligrosamente hace una afirmación categórica y absoluta de que la carga de la prueba estaba en cabeza del demandante, ese es un criterio ya recogido, es un criterio obsoleto, anacrónico, injusto e históricamente no se compadece porque en el contrario a los demás procedimientos en el ámbito del procedimiento del trabajo laboral, la carga de la prueba desde el mismo momento en que se comenzó a generar todo el ambiente en los estudiosos de aquella época, en la década de los 40 para redactar el Código Procesal del Trabajo, lo primero que se tuvo en cuenta y lo reitero, fue una premisa real, hay dos partes desiguales en el mundo y eso está asociado a los modos de producción, al capital y a la venta de la fuerza del trabajo, de la fuerza corporal que es lo que hace que venda el trabajador para que así se le retribuya un salario, de tal manera que no es que el fallo, o no es que el despacho encabeza de su señoría no haya podido recabar prueba y nos dé en el fallo una razón tan supremamente lacónica, tan supremamente delicada y angustiosa para el valor que debe entrañar una decisión y es el valor justicia que es lo que le da validez al derecho y nos diga que la carga de la prueba estribaba en el trabajador, ¿fue que el trabajador de mala fe no quiso aportar esas pruebas?, máxime cuando hay restricciones al momento en que se inicia el proceso hay restricciones al acceso a la información, restricciones que por supuesto para el caso que nos convoca este proceso no tenía el despacho sentenciador de tal manera que aunado finalmente al uso que debió haberse dado, quien estaba en principio a quien le quedaba más fácil aportar toda la documentación, a la Universidad, pero la Universidad conteste a la demanda y con todo el respeto lo digo por mi colega apoderado de la Universidad, pues obviamente si el despacho no hizo uso de sus facultades oficiosas, no fue proactivo no fue parcial en la búsqueda de la justicia, pues tenemos como resultado un fallo lacónico, un fallo que no tienen nutrientes no tiene en sus venas no circula la savia al menos en principio en lo que tiene límites de la verdad de lo que realmente ocurrió en esta relación laboral, lástima, lástima porque se desaprovechó una oportunidad grandísima, bastaba con que el despacho no lo estoy exigiendo, si no bastaba haciendo un ejercicio propio para este proceso en sustento de la apelación, bastaba con que el despacho hubiese decretado una inspección judicial u ordenado a la Universidad demandada poner a disposición del despacho esas documentales, esas documentales lo reitero a quien le quedaba más fácil aportadas, a la Universidad, porque como ya lo he dicho en antelación el demandado no estaba, no tiene la facilidad de tener todas esas documentales que si tenía o que tiene por

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó sus alegaciones y al efecto solicita que se revoque la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Por su parte, la Universidad demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el actor demostró haber trabajado tiempo suplementario en los términos que exige la ley y la jurisprudencia.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia: **i)** que entre el demandante y la UNIVERSIDAD DE LA SALLE existieron varios contrato de trabajo dentro de los siguientes términos y modalidades: **a)** Del 24 de enero de 2000 al 2 de junio

imperativo legal que conserva la Universidad, de tal manera que al no haber prueba pero haberse afirmado y como no se quebró el principio de buena fe en cabeza de mi cliente, no le quedaba otro remedio al despacho que bajo el in dubio pro operario declarar que sí existió ese trabajo suplementario y por ende proceder a fulminar con las condenas solicitadas en la demanda bajo el acápite de tanto de las pretensiones declarativas como las consecuenciales condenatorias, por eso deploramos no compartir el fallo, con todo respeto hemos sustentado el presente recurso de apelación para que el superior jerárquico esto es la sala laboral del honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, en sede de apelación lo revoque y en su lugar acoja las pretensiones de la demanda, gracias su señoría”.

2000, contrato de labor determinada docente hora cátedra. **b)** Del 24 de julio del 2000 al 24 de noviembre de esa anualidad, contrato de labor determinada docente hora cátedra. **c)** Del 23 de enero de 2001 al 1° de junio 2001, contrato labor determinada docente hora cátedra. **d)** Del 24 de julio de 2001 al 22 de noviembre 2001 contrato labor determinada docente hora cátedra. **e)** Del 29 de enero de 2002 al 7 de junio de 2002 contrato labor determinada docente hora cátedra. **f)** Del 29 julio de 2002 al 27 noviembre de 2002 contrato labor determinado docente hora cátedra. **g)** Del 13 de enero 2003 al 12 de diciembre de 2003 contrato labor determinada docente tiempo completo. **h)** Del 15 de enero 2004 al 14 de diciembre de 2004 contrato labor determinada docente tiempo completo. **i)** Del 11 de enero de 2005 al 10 de diciembre de 2005 contrato labor determinada docente tiempo completo. **j)** Del 11 de enero de 2006 al 11 de enero 2007 contrato labor determinada docente tiempo completo. **k)** Del 12 de enero de 2007 al 7 de julio de 2014 contrato a término indefinido, docente tiempo completo (fls. 19 a 27, hecho definido por la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso).

- **Sobre la carga de la prueba de la existencia del trabajo suplementario.**

Para resolver la única controversia que plantea el caso bajo estudio e independientemente de las razones que expresa el apoderado en el recurso, referidas a que el programa académico en que desarrollaba el actor sus funciones se basaba en un componente teórico y otro práctico que se ejecutaba por fuera de la sede de la Universidad los fines de semana, lo cierto es que para definir el específico aspecto de la procedencia del pago del trabajo suplementario, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido en reiterada jurisprudencia, que en estos casos, corresponde a la parte demandante acreditar más allá de cualquier duda razonable, la real y efectiva prestación del servicio

en los tiempos y condiciones que generan el pago de tiempo suplementario, ya sean horas extras o recargos nocturnos, dominicales o festivos, pues dice la Corte, que la prueba de su causación no puede darse mediante suposiciones y por ello debe determinarse con precisión la cantidad de horas que por dichos conceptos se encuentran pendientes de pago. Así lo dijo esa alta Corporación en sentencias SL 3009-2017, SL 3085-2019, SL 5432-2019, SL 866-2020, y SL 4701-2020, entre otras.

Así las cosas y de acuerdo al claro y reiterado criterio definido por el órgano de cierre de esta especialidad, corresponde a la parte demandante probar de manera cierta la existencia del trabajo suplementario que reclama, pues no es dable al juez realizar suposiciones o dictar condena alguna sobre este aspecto, sin encontrar establecido de manera clara y definida las fechas y la cantidad de horas extras o recargos nocturnos, dominicales o festivos, que un trabajador aduce haber trabajado al servicio de su empleador.

Una vez revisado el expediente, advierte el Tribunal que en la demanda se afirmó de manera genérica que ELIECER GUILLERMO VARGAS AVILA, trabajó todos los sábados, domingos y festivos durante el lapso que duró la relación laboral con la Universidad de la Salle, estos es, entre el 24 de enero de 2000 y el 7 de julio de 2014, sin descontar los periodos intersemestrales, en que también afirma haber trabajado.

De las pruebas aportadas para acreditar dicha afirmación, no encuentra la Sala documento alguno, que defina siquiera que el actor hubiere tenido que laborar o asistir a los diferentes municipios que menciona en la demanda, en desarrollo del programa Taller de Servicio Municipal, los días sábados, domingos y festivos y mucho menos, la cantidad de horas, fechas y número total de días en que ello hubiere ocurrido. Los únicos documentos aportados dan cuenta

de la vinculación laboral del actor como docente hora cátedra inicialmente y con posterioridad como docente tiempo completo (fls. 19 a 27), de una programación semestral de prácticas académicas empresariales a cargo del actor durante el primer semestre del 2013 (fls. 28 a 30), documento que no contiene firma alguna o constancia de la ejecución de este programa, y otros documentos como una mención de honor concedida al demandante por el Municipio de Manta (fl. 31), una exaltación de logros por el taller de servicio Municipal a cargo del demandante expedida por Casa de la Sabiduría (fl. 32), Resolución expedida por la Universidad de la Salle donde se autoriza la participación del demandante a nombre de la Universidad en el primer simposio de experiencias de proyección y responsabilidad social (fls. 35 a 59), copia de extractos bancarios del actor (fls. 88 a 111 y 131 a 154), copia de los diferentes contratos de trabajo suscritos por el demandante con la Universidad (fls. 155 a 170), reglamento del profesorado de la demandada (fls. 171 a 194), y copia de las liquidaciones de los contratos del actor (fls. 195 a 202).

Como se advirtió en precedencia, ninguna de las pruebas documentales referidas conduce a establecer si quiera la realización del algún tipo de trabajo suplementario por parte del actor durante el tiempo que prestó servicios a la Universidad demandada, hecho que no varía luego escuchar el interrogatorio de parte absuelto por el demandante y la representante legal de la demandada y el dicho de los testigos escuchados en el proceso.

En efecto, aun cuando la prueba testimonial fue extensa, ninguna de las personas llamadas indicó con precisión durante que fechas, días e intensidad horaria el actor, en desarrollo de los programas a su cargo, tales como taller de civismo municipal y taller de servicio municipal, se desplazaba los días sábados domingos o festivos a los diferentes municipios donde éstos se ejecutaban para

realizar la labor de supervisión y coordinación, como se afirmó en la demanda.

De las afirmaciones realizadas por GABRIEL HERRERA TORRES (CD. 5 min. 04:58); LEONARDO EMILIO DE LA CONCEPCION PAEZ (CD. 5 min. 28:25); SANDRA PATRICIA CHAPARRO GARZON (CD. 5 min. 44:40); MARTHA RESTREPO ROMERO (CD. 6 min. 04:30); CAMILO HERNANDO GUAQUETA RODRIGUEZ (CD. 6 min. 23:20); CAMILO ANDRES VARGAS TERRANOVA (CD. 6 min. 43:58) y SILVIA FABIANA GOMEZ FORERO (CD. 6 min. 55:56), todos ellos trabajadores de la Universidad demandada para la época de los hechos, solo se deduce de manera cierta que el docente ELIECER GUILLERMO VARGAS AVILA, tuvo a cargo durante su vinculación con la Universidad de la Salle los programas de Taller de Civismo Municipal y Taller de Servicio Municipal, que estos programas tenían un componente teórico y uno práctico que era realizado por los estudiantes, con la dirección y seguimiento del demandante. Dijeron además que el demandante debía desplazarse fuera de la ciudad, en ocasiones los días sábados o domingos, para realizar los seguimientos respectivos de dichos proyectos y que estas salidas se realizaban previa programación que el docente entregaba a la Universidad semestralmente para autorización, pues ésta debía estar acorde con el presupuesto asignado al programa y dentro del cual se incluían viáticos para el docente.

Lo único que la Sala obtiene de las declaraciones referidas, es que ciertamente el actor tenía a cargo los programas Taller de Civismo Municipal y Taller de Servicio Municipal y que en desarrollo de éstos, en ocasiones, debía realizar un seguimiento o acompañamiento a los estudiantes los días sábados y domingos, no obstante, ninguno de los testigos refirió cuantas horas del sábado o domingo debía emplear el actor para desarrollar esta función, ni

mucho menos refirió las fechas o periodicidad en que estas visitas se hubieren desarrollado.

Nada diferente se obtiene del interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada (Cd. 6 min. 01:09:40), quien solo aceptó que el docente tenía a cargo los talleres referidos pero nada específico ni relevante señaló sobre el trabajo que pudiese haber desarrollado el actor los días sábados y domingos. Igual situación ocurre con lo manifestado por el actor en el interrogatorio absuelto (CD. 6 min. 01:27:37), pues aunque su dicho no sería relevante al efecto, llama la atención de la Sala que ni él mismo determinó la cantidad de horas trabajadas y las fechas de los sábados o domingos en que ello hubiere ocurrido.

Así las cosas, resulta imposible para la Sala dictar condena por el posible trabajo suplementario realizado por el actor, pues distinto a lo que afirma el recurrente, no es posible realizar una simple operación matemática para establecer las horas o el valor de las mismas, pues no existe cifra a determinar, teniendo en cuenta que no hay prueba del número total de horas laboradas, ni los sábados o domingos específicos en que ello ocurrió, recuerda la Sala al apoderado de la parte demandante, que en este asunto, no bastaba con probar que el actor desarrollaba actividades de seguimiento a los talleres que dirigía, algunos sábados y domingos, ni definir si estas actividades se encontraban dentro o fuera de las actividades curriculares o jornada ordinaria que cumplía el docente, pues si los hechos de su demanda referían la realización de trabajo durante estos días, debió probarlos de manera clara y específica, de los hechos aquí acreditados, no podría dictarse una condena suponiendo que el trabajo se realizó durante todos los sábados y domingos que transcurrieron durante todo el vínculo laboral, menos aún pensar que podrían tasarse sobre un número indeterminado de horas, como se sugiere en el recurso.

Ahora bien, tampoco puede la Sala en virtud del principio *in dubio pro operario*, del cual reclama aplicación el recurrente, pasar por alto que la parte no cumplió la carga de la prueba que le correspondía para otorgar un derecho del cual no se probó su existencia en el expediente, la interpretación del juez en aplicación de los principios no puede ir más allá de la misma actividad probatoria que cada parte está obligada a desplegar e invertir las reglas de la carga de la prueba para dejar en la demandada la carga de desvirtuar una afirmación de la cual no existe soporte alguno y menos aún, cuando el demandante en la presentación de la demanda, nunca solicitó la presentación de documentos o pruebas que considerara estaban en poder de la demanda y debieran ser aportadas para probar sus afirmaciones.

En consecuencia de lo anterior y dado que el demandante no cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del CGP, no queda camino diferente que confirmar la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

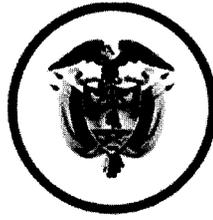
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 24-2017-348-02.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0061-2021

Radicado N° 24 2018 00170 01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes DEMANDANTE y DEMANDADA en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al pago de una indemnización por despido sin justa causa.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JAINER GUILLERMO MOLINA CASTIBLANCO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S.** Solicita que se declare que su contrato de trabajo finalizó de forma unilateral y sin justa causa por parte empleador, bajo el argumento de haber obtenido una baja calificación de desempeño durante el periodo de prueba, incumpliendo lo previsto en el litera d) del artículo 7° de la Ley 319 de 1996, aprobatoria del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana de

Derechos Humanos y prevalente en el ordenamiento interno. En consecuencia, pide que se condene a la demandada reintegrarlo al cargo que ocupaba, a pagar los salarios, prestaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su reintegro efectivo. Igualmente, pretende que se condene a la sociedad demandada al pago de la reparación integral prevista en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, por los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, generados en los gastos por honorarios profesionales en que debió incurrir por el despido ilegal y los salarios y prestaciones dejadas de percibir; pide además el pago de los perjuicios morales y el daño en vida relación ocasionados por el despido ilegal y costas del proceso.

Subsidiariamente, solicitó que se condene a la demandada al pago de la indemnización integral por daños y perjuicios causados por el despido injusto.

Fundamentó las pretensiones en que se vinculó laboralmente con la demandada el 10 de marzo de 2015 mediante contrato de trabajo a término fijo de cuatro meses, que ocupaba el cargo de operador Tecnólogo Supervisor AP, que devengaba la suma mensual de \$1.804.180, que dentro del contrato se pactó un periodo de prueba por 24 días calendario, que durante la ejecución del contrato su jefe inmediato no le permitió asistir a una capacitación programada y le ordenó apoyar un proceso de facturación y llevar una documentación para que fuera firmada por el personal de CODENSA en el edificio principal, ubicado a los alrededores del parque de a 93 en Bogotá, dice que para su desplazamiento hacía la sede de CONDENSA se le entregó el vehículo que tenía asignado su jefe inmediato Wilson Andrés Gutiérrez Rojas, que al terminar la jornada devolvió el vehículo a la sede correspondiente. Dice además que el resto de la semana laboró en un horario de 6 am a 5:30 pm le lunes a sábado, que siempre estuvo bajo las órdenes de Wilson Andrés Gutiérrez Rojas, quien se mostraba incomodo con él por haber empezado a

realizar otras labores como inspecciones a las cuadrillas de los diferentes turnos y replanteamientos de las obras para tener programación de las cuadrillas, que solicitó en repetidas ocasiones a su jefe inmediato que requiriera el respectivo kit de herramientas y la asignación de un vehículo para poder realizar la labor de manera eficiente, que nunca recibió respuesta a dichos requerimientos y por ello debía conseguir los implementos y documentación necesaria por su propia cuenta, que posteriormente en algunas ocasiones su jefe le ordenó llevar el vehículo que tenía asignado para lavado y llenar el tanque de combustible, vehículo que además fue utilizado por su jefe inmediato para un viaje personal a pesar de que dicha conducta no se encontraba permitida.

Que su contrato se dio por terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador el 31 de marzo de 2015, con ocasión a la baja calificación de desempeño que efectuara Wilson Andrés Gutiérrez de su periodo de prueba, sin que se le permitiera ejercer su derecho a la defensa, que con posterioridad no le fue posible acceder a otros trabajos en la misma área en empresas donde superaba el proceso de selección, debido a que la sociedad demandada recomendaba su no contratación, situación que le generó daños y perjuicios materiales al no percibir los recursos de los cuales dependía su familia, así como perjuicios morales, con ocasión a los sentimientos de angustia, dolor e ira ocasionados por el despido y el trato dado por la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constaban. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas,

improcedencia del reintegro, plena validez y eficacia de la terminación del contrato de trabajo, buena fe y prescripción. (fls. 114 a 128).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2019, condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: "**PRIMERO: DECLARAR** que entre JAINER GUILLERMO MOLINA CASTIBLANCO identificado con C.C 80.722.505 y la demandada CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S, éxito un contrato de trabajo a término fijo desde el 10 de marzo de 2015 hasta el 31 de marzo de 2015. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S, a pagar al demandante JAINER GUILLERMO MOLINA CASTIBLANCO la suma de \$5.683.794 M/Cte por concepto de indemnización por despido sin justa causa, establecida en el artículo 64 del C.S.T., debidamente indexada desde la fecha de finalización del contrato hasta que se realice su pago. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra. **CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de inexistencia de la obligación, así como no probadas las demás propuestas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada y a favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500000. Por Secretaría efectúese la respectiva liquidación de costas en la oportunidad procesal pertinente."

La Juez definió el problema jurídico en determinar si la para terminación del contrato de trabajo del demandante en periodo de prueba debía mediar una justa causa y si procedía el reintegro en virtud de lo dispuesto en el literal d) del artículo 7° de la Ley 319 de 1996, aprobatoria del protocolo adicional a la Convención Americana

de Derechos Humanos denominado Protocolo de San Salvador, y en consecuencia si había lugar al pago de salarios, prestaciones y la reparación integral prevista en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Para resolverlo indicó que no había lugar al reintegro prendido, como quiera que el Protocolo de San Salvador no establecía tal imperativo cuando la terminación del contrato se produjera sin justa causa, por el contrario, tal y como hacía la legislación interna, contemplaba la facultad de terminar el contrato de trabajo sin motivación alguna, con el pago a cargo del empleador de la respectiva indemnización. Igualmente, señaló que el periodo de prueba establecido en contrato a término fijo suscrito, se pactó en debida forma, esto es, que constaba por escrito y no superaba la quinta parte del término inicial establecido, que si bien, el artículo 80 del C.S.T facultaba a las partes para terminar el vínculo en cualquier momento durante dicho periodo y no imponía expresamente al empleador la obligación de motivar por escrito o indicar las causales de la decisión, tal exigencia fue prevista en jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias como la C-028 de 2019, que estableció en cabeza del empleador el deber de contar con un soporte de la decisión frente a la falta de aptitudes del trabajador para desempeñar el cargo, en atención a que la terminación del contrato no puede ser caprichosa ni arbitraria, pese a que se hiciera durante el periodo de prueba.

En tal sentido, consideró que el despido del demandante se tornó injusto, procediendo en consecuencia el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., pues si bien fue relacionada como causa de la terminación del contrato de trabajo la falta de aptitudes del demandante para desarrollar las funciones encomendadas, tanto en la evaluación de desempeño del periodo de prueba, como en la declaración rendida por su jefe inmediato Wilson Andrés Gutiérrez Rojas, tal circunstancia no se consignó en

la carta de despido, para entender que el fenecimiento del vínculo no operó de forma caprichosa.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte DEMANDANTE solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el demandante fue despedido sin justa causa, argumentando una facultad inexistente que presuntamente le otorgaba el periodo de prueba y sin comprobación de la supuesta falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada, dice que en el caso del actor no se cumplía tal condición, pues como se evidenciaba en los testimonios rendidos, específicamente en el de su Jefe inmediato, se reconoció que al trabajador no se le hicieron llamados de atención verbales ni escritos, ni se presentó una falta disciplinaria que justificara su despido, acreditándose por el contrario que éste obedeció a un criterio arbitrario de su jefe directo y por ello procede el reintegro. En cuanto a la reparación integral reclamada, precisó que se trataba de un principio general de responsabilidad cuando se causa un daño, encontrándose a cargo de quien lo ejercía la obligación de reparar las consecuencias de la afectación de los intereses lícitos de la víctima, que los perjuicios causados al demandante se encuentran probados con el juramento estimatorio, y por ello el juez debió condenar su resarcimiento en virtud del principio de favorabilidad, al no demostrarse que careciera de aptitudes para desempeñar el cargo para el que fue contratado¹.

¹ “Muchas gracias su señoría, interpongo recurso de apelación contra la presente providencia en el sentido que el señor Jaimer Molina si tiene derecho a lo pedido por reintegro por la sencilla razón de haber sido objeto de un despido injusto motivado con el capricho y la predisposición de la demandada, incurriendo en una facultad inexistente que otorgaba por el periodo de prueba y es que tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia T-978 del 2004, en donde insiste la corte “por ende la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba, por parte del empleador, si bien es una facultad discrecional no puede ser entendida como una licencia para la arbitrariedad, sino que en contrario debe fundarse de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, en la comprobación cierta de la falta de

El apoderado de la parte DEMANDADA, solicitó que se revoque la condena impuesta por concepto de indemnización por despido sin justa causa, con fundamento en que la terminación del contrato del demandante tuvo como fundamento lo dispuesto en el artículo 80 del C.S.T, que dispone que su finalización durante el periodo de prueba puede darse en cualquier momento y sin previo aviso, que además, la decisión de la sociedad acogía los criterios jurisprudenciales vigentes para la data del despido, como el expuesto en las sentencias T-978 de 2004 y T-1097 de 2012, que

aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada” y en este caso no hay una demostración cierta de esa falta de aptitudes, es más en los testimonios rendidos por el señor Rojas jefe inmediato, él dice y acepta que no hay nada por escrito o ningún llamado de atención, no hubo una falta disciplinaria cometida por el señor Jaímer solo dijo que verbalmente él le había llamado la atención y lo dicho también por el testigo del demandante, el señor Noel, ratifica que en la empresa se han estado ya siendo el perteneciente al sindicato se está demostrado, se está luchando por demostrar esa famosa lista negra y aquí lo que se nota es el capricho de ese señor Rojas, el jefe inmediato el cual pues no le cayó bien el señor Jaímer, así de sencillo y sin ninguna, o hubo un digamos, un pronunciamiento de la empresa, no hubo un proceso para demostrar que él no tenía las aptitudes más cuando el señor Jaímer ya llevaba más de 10 años trabajando con diferentes empresas que son contratistas de Condensa, el señor Jaímer llevo una hoja de vida impecable en la en la misma empresa, en ninguna de las empresas anteriores hay un llamado de atención, hay una falta disciplinaria, nada, el señor Jaímer hizo su trabajo muy bien solo que le cayó mal al jefe inmediato, fue el único error que cometió el señor Jaímer, en cuánto a la reparación integral, téngase en cuenta la procedencia de la reparación integral es como un principio general de la responsabilidad se tiende a postular que cuando se causa un daño a otro afectando sus bienes, lesionando su integridad corporal o vulnerando su conjunto de derechos fundamentales, el responsable está obligado a reparar las consecuencias de la afectación de intereses lícito de la víctima, la sala laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia al ocuparse de los perjuicios de la vida en relación en sentencia del 22 de enero del 2008 como magistrado ponente Dr. Eduardo López Villegas, dijo lo siguiente: “el conocido tratadista Javier Tamayo Jaramillo se refiere al tema si, mientras que el daño emergente impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio y lucro cesante busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte no sólo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente, el perjuicio fisiológico o la vida de relación, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales que aunque no producen rendimiento patrimonial hacen agradable la existencia” y en este caso, claro que al señor Jaímer se le causó un daño, un perjuicio es que es muy difícil aportar aquí al despacho un acta de que no se realizó el matrimonio porque no se realizó, el acta se aporta si se realiza pero aquí no hubo, en el juramento estimatorio que es una prueba, se está jurando de todos esos daños que no se tuvieron en cuenta, entonces el señor Jaímer simplemente fue víctima además de un acoso por parte de su jefe inmediato del señor Rojas y no se aplicó el principio de favorabilidad pues lo más favorable para el señor Jaímer, se establece que hay un contrato de trabajo y debe haber una condena por una indemnización pues lo más favorable es la readmisión, y además que la demandada nunca demostró que el señor Jaímer nunca haya tenido las aptitudes, no actitudes, él realizó su trabajo en forma impecable, tanto así que en todo el tiempo que trabajó no está ningún llamado de atención por parte de su jefe inmediato, solo dijo acá en testimonios sin soportarlo válidamente, que le hizo llamados verbales, llamados verbal eso no está demostrado en el proceso, no hay nada que acredite que sí hubo un llamado o un proceso disciplinario. En este sentido yo pido honorables magistrados que se revoque la sentencia que se acaba de proferir y se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias su señoría.”

establecían que el empleador no estaba obligado a sustentar o motivar el despido, sin que fuera posible exigirle la aplicación de una postura jurisprudencial posterior al año 2015, ni requerir que en la carta de despido se relacionara como justa causa para la terminación del contrato la no aprobación de la evaluación de desempeño²

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y se conceda la totalidad de las pretensiones formuladas, al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandada solicitó que se nieguen las pretensiones incoadas en su contra y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recuso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

² Muchas gracias su señoría, de la misma manera interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acabamos de escuchar, por no estar de acuerdo en los argumentos bajo los cuales se decretó a favor de la parte demandante la indemnización por despido injusto, para ello pues simplemente digo que el artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo que es el que define las posibilidades de una terminación del contrato en periodo de prueba, establece “el periodo de prueba puede darse por terminado mediante realmente en cualquier momento sin previo aviso” como la Ley lo establece, nada en particular sobre las formas en las que se aplica este artículo, pues siempre nos hemos sumado a lo que ha dicho la jurisprudencia y en ese caso pues considero que su señoría no tuvo en cuenta que para el 2015 fecha de la terminación del contrato de trabajo entre las partes, se aplicaban entre otros los criterios de las sentencias T-978 del 2004 y T1097-2012, que simplemente decía que el empleador no está en la obligación de motivar el despido, aunque sin probar ante el juez que la decisión estuvo fundada en hechos debidamente comprobados, de esta manera la aplicación de las sentencias C-028 del 2019 pues constituye a cabalidad en la interpretación que por supuesto la empresa no podía haber previsto para el 2015 cuando ocurrió la terminación del contrato de trabajo entre las partes. Así pues no se podía exigir a la empresa que en el 2015, marzo 2015 establecida en la carta de terminación el fundamento de que se había hecho porque el trabajador no había podido aprobar el examen o evaluación de desempeño, de esta manera le solicitó el honorable superior que revoque la sentencia y es un lugar deniegue la totalidad las pretensiones de la demanda, muchas gracias.

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir la procedencia del reintegro del trabajador, con fundamento en lo dispuesto en el literal d) del artículo 7° de la Ley 319 de 1996, aprobatoria del protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos denominado Protocolo de San Salvador. Así mismo establecer la procedencia de la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa, y en dado caso establecer si hay lugar al pago de la reparación integral por perjuicios materiales e inmateriales reclamados.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia: **i)** que entre el demandante y CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S. existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año vigente entre el 10 y el 31 de marzo de 2015; que dentro de dicho contrato las partes pactaron en la cláusula octava un periodo de prueba correspondiente a los 24 primeros días (fls. 47 a 49, 56 y 138); **ii)** que para la terminación del contrato la demandada adujo la existencia de una justa causa, esto es, la prerrogativa contemplada en el artículo 80 del CST, de finalizar en cualquier momento el contrato durante el periodo de prueba. (fl. 59 y 131 a 132)

- Sobre la procedencia del reintegro del trabajador

Para resolver este aspecto de la controversia, debe precisar la Sala que el literal d) del artículo 7° de la Ley 319 de 1996, mediante la cual se incorporó al ordenamiento jurídico Colombiano el Protocolo de San Salvador, establece que:

“Artículo 7.º. Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizaran en sus legislaciones nacionales, de manera particular (...):

d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

Frente al reintegro que solicita el demandante bajo la aplicación de este fundamento, es preciso señalar que el alcance de dicha disposición fue fijada por nuestro órgano de cierre de forma pacífica, precisando que ésta no estaba contemplada de forma imperativa en casos en que la terminación del contrato de trabajo se diera sin justa causa, pues por el contrario, dicho postulado jurídico consagraba, al igual que el artículo 64 del CST, la potestad de terminar el contrato sin motivación alguna, con el pago a favor del trabajador de la indemnización respectiva, sin que tal circunstancia implicara un desconocimiento de los derechos reconocidos en la norma internacional, ni trasgrediera los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral.

Dijo la Corte además que lo anterior es así, pues la protección de la estabilidad en el empleo no implica la indisolubilidad del vínculo laboral, sino su continuidad cuando se cumplían las condiciones para tal fin, y el empleador cuenta con la facultad de dar por terminado el contrato sin justa causa, dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico. Así lo ha aceptado de manera reiterada la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL134 de 2019 y SL3424 de 2018.

Así las cosas, considera la Sala de acuerdo al criterio expuesto, no es procedente el reintegro solicitado bajo la aplicación de las disposiciones referidas, en cuanto dichas prerrogativas no establecen una estabilidad absoluta frente a la continuidad de un contrato laboral, sino por el contrario, atendiendo a las facultades propias que el ordenamiento jurídico asigna al empleador, éste puede hacer uso de ellas, dentro de los límites legales definidos. Como la terminación del contrato del demandante se dio durante el periodo de prueba pactado, y al efecto el artículo 80 del CST faculta al empleador en este sentido, concluye el tribunal que no es procedente el reintegro solicitado.

- **Sobre la terminación del contrato de trabajo durante el periodo de prueba.**

Para resolver sobre este punto, los artículos 76 y 80 del CST, consagran la facultad de las partes de fijar por escrito un periodo de prueba, con una duración máxima de dos meses o de una quinta parte del término inicialmente pactado en el caso de los contratos a término fijo inferiores a un año, lapso que tiene como fin que el empleador pueda observar las capacidades del trabajador para desempeñar las labores del objeto del contrato de trabajo, y por el empleado las conveniencias de las condiciones de trabajo,

Aunado a lo anterior, el artículo 80 del CST, establece que durante el periodo de prueba puede darse por terminado unilateralmente el contrato de trabajo en cualquier momento, sin previo aviso.

Teniendo en cuenta el anterior fundamento normativo el Tribunal deberá verificar si el empleador se encontraba obligado a

acreditar la existencia de una justa causa del despido durante el periodo de prueba, y si dicha motivación debía ser comunicada por el empleador al momento de la terminación del contrato de trabajo.

Sobre lo primero, conforme la cláusula octava del contrato de trabajo, las partes acordaron la fijación de un periodo de prueba en los siguientes términos: *“EL (LA) TRABAJADOR (A) ingresa a la compañía en periodo de prueba; en tal virtud, los primeros veinticuatro (24) días calendario, es decir, la quinta parte (1/5), del término del contrato, se consideraran en periodo de prueba, pudiendo cualquiera de las partes dar por terminado el contrato en ese periodo sin que se genere ningún tipo de indemnización por esta causa”*.

Por otra parte, de la carta de terminación del contrato que obra a folio 142, se advierte que CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S., refirió que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, tenía como fundamento: *“(…) la prerrogativa que da al empleador lo preceptuado por el artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 617 de 1.954, en los casos en que, como usted, se encuentra en periodo de prueba.”*

Revisado lo anterior, resulta claro que las normas que consagran el periodo de prueba y sus efectos, establecen la posibilidad de dar por terminada la relación laboral, sin que se invoquen los fundamentos por los cuales la contratación no se prolongó más allá de tal término, o se motive expresamente la decisión en la falta de aptitudes del trabajador para desarrollar la labor encomendada, la disposición normativa referida contempla como única condición para su finalización, invocando el periodo de prueba, que éste se pacte por escrito, que no exceda la duración máxima legal prevista y que la manifestación de voluntad no se encuentra viciada por error, fuerza o dolo. Así lo ha aceptado además de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4103 de 2018, donde reiteró

el criterio expuesto en la sentencia del 3 de septiembre de 1980, rad. 7419.

De lo anterior, concluye la Sala que el despido del demandante durante el periodo de prueba se ajustó a derecho, al cumplir con los presupuestos establecidos por la ley para tal fin, teniendo en cuenta que éste se pactó por escrito y por un término que no superó la quinta parte de la vigencia inicialmente pactada en el contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes y sin que se invocaran o acreditaran vicios del consentimiento que le restaran validez al acuerdo suscrito entre las partes.

Así las cosas, como quiera que la terminación del contrato se produjo durante el período de prueba por parte del empleador conforme lo faculta la ley laboral, sin que ello configure un despido injusto, no habría lugar a reconocer la indemnización ordenada en primera instancia, por lo que habrá de revocarse la decisión en este sentido, para en su lugar absolver a la demandada del pago de dicho rubro.

Teniendo en cuenta la anterior conclusión, la Sala se releva del estudio de la procedencia la reparación integral por perjuicios reclamada, al no acreditarse la ocurrencia de la conducta de la que presuntamente éstos se derivarían, esto es, la ilegalidad y arbitrariedad del despido del trabajador.

Las costas de primera instancia corren a cargo de la parte demandante. Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra, por las razones anteriormente expuestas.

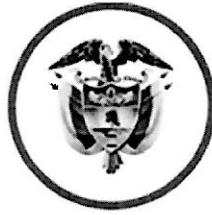
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado *SALVAMENTO VOTO PARCIAL
FRENTE PERÍODO PRUEBA*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0036-2021

Radicado N° 026-2016-00391-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del demandante **RONNY ALEXIS LUCUMI DURÁN**, en contra de la sentencia proferida el 24 de julio de 2019 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la existencia de tres contratos de trabajo, declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas al demandante (fl. 425, 01:25:17 cd fl. 424).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 2 a 11).**

RONNY ALEXIS LUCUMI DURÁN solicitó declarar que existió un contrato de trabajo del 1° de septiembre de 2004 al 17 de marzo de 2015, con las demandadas **HOTELES ON VACATION LTDA.** hoy **TVG S.A.**, **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS FUNCIONAR OC**, **GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS S.A.S.**, **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S.** y **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.**; en consecuencia, condenar conjunta o separadamente al pago de prestaciones sociales y vacaciones del 1° de diciembre de 2012 al 02 de abril de 2014, devolución de descuentos

salariales realizados de 2013 a 2015, vacaciones del 03 de abril de 2014 al 17 de marzo de 2015, salarios y prestaciones sociales del 1° de enero al 17 de marzo de 2015, comisiones de febrero y marzo de 2015, indemnización por despido, indemnización moratoria, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 1° de septiembre de 2004, se vinculó a **HOTELES ON VACATION LTDA.** hoy **TVG S.A.** como asesor comercial a través de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS FUNCIONAR OC** y que a los 4 meses fue ascendido a coordinador de reservas, con un salario de \$1.000.000 y un promedio mensual de comisiones de \$1.030.107, relación que se modificó el 09 de mayo de 2010, cuando se vinculó para el mismo cargo a través de la EST **GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS S.A.S.**, hasta que el 03 de enero de 2012, fue cambiado a la EST **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S.**, ascendiendo a director regional de agencias de viaje, periodo en que el pago de sus aportes a seguridad social lo realizó **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.**, empresa que presionó para cambiar su contrato de trabajo por un contrato de corretaje desde el 1° de diciembre de 2012, el cual nunca se firmó, ascendiendo a director nacional de agencias recibiendo un ingreso promedio mensual de \$9.337.471, servicio que prestó sin contrato escrito pero en desarrollo de la relación laboral preexistente, periodo en que su salario y aportes los pagó **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.**, con quien celebró el 1° de abril de 2014, un nuevo contrato de trabajo a término indefinido, sin solución de continuidad ni liquidación, para el cargo de gerente comercial; fue despedido, a través de correo electrónico, el 17 de marzo de 2015, siendo liquidado considerando únicamente el periodo de abril de 2014 a marzo de 2015 y según la cual el trabajador debe a la empresa con ocasión del vehículo que obtuvo mediante crédito, siendo el valor de dicho automotor superior al real. Señaló que el último año de servicios devengó un salario básico de \$4.000.000 y comisiones para un promedio mensual de \$8.546.381, comisiones a las cuales le realizaron retenciones en la fuente por un mayor valor al

permitido pese sus reclamos. Afirmó que no se realizó el pago de sus acreencias laborales entre el 1º de diciembre de 2012 y abril de 2014, alegando un contrato de corretaje inexistente; que siempre estuvo subordinado a los operadores turísticos pese la intermediación aparente de la cooperativa y empresas de servicios temporales.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

Mediante auto del 11 de mayo de 2017, se emplazó a la demandada **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS FUNCIONAR OC** (fl. 338) y el 23 de mayo de 2017, se designó *curadora ad litem* (fl. 339), quien fue notificada personalmente el 25 de mayo de 2017 (fl. 340). Así las cosas, la precitada demandada se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la certificación que emitió **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S.** Indicó que las personas que recibe la cooperativa no son trabajadores, por cuanto se trata de una relación solidaria que no se rige por las disposiciones laborales, de conformidad con la Ley 1233 de 2008 y el Decreto 4588 de 2006. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y de oficio toda que resulte probada (fl. 341 a 343).

GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a las deducciones. Indicó que suscribió un contrato de trabajo por obra o labor determinada con el demandante, vigente del 10 de mayo de 2010 al 02 de enero de 2012, el cual finalizó por la terminación de la obra o labor, asegurando que pagó todas las acreencias laborales a favor del trabajador. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago y compensación, enriquecimiento sin causa del demandante, buena fe, prescripción y la genérica (fl. 234 a 251).

GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a las deducciones. Indicó que sostuvo con el demandante un contrato de trabajo por obra o labor determinada entre el 03 de enero de 2012 al 03 de noviembre de 2012, pagando todas las acreencias laborales que se causaron a favor del

trabajador, sin que le consten las presuntas relaciones del demandante con terceros. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago y compensación, prescripción, enriquecimiento sin causa del demandante, buena fe y la genérica (fl. 288 a 305).

HOTELES ON VACATION LTDA. hoy **TVG S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que nunca sostuvo una relación laboral o vínculo contractual con el demandante, siendo sus reales empleadores la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS FUNCIONAR OC** y las empresas de servicios temporales **GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS S.A.S.** y **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S.**, sin que hubiera ejercido subordinación o reemplazado al empleador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago y compensación, falta de legitimación en la causa por pasiva, enriquecimiento sin causa de la demandante, prescripción, buena fe y la genérica (fl. 272 a 285).

TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al despido. Indicó que entre el 1º de diciembre de 2012 y el 30 de marzo de 2014 celebró un contrato comercial de corretaje, el cual desarrolló de forma autónoma y libre el demandante, así mismo, que entre el 03 de abril de 2014 al 17 de marzo de 2015, mantuvo un contrato de trabajo a término indefinido, el cual finalizó por decisión unilateral sin justa causa de la empresa y por el cual pagó todas las acreencias laborales y aclaró que compensó de la liquidación final los créditos por vivienda y vehículo derivados de los préstamos que solicitó el trabajador. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa para pedir, enriquecimiento sin causa del demandante, buena fe, prescripción y la genérica (fl. 156 a 179).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 425, 01:25:17 cd fl. 424).

El 24 de julio de 2019, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(...) **PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS SAS, desde mayo de 2010 a enero de 2012, para desempeñar el cargo de COUNTER en TVG.*

***SEGUNDO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS, desde enero de 2012 a noviembre de 2012, para desempeñar el cargo de director comercial.*

***TERCERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y TOUR VACATION HOTELES AZULES SAS, desde el 3 de abril de 2014 al 17 de marzo de 2015.*

***CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

***QUINTO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto de las demás acreencias causadas bajo las relaciones laborales con las demandadas GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS SAS y GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS.*

***SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte demandante. Tásense, teniendo en cuenta la suma de \$2.000.000 por concepto de agencias en derecho. (...)*

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si el demandante laboró para las demandadas desde el 1º de septiembre de 2004 al 17 de marzo de 2015, el salario devengado, si se adeuda suma por salario, prestaciones sociales, vacaciones y deducciones del salario, para establecer la procedencia o no de las pretensiones.

Para resolver consideró que las demandadas son sociedades autónomas entre sí, sin que en la demanda individualice con cual sociedad existió la presunta única relación laboral, a la vez que el

demandante confesó que se vinculó a la **CTA FUNCIONAR** de 2004 a 2006 y que luego se trasladó a otra cooperativa, sin allegar prueba alguna de ello, sin que se pueda inferir que las empresas de servicios temporales hubieran actuado como único empleador desde 2004 porque fueron constituidas en 2010 y 2011, siendo que se aportó prueba de los contratos de trabajo que cada una de ellas celebró y que fueron por periodos distintos y el pago de aportes y liquidación final, lo cual ratifica su calidad de empleadores solo por dichos periodos, sin que se pueda declarar a **TVG** como empleador porque solo fue usuaria de los servicios del demandante como trabajador en misión, a la vez que el demandante confesó que celebró un contrato verbal de corretaje con **TOUR VACATION HOTELES AZULES SAS**, por el cual percibió comisiones, lo cual concuerda con el dicho del testigo HUGO GUTIÉRREZ, tras lo cual ahí si celebró un contrato de trabajo para el desarrollo de un cargo distintos y recibiendo un salario diferente a su anterior remuneración. Declaró la prescripción de las acreencias causadas en los contratos de trabajo con las empresas de servicios temporales, mientras que condenó al pago de la indemnización por no consignación de cesantías y despido causadas en la última relación laboral, siendo que la suma total de la liquidación fue deducida para el pago del crédito de vivienda y vehículo que confesó el demandante y que fueron acreditados documentalmente, por lo cual no existe ningún saldo pendiente de pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **RONNY ALEXIS LUCUMI DURÁN** solicitó revocar la sentencia. Indicó que se descartaron las pretensiones considerando los certificados de existencia y representación legal de las demandadas, dejando de lado pruebas como correos electrónicos o certificados que no fueron tachados de falsos, lo que demuestra que la cooperativa y las empresas de servicios temporales actuaron como intermediarias para desconocer los derechos laborales, además, se da por probada la liquidación final cuando no se acreditó siquiera su entrega o su cuantía, siendo que en los alegatos se aceptó que también se pagó una liquidación por el contrato de corretaje reconociendo la

existencia de una relación laboral por dicho periodo, a la vez que se señaló un crédito de vehículo sin que se acreditó la entrega del mismo al trabajador existiendo un enriquecimiento sin justa causa de la empresa, a la vez que no se acreditó el pago real de las acreencias para el crédito de vivienda, por lo cual no se deben rechazar las pretensiones de unidad de empresa, solidaridad y existencia de relaciones laborales¹ (01:26:43 cd fl. 424).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal del **DEMANDANTE** señaló que la *a quo* obró en contra del material probatorio, señalando que los contrato de trabajo fueron independientes a pesar que no hubo interrupción y que siempre se benefició a **ON VACATION LTDA** ahora **TOUR VACATION HOTELES AZULES SAS**, actuando las demás como intermediarias, por lo cual debió aplicarse el principio de primacía de la realidad sobre las formas para vislumbrar que las indemnizaciones pagadas al final de la relación no consideraron todo el tiempo laborado, sin que exista

¹ Dentro de la oportunidad procesal correspondiente interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su Despacho en los siguientes términos. El despacho no declara la unidad de empresa empleadora ni la existencia de las relaciones laborales y por lo mismo la solidaria existente entre las demandadas, teniendo casi que como única prueba para descartar las pretensiones de la demanda el análisis de los certificados de representación legal de las demandadas y dejando de lado pruebas allegadas al proceso cómo fueron los correos electrónicos cruzados entre las partes, certificaciones expedidas por alguno de los dependientes de empleadores que en su oportunidad procesal correspondiente no fueron desconocidas ni tachadas de falsos por los demandados, estando acreditado por la parte demandante que en la demanda quedo acreditado plenamente que la cooperativa de trabajo asociado y las empresas de servicios temporales y las otras razones sociales diversas fueron intermediarias de manera formal era la relación laboral que tenía el demandante y precisamente confluyen para que se desconozcan los derechos laborales del empleado, a través de esas distintas razones sociales, por lo mismo no puede partirse del solo análisis de la creación de las empresas. Igualmente el despacho da por probado el pago de la liquidación de los salarios y prestaciones sociales cuando dentro del proceso jamás se acreditó la existencia de la liquidación entregada al trabajador y cuál fue la cuantía efectivamente para la totalidad de la relación laboral que tuvo, fijese como señora Juez, en el mismo de alegato de conclusión se reconoce el pago de una liquidación por un supuesto contrato de corretaje para decir que es una bonificación cuando constituye claramente el pago de una liquidación de prestaciones sociales y por lo mismo un reconocimiento de la existencia de una relación laboral por ese periodo en que pretende hacerse valer el contrato de corretaje verbal, igualmente, se le hicieron descuentos al trabajador en relación con un vehículo, del que nunca se entregó la titularidad al trabajador y por lo mismo fueron descuentos que ha sido ilegales en la medida que finalmente el trabajador no obtuvo ningún dinero y habría un enriquecimiento sin justa causa por parte de la empresa. En relación con las acreencias laborales entregadas por la empresa a la constructora, si bien había una autorización del trabajador para que se hicieron los descuentos, es claro que dentro del proceso no se acreditó el pago real de las acreencias laborales y, por lo mismo, al despacharse desfavorablemente las pretensiones de la declaración de unidad de empresa, de la solidaridad y por lo mismo de la existencia de la relaciones laborales, pues tampoco puede aceptarse la liquidación de las prestaciones efectuadas y consideradas adecuadas por el despacho y por lo mismo sustentaremos en estos términos el recurso apelación ante el superior en la oportunidad procesal correspondiente. Gracias señora Juez.

prueba del pago de la liquidación final, sin que hubiera sido enterado de que se hubiera hecho pago alguno al crédito de vivienda siendo luego demandado para la restitución del inmueble, siendo que la constructora AMOAMAVI tiene nexos con las demás sociedades demandadas, sin que el demandante confesara haber estado de acuerdo con la suscripción de dichos contratos, sin que proceda la prescripción porque fue solo una relación laboral que pretendió desdibujarse de mala fe, sin que fuera procedente promediar el valor de las comisiones omitiendo las pruebas de su valor. El apoderado de las demandadas **HOTELES ON VACATION LTDA.** hoy **TVG S.A.**, **GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS S.A.S.**, **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S.** y **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.** solicitó confirmar la sentencia, la cual es acorde con al acervo probatorio del proceso y que acredita que existieron múltiples relaciones laborales y no una sola, siendo pagadas las acreencias laborales de cada relación, en las cuales ocupó cargos distintos, siendo que se generó la prescripción, siendo confesada la existencia de un contrato comercial verbal de corretaje y la autorización para hacer la deducción por concepto de crédito de vivienda.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si procede declarar que la cooperativa y empresas de servicios temporales demandadas actuaron como simples intermediarias para desconocer sus derechos laborales; determinar si el contrato de corretaje fue en realidad un contrato laboral; así como establecer si se efectuó en debida forma el pago de su liquidación final al no ser considerado la totalidad del tiempo laborado ni existir prueba que justifique las deducciones por crédito de vivienda y de vehículo,

conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** entre el demandante **RONNY ALEXIS LUCUMI DURÁN** y la demandada **GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS S.A.S.** se suscribió el 18 de mayo de 2010, un contrato de trabajo por obra o labor determinada (fl. 252 a 254); **ii)** entre el demandante y la demandada **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S.** se suscribió el 03 de enero de 2012 un contrato de trabajo por obra o labor determinada (fl. 306 a 307); **iii)** entre el demandante y la demandada **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.** se suscribió el 03 de abril de 2014 contrato de trabajo a término indefinido (fl. 180 a 185).

- **Sobre el Principio de Prevalencia de la Realidad Sobre las Formalidades y la unidad de contrato.**

El artículo 53 constitucional consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral advirtió que frente la suscripción de varios contratos de trabajo el Juez debe verificar con cautela los reales extremos de la relación laboral, analizado si los contratos tuvieron causa o justificación, si medió o no solución de continuidad en la prestación del servicio y si las funciones y condiciones laborales continuaron o no siendo las mismas, para concluir si la celebración de los contratos tuvo o no como fin restar antigüedad en el servicio del trabajador para favorecer al empleador en la liquidación de la cesantía o al momento de ejercer su facultad de finalizar de forma unilateral el contrato, tal y como indicó en las sentencias SL806 de 2013, SL15986 de 2014, SL814 de 2018, SL559 de 2019, SL574 de 2021, entre otras.

Resulta relevante considerar que la H CSJ en la sentencia SL485 de 2016, indicó que es válido suscribir contratos de trabajo de forma

sucesiva, por cuanto las partes tienen libertad de elección de la modalidad de duración del contrato con que desean regular su vínculo más aún si con ello se aseguran los ingresos del trabajador; sin embargo, dicha libertad no puede ser usada como mecanismo para vulnerar derechos laborales como no conceder el tiempo de descanso o reducir la indemnización por despido. A su turno, en las sentencias SL559 de 2019 y SL3616 de 2020, la Alta Corporación recalcó que las breves interrupciones entre uno y otro contrato, inferiores a un mes, no tienen la suficiente envergadura para desvirtuar una unidad contractual, mientras que suspensiones superiores a un mes evidencian la falta de intención entre las partes de dar continuidad a la relación de servicio personal subordinado

- Sobre la Intermediación Laboral Ilegal.

Es una realidad que la dinámica económica conlleva que en ocasiones un ente económico requiera externalizar parte de sus actividades, pero con estricto apego a la normatividad laboral, so pena de incurrir en *intermediación laboral ilegal*.

En primer lugar, podrá hacer uso de la figura del *contratista independiente*, regulada en el artículo 34 CST, contratando con terceros la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios a cambio de un precio, quienes realizarán la actividad encomendada con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

También podrá contratar con una cooperativa de trabajo asociado - CTA la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, siempre que se trate de la ejecución total de un proceso con resultado específico o de un subproceso de la cadena productiva atado a un resultado final, conforme el artículo 6 del Decreto 4588 de 2006 compilado en el artículo 2.2.8.1.6 del Decreto 1072 de 2015, verificando que la CTA no actúe como empresa de servicios temporales o ejerza subordinación sobre el asociado conforme la prohibición del artículo 17 del Decreto 4588 de 2006 compilado en

el artículo 2.2.8.1.16 del Decreto 1072 de 2015 y el artículo 7 de la Ley 1233 de 2008.

Al haber sido derogado el Decreto 583 de 2016 por el Decreto 683 de 2018, debe aplicarse el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el cual prohíbe que el personal para actividades misionales permanentes sea vinculado por CTA que incurran intermediación laboral o cualquier otra modalidad que afecte los derechos laborales, siendo definida la *intermediación laboral* como el envío de trabajadores en misión por el Decreto 2025 de 2011, cuyo artículo 2 que prohibía la contratación de procesos o actividades misionales permanentes con precooperativas o cooperativas de trabajo asociado fue declarado nulo por la H. Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado en la sentencia 11001-03-25-000-2011-00390-00(1482-11) del 19 de febrero de 2018, Corporación que concluyó que dicha actividad es lícita según el Decreto 4588 de 2006 siempre y cuando no implique el uso de la intermediación laboral para vulnerar derechos laborales.

Por último, el ente económico podrá solicitar a una empresa de servicios temporales el suministro de trabajadores en misión para atender labores ocasionales, accidentales o transitorias del artículo 6 CST, reemplazar personal en vacaciones, licencia o incapacitado o para hacer frente a incrementos en la producción, transporte, ventas, periodos estacionales de cosechas y prestación de servicios por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más, conforme el artículo 71 y 77 de la Ley 50 de 1990.

La H. CSJ ha determinado de forma reiterada y sostenida que el beneficiario del servicio utiliza de forma irregular las anteriores figuras de intermediación se configura como real empleador y asume la responsabilidad del reconocimiento y pago de los derechos laborales causados, por cuanto se entiende que en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas los terceros, con quien ejecutó de forma irregular la intermediación, actuaron como intermediarios, conforme ha indicado en las sentencias SL Rad. 32856

del 26 de enero de 2010, SL Rad. 35790 del 25 de mayo de 2010, SL16350 de 2014, SL4816 de 2015, SL17025 de 2016, SL119 de 2018, SL467 de 2019, SL303 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la existencia de tres contratos de trabajo, declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas al demandante.

El **DEMANDANTE** interpuso recursos de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Afirmó que se dejaron de lado pruebas que no fueron tachadas de falsa que acreditan que la cooperativa y las empresas de servicios temporales actuaron como intermediarias para desconocer sus derechos laborales, que se dio probado el pago de la liquidación final pese no demostrarse su entrega o cuantía, que no se consideró que la demandada reconoció la existencia de una relación laboral durante el periodo del denominado corretaje y que no se demostró la entrega del vehículo objeto de crédito ni el abono al crédito de vivienda, por lo cual no se deben rechazar las pretensiones de unidad de empresa, solidaridad y existencia de relaciones laborales.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, anunciando que no serán considerados las alegaciones de segunda instancia de la apoderada del **DEMANDANTE** sobre el presunto nexo entre las demandadas y la constructora AMOAMAVI ni sus objeciones frente la confesión del demandante, la prescripción o forma de determinación del promedio de las comisiones, por cuanto se tratan de asuntos que no fueron sustentados en el recurso de apelación que interpuso en audiencia, recurso que en virtud del principio de consonancia delimita la competencia de esta Sala conforme el artículo 66A CPTSS, por lo cual no es válido incluir nuevos motivos de reproche con posterioridad.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar en primer lugar si la cooperativa y empresas de servicios temporales demandadas actuaron o no como simples intermediarias.

Conforme con los antecedentes normativos expuestos, la tercerización de actividades es viable siempre y cuando sea acorde a la normatividad laboral, so pena de incurrir en *intermediación laboral ilegal* cuando no se usan, en debida forma, las figuras de contratista independiente, contratación con una cooperativa de trabajo asociado CTA o suministro de trabajadores en misión por parte de una empresa de servicios temporales.

En el presente asunto, el demandante alega que **HOTELES ON VACATION LTDA.** hoy **TVG S.A.** y **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.**, usaron a la cooperativa y empresas de servicios temporales para ocultar la real relación laboral sostenida con el demandante, manifestando que no existió solución de continuidad entre las diferentes vinculaciones y que siempre prestó su servicio personal a favor de sus reales empleadores.

Para determinar la consistencia probatoria de tales declaraciones, debe considerarse que la demandada **HOTELES ON VACATION LTDA.** hoy **TVG S.A.** aceptó que el demandante prestó sus servicios para ella, aclarando que ello fue primero como trabajador asociado de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS FUNCIONAR OC** y posteriormente como trabajador en misión de **GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS S.A.S.** y **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S.**

El demandante no aportó ninguna prueba de que la contratación entre **HOTELES ON VACATION LTDA.** hoy **TVG S.A.** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS FUNCIONAR OC** desconoció la prohibición del artículo 6 del Decreto 4588 de 2006 compilado en el artículo 2.2.8.1.6 del Decreto 1072 de 2015, por cuanto no demostró que dicha cooperativa hubiera actuado como empresa de servicios temporales o hubiera ejercido una subordinación laboral sobre el asociado, aspectos que tampoco confesó **TVG S.A.**, por

tanto, no existe mérito para considerar a dicha cooperativa como una mera intermediaria.

No sucede lo mismo con las empresas de servicios temporales demandadas, por cuanto el demandante suscribió el 18 de mayo de 2010, un contrato de trabajo por obra o labor determinada con **GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS S.A.S.**, para prestar su servicio como trabajador en misión en el cargo de *coordinador counter* en **TVG S.A.** (fl. 252 a 254), relación que finalizó el 02 de enero de 2012, según su liquidación, en la cual se indica que el demandante ya tenía el cargo de *director comercial* (fl. 255), tras lo cual inmediatamente y sin solución de continuidad fue de nuevo remitido como trabajador en misión para el mismo cargo en la misma empresa usuaria **TVG S.A.** en virtud del contrato de trabajo suscrito con **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S.** el 03 de enero de 2012 (fl. 306 a 307), contrato que tiene el mismo formato que el usado por la otra empresa de servicios temporales, siendo idénticos sus logos e igual en su objeto contractual, vínculo que se extendió hasta el 30 de noviembre de 2012 (fl. 308).

El análisis de los anteriores medios probatorios conllevan a concluir, de forma razonable, que en el caso del demandante se desconoció el límite máximo de la figura del trabajador en misión, que es de 6 meses prorrogable hasta por otros 6 meses más según el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, toda vez que laboró como trabajador en misión para la empresa usuaria **TVG S.A.** del 18 de mayo de 2010 al 02 de enero de 2012, siendo su último cargo el de *director comercial*, misma labor para la cual fue vinculado al día siguiente por la otra empresa de servicios temporales y quien lo remitió a la misma empresa usuaria hasta el 30 de noviembre de 2012.

El anterior uso irregular de la figura del trabajador en misión conlleva a declarar que las empresas de servicios temporales actuaron como simples intermediarias y que la empresa usuaria **HOTELES ON VACATION LTDA.** hoy **TVG S.A.** fue el real empleador, de conformidad con la posición adoptada por la H. CSJ en las sentencias

SL Rad. 32856 del 26 de enero de 2010, SL Rad. 35790 del 25 de mayo de 2010, SL16350 de 2014, SL4816 de 2015, SL17025 de 2016, SL119 de 2018, SL467 de 2019, SL303 de 2020, entre otras.

De otra parte, la demandada **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.** aceptó que a partir del 1º de diciembre de 2012, el demandante le prestó su servicio personal como *director de agencia* en virtud de un contrato comercial verbal de corretaje, vinculó que perduró hasta el 30 de marzo de 2014 (fl. 156 a 179), lapso durante el cual aseguró que no existió relación laboral y que solo reconoció al demandante pagos por *expensas garantizadas y comisiones*, tal y como acredita con los respectivos recibos de pago (fl. 187 a 193, 211 a 219).

No obstante, el testigo HUGO NELSON GUTIÉRREZ RANGEL, contador de **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.**, indicó que apreció directamente que dicha sociedad liquidó las prestaciones sociales causadas durante el corretaje a favor del demandante por valor de \$43.568.789 (46:01, 50:03 y 53:14 cd fl. 417), aportando certificación de la causación contable de dicho rubro (fl. 416), hecho que desvirtúa la naturaleza comercial del vínculo que ató a las partes, toda vez que el reconocimiento y pago de prestaciones sociales solo se da en los contratos de trabajo.

En tercer lugar, se acredita que el 03 de abril de 2014, el demandante suscribió contrato de trabajo a término indefinido con **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.**, asumiendo el cargo de *gerente AGV suroccidente* (fl. 180 a 185), cargo que figura en los desprendibles de pago aportados (fl. 199 a 210) y en la carta de despido sin justa causa a partir del 17 de marzo de 2015 que elaboró el empleador (fl. 28).

Así las cosas, los anteriores elementos de prueba acreditan que en el caso bajo estudio existieron tres relaciones laborales:

DESDE	HASTA	EMPLEADOR
18/05/2010	30/11/2012	HOTELES ON VACATION LTDA. hoy TVG S.A.
1/12/2012	30/03/2014	TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. hoy HOTELES INNOVA S.A.S.
03/04/2014	17/03/2015	TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. hoy HOTELES INNOVA S.A.S.

No se accederá a la súplica del apelante de declarar que las 3 relaciones laborales antes descritas fueron una sola, habida cuenta que no siempre fue la misma sociedad la que se benefició del servicio personal del demandante constituyéndose como empleador, así mismo, existe diferencia en el cargo y salario devengado por el demandante entre la segunda y tercera relación laboral, por cuanto paso de ser *director de agencia* a desempeñarse como *gerente AGV suroccidente*, hecho frente al cual confesó en su interrogatorio que el cargo que empezó a desempeñar luego de suscribir el contrato de trabajo de 2014, fue diferente al que tuvo en las otras compañías y que por ello también su salario era diferente (32:04 cd fl. 417), variación por la cual no se cumplen los requisitos establecidos por la H. CSJ para declarar la unidad de contrato, al no existir continuidad en las funciones y condiciones laborales, tal y como se expuso en los antecedentes normativos de esta sentencia.

Establecido el número de relaciones laborales y sus características, procede la Sala a resolver los reproches del apelante frente a las liquidaciones de los contratos de trabajo en cuanto la presunta falta de consideración del total de tiempo laborado y las deducciones por créditos.

Frente al reproche por no haberse considerado la totalidad de tiempo laborado, basta con reafirmar que en el presente asunto no se cumplen los presupuestos para declarar la unidad contractual y, por ende, no se puede considerar que el demandante laboró en una sola relación laboral desde 2010 a 2015.

En cuanto las deducciones realizadas por concepto de crédito, resulta relevante considerar que el empleador **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.** afirma que el demandante autorizó la deducción de su salario de 70 cuotas

mensuales de \$2.000.000 cada una, para ser giradas a AMOAMAVI S.A.S. por concepto de préstamo de vivienda, autorizando expresamente deducir la liquidación final de acreencias laborales si la relación laboral finalizaba antes de haberse realizado el giro de las 70 cuotas mensuales (fl. 226).

La anterior autorización se acompañó con la copia simple del contrato de promesa de compraventa de bien inmueble celebrado el 13 de enero de 2015, negocio jurídico en el cual se reiteran el número de cuotas mensuales y su valor (fl. 227 a 232), de lo cual se puede inferir que la autorización de descuento se efectuó ese mismo mes, lo cual concuerda con el testimonio de HUGO NELSON GUTIÉRREZ RANGEL, quien indicó que cuando terminó el tercer contrato de trabajo en marzo de 2015, solo se había hecho un solo descuento de \$2.000.000 (50:30 cd fl. 417).

Considerando que la autorización de descuento es de enero de 2015, no se justifica que **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.** argumente que realizó el descuento total de la liquidación del contrato de trabajo que finalizó en marzo de 2014, con destino al crédito de vivienda, por cuanto avalar ello implicaría permitir al empleador justificar su mora de más de 10 meses en el pago de la liquidación final del contrato de trabajo con base en una autorización que el demandante hizo casi un año después de terminado ese segundo vínculo laboral.

En consecuencia, si bien esta Sala concluye que el empleador si remitió la suma de \$43.568.789 con destino al crédito de vivienda con base en la autorización dada en enero de 2015 por el trabajador, hecho que se acredita con la confesión que hizo el demandante de que en Santiago de Cali cursa un proceso civil en el cual se le cobra un saldo pendiente de pago de \$73.000.000 de los \$139.000.000 inicialmente financiados para la adquisición de su vivienda (34:56 cd fl. 417), se condenará al pago de la indemnización moratoria causada entre el 31 de marzo de 2014 y el 31 de marzo de 2015 calculada sobre su último

salario de \$3.750.000 (fl. 187, cd fl. 233), por cuanto para dicho lapso de tiempo el empleador omitió pagar la liquidación final del segundo contrato de trabajo sin que exista prueba alguna de que tal omisión lo fue de buena fe, suma que deberá ser indexada desde el 1° de abril de 2015 y hasta cuando se haga efectivo su pago:

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 65 CST					
DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	SALARIO D.	VR. INDEM.
31/03/2014	31/03/2015	360	\$3.750.000	\$ 125.000	\$ 45.000.000
TOTAL					\$45.000.000

En cuanto a los reparos efectuados frente a la liquidación de la relación laboral vigente del 03 de abril de 2014 al 17 de marzo de 2015, el despacho realizó la misma considerando el salario promedio de las cifras pagadas por concepto de salario y comisiones acreditadas en los desprendibles de pago (fl. 199 a 210) y que concuerdan con los señalados en el CD aportado por el empleador al contestar la demandada (cd fl. 233), lo que acredita una suma de \$14.091.472 por concepto de prestaciones sociales y vacaciones y \$3.333.333 por salario del último mes laborado, para un total de liquidación de \$17.091.472, cifra inferior a la pagada por el empleador de \$20.284.244 conforme el registro contable (fl. 415).

MES	SALARIO	SL PROMEDIO	
2014-4	\$ 3.733.333	\$ 7.683.148	
2014-5	\$ 12.940.616		
2014-6	\$ 11.815.328		
2014-7	\$ 4.000.000		
2014-8	\$ 8.827.656		
2014-9	\$ 8.969.649		
2014-10	\$ 10.861.750		
2014-11	\$ 4.000.000		
2014-12	\$ 4.000.000		
2015-1	\$ 4.000.000		\$ 5.401.400
2015-2	\$ 8.870.867		

SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES								
DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	AUX. TRANS	CESANTÍA	INT. CESA NTIA	PRIMA SERV	VACACIONES
03/04/2014	31/12/2014	268	\$ 7.683.148	\$ -	\$ 5.719.677	\$ 510.958	\$ 5.719.677	\$ 2.859.838
01/01/2015	17/03/2015	76	\$ 5.401.400	\$ -	\$ 1.140.296	\$ 28.887	\$ 1.140.296	\$ 570.148
SUBTOTAL					\$ 6.859.972	\$ 539.845	\$ 6.859.972	\$ 3.429.986
PAGADO					\$ -	\$ 572.952	\$ 3.025.352	\$ -
TOTAL					\$6.859.972	-\$ 33.107	\$ 3.834.620	\$ 3.429.986

2015-3	\$	
	3.333.333	

En consecuencia, se acredita que el empleador pagó un mayor valor al que en derecho le corresponde y lo dirigió al crédito de vivienda para el cual el demandante dio su autorización expresa (fl. 415), motivo por el cual no se observa reparo alguno a favor de la parte apelante y en consecuencia no se impartirá condena alguna en tal sentido.

Toda vez que se ordena el pago de la indemnización moratoria derivada de la mora en que incurrió el empleador del segundo contrato de trabajo, resulta necesario analizar la excepción de prescripción propuesta por la demandada **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.**, para lo cual resulta relevante considerar que la presente demanda se radicó el 05 de agosto de 2016 (fl. 81) y la terminación de la segunda relación laboral fue el 30 de marzo de 2014, por tanto, no se cumplió el termino trienal de prescripción señalado en los artículo 488 y 489 CST y 151 CPTSS.

Finalmente, la Sala reitera que no efectuara pronunciamiento alguno relativo a aspectos no alegados en el recurso de apelación, por cuanto la competencia de esta Corporación se haya delimitada por los puntos objeto de reparo en virtud del artículo 66A CPTSS, agotando el estudio de todos los puntos de apelación formulados por la apoderada del **DEMANDANTE**.

Costa de primera instancia a cargo de la demandada **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.** y deberán ser liquidadas por la *a quo*. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, entre el demandante **RONNY ALEXIS LUCUMI DURÁN** y la demandada **HOTELES ON VACATION LTDA.** hoy **TVG S.A.** siendo las demandadas **GOOD PEOPLE DE LAS AMÉRICAS S.A.S.** y **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S.** simples intermediarias, el cual estuvo vigente entre el 18 de mayo de 2010 y el 30 de noviembre de 2012, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, entre el demandante **RONNY ALEXIS LUCUMI DURÁN** y la demandada **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.**, el cual estuvo vigente entre el 1º de diciembre de 2012 y el 30 de marzo de 2014, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar condenar a la demandada **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.** a pagar al demandante la suma de \$45.000.000 por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 CST, causada entre el 31 de marzo de 2014 y el 31 de marzo de 2015, monto que deberá ser indexado a partir del 1º de abril de 2015 y hasta cuando se efectúe su pago, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar no probada la excepción de prescripción respecto de la condena impuesta en contra de la demandada **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S.**, conforme las consideraciones de esta providencia.

QUINTO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** en **COSTAS** de primera instancia a la demandada **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** hoy **HOTELES INNOVA S.A.S. SIN COSTAS** en esta instancia.

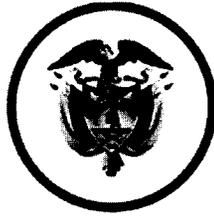
SEXTO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en su contra por el demandante **RONNY ALEXIS LUCUMI DURÁN.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0058-2021

Radicado N° 026 2017 00303 01

Bogotá D.C. veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por **OLD MUTUTAL** y **PORVENIR**, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, sobre la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2019, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a **OLD MUTUTAL** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante, a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA STELLA AGUILAR VERGARA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.**, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 25 de enero de 1958; que laboró al servicio de la Dirección Ejecutiva Seccional de Tunja desde el 24 de mayo de 1982 hasta el 15 de julio de 1983, lapso durante el cual cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL; que posteriormente laboró al servicio del INPEC desde el 10 de febrero de 1992 hasta el 19 de mayo de 1994, tiempo durante el cual también efectuó cotizaciones a CAJANAL; que entre el 29 de julio y el 31 de agosto de 1994, laboró al servicio de la Fiscalía General de la Nación – Seccional Tunja y en dicho lapso cotizó a CAJANAL. Aduce que el 31 de agosto de 1994, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, que al momento del traslado no recibió información sobre las implicaciones y consecuencias positivas o negativas de dicho acto, ni se le dio ningún tipo de asesoría referida a su permanencia en el RAIS; informa que el 29 de mayo de 1997, se trasladó a la AFP PORVENIR y posteriormente, el 30 de abril de 2009, se trasladó a OLD MUTUAL, entidades que también omitieron brindarle asesoría sobre su permanencia en el RAIS. Afirma que el 7 de agosto de 2017 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido e

inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fls. 172 y 173).

La **AFP PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y el traslado de régimen pensional, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls. 183 a 193).

La **AFP COLFONDOS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen pensional y afiliación de la actora a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, ratificación de la causal de nulidad alegada y buena fe (fls. 240 a 270).

La **AFP OLD MUTUAL S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación de la demandante a dicho fondo y las entidades a través de las cuales realizó cotizaciones, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls. 296 a 314).

Mediante auto proferido dentro de la audiencia realizada el día 2 de octubre de 2018, la Juez ordenó la vinculación de la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, en calidad de litisconsorcio necesario.

La **UGPP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los manifestó que no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido y buena fe (fls. 440 a 445).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 5 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a OLD MUTUAL a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la señora María Estela Aguilar Vergara identificada con la cédula de ciudadanía N° 41.979.453 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del 31 de agosto de 1994. **SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual OLD MUTUAL a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la señora María Estela Aguilar Vergara, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar una suma alguna por concepto de gastos de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES para que acepte el traslado de la demandante y para que contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ABSOLVER** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP de todas y cada una las pretensiones de la demanda. **QUINTO: CONDENAR** en costas a las demandadas PORVENIR, COLFONDOS y

OLD MUTUAL a razón de 33.33% para cada uno incluyendo como agencias en derecho la suma de \$900.000”.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, la AFP demandada tenía la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación. Fundamentó su recurso en que la juez de primera instancia definió la no procedencia de los descuentos correspondientes a los gastos de administración y no tuvo en cuenta que la carga de probar el cumplimiento del deber de información es de la AFP a la que se realizó inicialmente el traslado, aduce que mientras la demandante estuvo en dicha AFP su cuenta generó unos rendimientos que hoy se ordena trasladar a COLPENSIONES y que éstos se generaron por la gestión realizada por OLD MUTUAL y por ello es procedente realizar al momento del traslado el descuento de los gastos de administración, dice además que al momento cuando la demandante se afilió a OLD MUTUAL ya no tenía derecho a retornar al RPM¹.

¹ *“Me permito presentar recurso apelación en contra del fallo antes emitido y específicamente en contra de la condena a mi representada conforme a que no se le otorgó descontar gastos de administración, sustento mi recurso de apelación en los siguientes argumentos: debe tenerse en cuenta que mi representada no fue el fondo a través de cuál la demandante realizó el traslado inicial del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en consecuencia la carga de probar que se le dio una correcta información al momento realizar el traslado no estaba a cargo de OLD MUTUAL, téngase en cuenta que durante los años que la demandante ha estado afiliada con mi representada, esto es del año 2009, pues mi representada lo que realizó fue una labor profesional de administradora de los recursos en pensiones de la demandante, lo cual generó durante todos estos tiempos rendimientos que ahora se ordenan transferir a COLPENSIONES, pues de la demandante, todo esto insisto en el marco de una tarea profesional que realizó mi representado, así mismo debe tenerse en cuenta que mi representada accedió y realizó el traslado de la demandante de AFP de buena fe con el pleno convencimiento de que venía ausente de algún tipo de vicio del consentimiento por cuanto para esta defensa no es plausible que se lo ordene precisamente a mi representada con su propio patrimonio,*

El apoderado de COLFONDOS interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso afirma que para la fecha en que la demandante se trasladó al RPM no existía la obligación legal de brindar asesoría en los términos que define la sentencia de primera instancia, que de todas formas a través de diversas publicaciones el Fondo informó sobre el derecho de retracto y la demandante tuvo más de 20 años para buscar la información necesaria sobre su situación pensional y regresar al RPM, que de igual forma el acto de traslado de la demandante cumple con los requisitos de validez de todo acto jurídico².

responder por esos gastos de administración, máxime cuando la demandante se afilió con OLD MUTUTAL ya no estaba en la posibilidad de trasladarse del régimen de prima media, por lo tanto en su cabeza no había un deber de información y así mismo debe tenerse en cuenta, insisto que en el régimen de prima media tenía también habría una cuota en virtud de gastos de administración, así las cosas dejo sustentado mi recurso apelación”

² *“Me permite interponer recurso apelación, toda vez que es pertinente dejar claro que para la fecha de vinculación del demandante al Régimen de Ahorro Individual, la obligación de información no se encontraba en los términos actuales que pretende hacer valer la parte demandante, la legislación vigente para la época de vinculación de la demandante está regulado por el decreto 656 del 94 entre otros, dentro del cual claramente no se establece el deber de información en los términos actuales y por lo tanto no podrán ser aplicados en el caso de forma retroactiva y adicional a esto, solo hasta la expedición de los decretos 2555 de 2010 y 20 71 2015 la ley 1748 del 2015 es que surgen las obligaciones para las administradoras de fondos de pensiones de brindar asesoría información y los afiliados de todas y aquellas interesadas de afiliarse al régimen de ahorro individual a través de herramientas financieras, en tal sentido que para la época que el demandante se trasladó al RAIS con COLFONDOS, mi representada no tenía la obligación de realizar esas proyecciones o las proyecciones financieras del monto de pensión, tal y como lo indica la superintendencia financiera de Colombia en el concepto 2015 173 910 del 2002 sobre el particular de advertir en los siguientes términos, es particular de advertirse que no obstante la existencia del deber de asesoría sólo hasta expedición de la ley de 1748 del 2014 y la Ley 2071 de 2015, es claro el deber legal de las administradoras de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que le permitan conocer las consecuencias de su traslado por lo que en vigencia del Instituto de Seguro Social los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones de asesoría podían no contener la ilustración correspondiente de favorabilidad en cuanto al monto de pensión y esto sin olvidar que COLFONDOS en el año 2014 publicó en el diario de alta circulación el cumplimiento de la circular externa 001 del 2004, publicó en un diario de alta circulación informándole al público en general y en especial a sus afiliados la posibilidad de trasladarse de régimen, dando el tiempo de gracia de los 6 meses y sumado a lo anterior la hoy demandante, pues tenía durante 20 años la posibilidad de trasladarse de régimen y hoy cuando opera la proyección legal no ejerció el tiempo su derecho eso y hoy cuando ha operado la prohibición legal no ejerció en tiempo su derecho, adicional a esto la hoy demandante tenía la posibilidad, en su momento, de realizar todas aquellas consultas buscar información adicional sobre las condiciones propias del régimen y por último pues el negocio jurídico celebrado entre la administradora de fondos de pensiones y la demandante pues es totalmente válido toda vez que contiene los elementos mínimos de existencia pues de los de negocios jurídicos esto es, consentimiento, objeto, causa lícitos y capacidad, muchas gracias”*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la UGPP presentó alegaciones para solicitar que se confirme la decisión de primera instancia que la absolvió de todas las pretensiones de la demanda.

La apoderada de COLPENSIONES por su parte solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para regresar al RPM.

El apoderado de COLFONDOS solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de OLD MUTUAL solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte la apoderada de la parte demandante, pide en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan los presupuestos definidos en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS

cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 25 de enero de 1958 (fl. 54); **ii)** que cotizó a CAJANAL entre el 24 de mayo de 1982 y el 15 de julio de 1983 a través de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Boyacá; del 10 de febrero de 1992 al 19 de mayo de 1994 a través del INPEC y del 29 de julio de 1994 al 31 de octubre de 1994 a través de la Fiscalía General de la Nación Seccional Boyacá (fls. 58 a 67); **iii)** que el 31 de agosto de 1994, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS (fl. 70); **iv)** que el 29 de mayo de 1997 se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 75); **v)** que el 30 de abril de 2009 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 83); **vi)** que el 17 de agosto de 2016 solicitó a COLPENSIONES la aprobación de su regreso al RPM (fls. 135 a 140).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal *b)* del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo 114 *ibidem*, consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993- *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*-, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

Inicialmente, en la sentencia Rad. 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias Rad. 31.314 del 9 de septiembre de 2008 y Rad. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la H. CSJ consideró que procedía la nulidad de la afiliación por vicio en el consentimiento al momento de suscribir el formulario de traslado al RAIS cuando se acredita engaño por el asesor del fondo causando que el afiliado adopte una decisión en contra de sus intereses.

Sin embargo, en la sentencia SL12136 de 2014, se moduló la comprensión del fenómeno bajo la tesis de la ineficacia, al considerar que solo si se acredita una libertad informada puede avalarse el traslado, toda vez que no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado. Posteriormente, en la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA STELLA AGUILAR VERGARA se trasladó a la AFP COLFONDOS el 31 de agosto de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a CAJANAL.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 min. 12:40), en cuanto solo informó que para el año 1994, trabajaba en la Fiscalía General de la Nación Seccional Boyacá, y fueron requeridos por la oficina de personal para firmar unos documentos relacionados con su vinculación laboral, que al presentarse en la oficina de Duitama les solicitaron la cédula y les pidieron una información y luego les hicieron firmar un documento relacionado con pensiones y después resultó que se encontraba afiliada a COLFONDOS, que no leyó el formulario de afiliación porque habían muchas personas y lo único que les dijeron al efecto es que como se iba acabar el ISS debían trasladarse al Fondo para no perder esos aportes.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLPENSIONES en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para OLD MUTUAL S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Sobre este último aspecto es pertinente precisar que si bien la demandante con anterioridad al traslado realizó aportes a CAJANAL, en aplicación del Decreto 2196 de 2009, que dispuso la supresión y ordenó la liquidación de esta entidad, se generó el 1° de julio de 2009 un traslado masivo de los afiliados de dicha Caja al extinto ISS, siendo que la Caja hoy UGPP solo mantuvo la obligación del reconocimiento de obligaciones pensionales de sus afiliados que hubieran cumplido los requisitos de la pensión de jubilación o vejez antes del traslado de afiliados en tanto la UGPP no fungiría como administradora del RPM.

Así las cosas, considerando la ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante, bajo la ficción de que debió permanecer en la extinta CAJANAL, se tiene que para el 1° de julio de 2009 tenía apenas 51 años, por lo cual no cumplía el requisito de edad para acceder a la pensión de jubilación, por tanto, el reconocimiento de sus derechos pensionales pasó a ser responsabilidad de COLPENSIONES, siendo dicha entidad entonces la llamada a la reactivación de la afiliación de la demandante al RPM conforme el Decreto 2196 de 2009.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP OLD MUTUAL a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de

pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como la juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP COLFONDOS y PORVENIR deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de estos Fondos y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que las AFP COLFONDOS y PORVENIR deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada encada uno de dichos fondos.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA STELLA AGUILAR VERGARA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

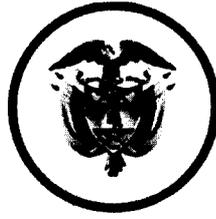
RADICADO: 11001 31 05 026 2017 00303 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0045-2021

Radicado N° 031 2019 00036 01

Bogotá veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 22 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JAIME ALFONSO MEJIA BOHORQUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **INVERSIONES EL RETIRO 82 S.A.S.** Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 22 de marzo de 2012 y el 6 de mayo de 2017, que como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada al pago de las cesantía, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que es cantante de profesión conocido en el medio como “*EL ANGEL DEL VALLENATO*”; que fue músico principal en varios bares de Bogotá, entre ellos, La Casa en el Aire, propiedad de la sociedad Inversiones el Retiro S.A.S.; que ingresó a trabajar para dicha sociedad el 22 de marzo de 2012, mediante un contrato verbal; que se desempeñó como cantante en el establecimiento referido; que desempeñaba sus funciones todos los fines de semana de jueves a domingo cuando el lunes siguiente era festivo; que como prestación la demandada le pagaba la suma de \$2.500.000 semanales; que el salario era cancelado en efectivo; que en mayo de 2017, el administrador del establecimiento le informó que no continuaría más como cantante sin aducir justificación o causa alguna. Aduce que intentó radicar un escrito a la demandada solicitando copia del contrato y los comprobantes de pago, pero éstos se negaron a recibir el documento aduciendo que no sabían quién es.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

INVERSIONES EL RETIRO S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos los negó en su totalidad y adujo al efecto que el actor nunca fue cantante del establecimiento de su propiedad, que éste era cantante de su propia agrupación vallenata y dicha agrupación tocaba una vez al mes en LA CASA EN EL AIRE y los demás fines de semana, aparentemente en otros bares. Propuso como excepción la de falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 53 a 64).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 22 de julio de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: "**PRIMERO: ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante JAIME ALFONSO MEJÍA BOHÓRQUEZ a la demandada INVERSIONES EL RETIRO 82 S.A.S. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho el demandante JAIME ALONSO MEJIA BOHORQUEZ en cuantía de \$100.000. **TERCERO:** Se concede el grado jurisdiccional de consulta en caso de que la sentencia no sea apelada".

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo éntrelas partes. Para resolverlo indicó que de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, el actor no logró demostrar la prestación de un servicio continuo en favor de la demandada, pues solo se acreditó que éste realizaba presentaciones como cantante, junto con su agrupación musical en diversos establecimientos de comercio de la ciudad de Bogotá, no solamente en el de propiedad de la demandada, que era denominado "*la casa en el aire*", que sus prestaciones se realizaban los fines de semana de manera rotativa en los diferentes establecimientos, dice que la prestación del servicio en el establecimiento referido, se probó pero de manera esporádica y no recurrente y exclusiva como se aduce en la demanda. Concluyó que el demandante no cumplió la carga de probar la prestación continua del servicio y por ello negó las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que deben estudiarse los elementos propios de un contrato de trabajo, definidos en el

artículo 23 del CST y valorar de manera conjunta e íntegra la prueba documental y testimonial que obra en el expediente.¹

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante presentó sus alegaciones y al efecto solicita que se revoque la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Por su parte, la sociedad demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados en favor de la sociedad demandada.

VII. CONSIDERACIONES

Para definir sobre la existencia de la relación laboral que se pide en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las

¹ "Su señoría muchas gracias, me permito interponer recurso de apelación contra el fallo proferido el día de hoy por el despacho a efectos de que el honorable Tribunal Superior Sala Laboral revoque la sentencia en su totalidad y evalúe los elementos propios del artículo 23 del CST como son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario de conformidad con las pruebas que fueron evacuadas y las documentales allegadas a la presentación de la demanda, su señoría muchas gracias".

formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la

declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda al advertir que revisado el material probatorio allegado al expediente se concluye que el demandante no demostró haber prestado de manera continua servicios personales a favor de la sociedad demandada, razón por la cual no opera la presunción legal.

Para llegar a la anterior conclusión se observa que al expediente no se aportó prueba documental alguna que resulte útil al efecto, la escasa actividad probatoria desplegada por la parte demandante se limitó a solicitar el interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad demandada (CD. 3 min. 4:47), del cual nada se extrae, pues éste solo manifestó conocer a JAIME ALFONSO MEJÍA BOHORQUEZ porque de manera esporádica cantaba con una agrupación vallenata en el establecimiento la Casa en el Aire, dijo que previo acuerdo con el administrador del Bar, dicho grupo vallenato tocaba los fines de semana de manera ocasional, pues las presentaciones podían realizarse un fin de semana cada 40 o 45 días, pues las agrupaciones se rotaban constantemente para no volver los shows monótonos, que cuando se coordinaba una presentación con la agrupación del actor, ésta podía presentarse viernes y sábado y tocaba 2 o 3 tandas por noche dependiendo la cantidad de público, que si había lunes festivo tocaban el domingo, que el horario del establecimiento era de 7 de la noche a 3 de la mañana y para las presentaciones la agrupación debía en lo posible llegar a las 10 de la noche para estar listos para la primera presentación, que en el intermedio de las presentaciones el actor y su agrupación tocaban también en otros Bares e incluso en ocasiones llegaba tarde a la siguiente tanda y esta se atrasaba

sin problema, que al finalizar las presentaciones del fin de semana se les pagaba la suma de \$300.000 por cada tanta que tocaban y que sabe que el actor y su agrupación se presentaba en diferentes bares los fines de semana.

Tampoco aportan nada al interés del demandante las declaraciones solicitadas por la parte demandada y rendidas por WILLIAM ALONSO RAMIREZ OLARTE (CD. 3 min. 15:03) y ZULLIA MALAGON FUENTES (CD. 3 min. 28:49), quienes manifestaron, el primero de ellos ser el representante de la sociedad dueña de otros bares como la Leyenda Vallenata y la segunda dijo ser la gerente administrativa de la sociedad demandada. Dijeron conocer al demandante porque eventualmente se presentaba en bares del sector de la calle 82 en Bogotá con una agrupación vallenata, que dentro de dichos bares se encontraban la Casa en el Aire (propiedad de la demandada), la Leyenda Vallenata y la Trampa Vallenata, que las presentaciones eran esporádicas y nunca continuas, pues en todos los bares los shows siempre variaban cada fin de semana, que la periodicidad podría llegar a ser cada 20 o 40 días, dependiendo de la disponibilidad de la agrupación, pues el actor además tocaba en ocasiones en ferias y fiestas y no siempre tenía disponibilidad, que se acostumbraba a pagar \$300.000 por presentación a la agrupación y este pago se realizaba al terminar el fin de semana en que se presentaba.

Aunado a lo anterior de la prueba documental aportada por la demandada en folios 65 a 328, nada relevante al punto de la controversia se obtiene, pues estos documentos solo corresponden a recibos de caja menor por concepto de músicos, algunos expedidos por el establecimiento la Casa en el Aire y otros por el establecimiento la Leyenda Vallenata, no obstante y aun cuando algunos de dichos recibos se denominan vale músicos y luego aparece el nombre del actor, ellos no son indicativos ciertos de

prestación del servicio, pues no se define de manera clara el concepto por el que se expiden.

Del material probatorio referido lo único que se concluye es que JAIME ALFONSO MEJIA BOHORQUEZ, se presentaba de manera esporádica con su agrupación vallenata en un bar propiedad de la demandada, denominado la Casa en el Aire, pero de esa sola conclusión no puede darse aplicación a la presunción legal que establece la norma laboral, pues dicho servicio no era continuo y a juicio de la Sala tampoco era personal, pues las presentaciones no las realizaba el actor como cantante sino con su agrupación vallenata y así lo manifestó y reiteró él mismo en el interrogatorio de parte absuelto (CD. 4 min. 01:38), donde además dijo que él recibía los pagos y a su vez de ese dinero le pagaba a sus músicos. Tampoco se aportó prueba alguna que permita establecer la periodicidad con que dichos servicios se prestaban, pues las presentaciones podían variar entre cada 20, 30, 40 o 45 días o dependían de la disponibilidad de la agrupación, según lo indicaron los testigos y el representante legal de la demandada, tampoco se deduce o es posible establecer los extremos temporales en que pudo ejecutarse la relación laboral deprecada, lo único que quedó establecido, como se dijo, es la prestación ocasional sin posibilidad de establecer si ésta se realizaba una, dos, tres o más veces al mes o si por el contrario era solamente una vez cada varios meses.

Así las cosas y por las razones expuestas la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0046-2021

Radicado N° 032 2017 00337 01

Bogotá D.C. veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante y de la demandada UGPP, en contra de la sentencia dictada el 11 de abril de 2019 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la UGPP a reconocer y pagar las mesadas dejadas de cancelar al señor HERNANDO DE JESUS VILLAMIZAR (Q.E.P.D.) entre marzo de 2014 y junio de 2015, en favor de los aquí demandantes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ANA MARIA GAITAN DE GARCES, HERNANDO GARCES GAITAN, LEONARDO GARCES GAITAN Y OSCAR ENRIQUE GARCES GAITAN, presentaron demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE**

GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, con el fin de que se condene a las demandadas a pagar las 19 mesadas pensionales dejadas de percibir por el causante HERNANDO DE JESUS GARCES VILLAMIZAR entre marzo de 2014 y junio de 2015 y que corresponden a la pensión de vejez compartida reconocida por dichas entidades, que se ordene la reliquidación de dicha pensión hoy reconocida en sustitución a la demandante ANA MARIA GAITAN DE GARCES teniendo en cuenta la totalidad de los aportes realizados por el causante a CAJANAL y se defina un nuevo IBL, que se condene al pago de intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentaron las pretensiones en que HERNANDO DE JESUS GARCES VILLAMIZAR nació el 4 de enero de 1935 y falleció el día 25 de noviembre de 2015. Aducen que ANA MARIA GAITAN se encontraba casada con el causante desde el 27 de enero de 1960 y de esa unión nacieron tres hijos, HERNANDO GARCES, OSCAR ENRIQUE GARCES y LEONARDO GARCES; que el causante era médico de profesión y la ejerció en el ISS y en CAJANAL; que mediante Resolución 943 del 5 de marzo de 1991, el ISS le reconoció pensión de jubilación, la cual fue reajustada mediante Resolución 5395 del 30 de diciembre de 1991; que posteriormente el ISS como asegurador de los riesgos de invalidez, vejez y muerte mediante resolución N° 18988 del 16 de noviembre de 1996, le reconoció pensión de vejez de carácter compartido con la pensión de jubilación. Afirman que posteriormente mediante Resolución 14641 del 19 de junio de 2002, CAJANAL le reconoció pensión vitalicia de jubilación a partir del 4 de enero de 1990 y efectos fiscales a partir de enero de 1998.

Informaron que con la liquidación del Seguro Social las obligaciones pensionales del ISS empleador las asumió la UGPP y las del ISS asegurador las asumió COLPENSIONES y de igual manera con la liquidación de CAJANAL la UGPP asumió las obligaciones

pensionales de esta entidad a través del FOPEP. Que el 21 de marzo de 2014 el causante recibió una comunicación de la UGPP informándole que la pensión de jubilación reconocida inicialmente por el ISS empleador mediante Resolución 18988 de 1996 y que tiene el carácter de compartida con la de vejez reconocida por COLPENSIONES se iba dejar de pagar porque el sistema FOPEP rechazaba el pago por existir dos pensiones a cargo del Estado, ésta y la reconocida por CAJANAL. Que sin que mediara acto administrativo alguno se suspendió el pago del mayor valor de la pensión reconocida por el ISS empleador y la de COLPENSIONES asegurador y se continuó pagando la pensión de menor valor que es la reconocida por CAJANAL.

Aducen que la UGPP inició una acción ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para solicitar la nulidad de la Resolución 14641 de 2002 y la devolución de las mesadas pagadas en virtud de dicho acto administrativo, que mediante sentencia del 10 de abril de 2015, esa Corporación declaró la nulidad de dicha Resolución y a título de restablecimiento ordenó a la UGPP abstenerse de continuar pagando la pensión de jubilación reconocida por CAJANAL y restablecer el pago de la pensión compartida reconocida por el ISS, sin que se condenara al causante a la devolución de las mesadas recibidas en virtud del acto administrativo declarado nulo y por ello la UGPP y COLPENSIONES, adeudan en la proporción correspondiente 19 mesadas correspondientes a la pensión de jubilación reconocida por el ISS empleador, prestación que fue sustituida a la demandante (fls. 7 a 14).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión al causante y frente a los demás manifestó que no le

constan. Propuso como excepciones las de buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de los intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción (fls. 106 a 115).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**. Se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión al causante, la expedición de los actos administrativos, la suspensión del pago de las mesadas pensionales y frente a los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de vicios en el acto administrativo demandado, imposibilidad de condena en costas y no pago de los intereses moratorios (fls. 122 a 132).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 11 de abril de 2019, condenó a la UGPP a reconocer y pagar las mesadas dejadas de cancelar al señor HERNANDO DE JESUS VILLAMIZAR (Q.E.P.D.) entre marzo de 2014 y junio de 2015, en favor de los aquí demandantes.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de cobro de lo no debido formulada por la demandada COLPENSIONES y la excepción de pago de intereses moratorios formulada por la UGPP. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada UGPP a reconocer y pagar a los demandante ANA MARIA GAITAN DE GARCES, HERNANDO GARCES GAITAN, LEONARDO GARCES GAITAN y OSCAR ENRIQUE GARCES

*GAITAN, las mesadas causadas y dejadas de cancelar a favor del causante HERNANDO DE JESUS VILLAMIZAR en el periodo comprendido entre marzo de 2014 y junio de 2015 por la pensión de jubilación reconocida por el ISS mediante Resolución N° 943 de 1991 reajustada con la Resolución N° 5395 del 30 de diciembre de 1991 en cuantía de \$130.994.679, suma que deberá ser indexada desde el momento de causación de cada una de las mesadas adeudadas hasta el momento del pago efectivo. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y a la UGPP de las demás pretensiones incoadas en su contra. **CUARTO: CONDENAR** en costas a la demandada UGPP y a favor de los demandantes. Liquidense por Secretaría ordenándose integrar en ellas como agencias la suma de 5 SMLMV. Sin costas respecto de la demandada COLPENSIONES. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a la demandada UGPP remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si a los demandantes les asiste derecho y es procedente ordenar a la UGPP el pago de las mesadas dejadas de cancelar al causante y si procede la reliquidación de la pensión en los términos que se pide en la demanda. Para resolverlo indicó que en efecto la UGPP suspendió el pago de la pensión de jubilación reconocida al causante por el ISS empleador, y sobre la cual tenía a cargo únicamente el mayor valor dado que COLPENSIONES ya le había reconocido pensión de vejez de carácter compartido, y que continuó pagando la pensión reconocida por CAJANAL. Que mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la UGPP obtuvo la nulidad de la Resolución que reconoció ésta última pensión y continuó pagando la del ISS sin pagar las diferencias adeudadas por concepto del mayor valor a cargo y por ello consideró procedente ordenar el pago de dichas diferencias a la UGPP en favor de los demandantes por la suma de \$130.994.679. Dijo además que era procedente descontar los valores

pagados por concepto de la pensión de CAJANAL recibidos entre marzo de 2014 y junio de 2015 y a efectuar los descuentos de aportes a salud.

Negó el reconocimiento de los intereses moratorios porque los herederos no acreditaron su condición ante la UGPP para obtener el pago de dichas mesadas, la reliquidación de la pensión también la negó porque no hay prueba en el expediente de los ingresos base de cotización de los aportes que se pide incluir para calcular el IBL.

Mediante providencia del 26 de abril de 2019, el Juez corrigió el numeral segundo de la sentencia en el sentido de definir que el valor que debe pagar CAJANAL corresponde a la suma de \$118.211.243.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante pide que se disponga ordenar el pago del mayor valor de la mesada pensional a cargo de la UGPP, sin realizar los descuentos de los valores pagados por concepto de la pensión reconocida, en su momento por CAJANAL, pues la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo no autorizó dichos descuentos. Aduce además que también se debe ordenar a COLPENSIONES realizar el respectivo pago, pues dicha entidad en su momento también suspendió el pago del valor que le correspondía con fundamento en una comunicación remitida por la UGPP.

Por su parte la **UGPP** pide en el recurso que se nieguen las pretensiones de la demanda, pues los valores aquí reclamados ya fueron pagados en el año 2016, que el fallo proferido por el Tribunal de Cundinamarca definió que la pensión reconocida por el ISS empleador y por CAJANAL eran incompatibles y de realizarse el pago se incurriría en un pago de lo no debido.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia.

Los apoderados de la parte demandante y la demandada UGPP no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación por el demandante y la UGPP y los que no en consulta a favor de la UGPP.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente ordenar a la UGPP y a COLPENSIONES el pago de las mesadas pensionales dejadas de cancelar al causante por estas entidades.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el ISS hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 000943 del 5 de marzo de 1991, reconoció a HERNANDO DE JESUS GARCÉS VILLAMIZAR, en calidad de entidad empleadora, una pensión de jubilación a partir del 1° de enero de 1991 (fl. 25); *ii)* que el ISS hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 018988 del 16 de noviembre de 1996 reconoció a

HERNANDO DE JESUS GARCES VILLAMIZAR, en calidad de entidad aseguradora, una pensión de vejez a partir del 4 de enero de 1995, la cual tiene el carácter de compartida con la pensión de jubilación reconocida en el año 1991 (fl. 30); **iii)** que mediante Resolución N° 14641 del 13 de junio de 2002, CAJANAL reconoció una pensión de jubilación a HERNANDO DE JESUS GARCES VILLAMIZAR a partir del 4 de enero de 1990 con efectos fiscales a partir del 26 de enero de 1998 (fl. 32); **iv)** que mediante comunicación remitida a HERNANDO DE JESUS GARCES VILLAMIZAR el día 21 de marzo de 2014, la UGPP le comunicó que a partir la nómina del mes de marzo de ese año se le suspendería el pago de la mesada pensional correspondiente a la pensión de jubilación reconocida por el ISS (fl. 33); **v)** que mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de abril de 2015, dicha Corporación declaró la nulidad de la Resolución N° 14641 del 13 de junio de 2002 y ordenó a la UGPP abstenerse de continuar pagando las mesadas pensionales derivadas de la pensión reconocida mediante dicho acto administrativo y reactivar el pago de la mesada pensional correspondiente a la pensión de jubilación reconocida por el ISS; **vi)** que mediante Resolución RDP 025567 del 23 de junio de 2015 la UGPP dispuso dar cumplimiento a la sentencia referida y ordenó la reactivación de la mesada pensional correspondiente a la pensión de jubilación reconocida por el ISS (fl. 58); **vii)** que HERNANDO DE JESUS GARCES VILLAMIZAR falleció el día 25 de noviembre de 2015 (fl. 21); **viii)** que mediante Resoluciones RDP 418 del 8 de enero de 2016 y 9547 del 1° de marzo de 2016 la UGPP reconoció a ANA MARIA GAITAN DE GARCES pensión de sobrevivientes derivada de la pensión de jubilación que recibía el causante en su condición de cónyuge supérstite (fls. 60 a 63); **ix)** que mediante Resolución GNR 65031 del 29 de febrero de 2016, COLPENSIONES reconoció a ANA MARIA GAITAN la pensión de sobrevivientes derivada de la pensión de vejez de carácter compartido de que

gozaba su cónyuge fallecido (fls. 71 a 74); **x)** que los aquí demandantes fueron reconocidos como herederos y adjudicatarios del causante mediante escritura pública N° 5948 del 30 de diciembre de 2015 de la Notaria Primera del Circulo de Villavicencio (fl. 91); **xi)** que mediante solicitudes presentadas a COLPENSIONES y la UGPP el 16 de febrero de 2016 y el 19 de noviembre de 2016, respectivamente, los demandantes solicitaron a estas entidades el pago del retroactivo pensional adeudado a su padre y esposo (fls. 81 a 84); **xii)** que mediante Resoluciones RDP 048286 del 21 de diciembre de 2016 y RDP 006158 del 20 de febrero de 2017 la UGPP resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 85 a 90).

- Del retroactivo pensional reclamado

Los demandantes solicitan en este proceso el pago de las mesadas pensionales derivadas de la pensión de jubilación reconocida al causante mediante Resolución N° 000943 del 5 de marzo de 1991, que fueron dejadas de cancelar entre marzo de 2014 y junio de 2015. Para resolver lo pertinente, se advierte que en efecto, la UGPP suspendió el pago de las mesadas pensionales a HERNANDO DE JESUS GARCES VILLAMIZAR que le correspondían por la pensión de jubilación reconocida en el acto administrativo referido, pues así se deduce de la comunicación remitida al causante el día 21 de marzo de 2014 (fls. 33 y 34) donde la UGPP le informó dicha situación.

Como se dijo en precedencia, no es objeto de la controversia que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 10 de abril de 2015, declaró la nulidad de la Resolución N° 14641 del 13 de junio de 2002 expedida por CAJANAL, al considerar que las pensiones de jubilación reconocidas a HERNANDO DE JESUS GARCES VILLAMIZAR por el ISS y CAJANAL eran incompatibles porque constituían una doble asignación del tesoro público y por ello

no podía continuar devengando las mesadas pensionales correspondientes a las dos pensiones (fls. 35 a 57).

Ahora bien, de dichas premisas fácticas se deduce que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP decidió, de manera unilateral suspender el pago de la mesada pensional correspondiente al causante y que venía devengando como consecuencia de la pensión de jubilación que en su momento había sido reconocida por el ISS, sin que previo a la suspensión del pago de dicha mesada, hubiera solicitado la nulidad del acto administrativo de contenido particular y concreto que reconoció el derecho a una pensión de jubilación, y sin tener en cuenta que la mesada pensional de dicha prestación era de mayor valor a la reconocida posteriormente por CAJANAL; el mayor valor a cargo de la UGPP por concepto de pensión de jubilación reconocida por el ISS correspondía a la suma de \$7.028.514 (fl. 52, texto de la sentencia del Tribunal Administrativo) y la reconocida por CAJANAL a la suma de \$902.641,17 (fl. 164 vto.) para el año 2014.

Así las cosas, en criterio de la Sala procede el pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir por el causante entre marzo de 2014 y junio de 2015, pues de la certificación de pagos aportada por la demandada UGPP se deduce que a partir del mes de junio del año de 2015, se restableció el pago correspondiente a la pensión de jubilación que en su momento había sido reconocida por el ISS (fl. 174).

Debe precisar el Tribunal al efecto, que si bien procede el pago de los valores dejados de percibir por el causante en las fechas referidas, y aun cuando fue la UGPP quien de manera unilateral suspendió el pago de la mesada pensional reconocida mediante Resolución N° 000943 del 5 de marzo de 1991, antes de solicitar la

nulidad del acto administrativo que había reconocido la prestación de menor valor, se debe autorizar a la UGPP a descontar los valores pagados en dicho lapso en virtud de la pensión reconocida en su momento por CAJANAL y sobre la cual el Tribunal Administrativo decretó la nulidad.

Para responder el argumento de apelación que propone la parte demandante en este punto, debe decir la Sala que si bien la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo decidió no ordenar la devolución de los dineros recibidos de buena fe por el causante (fl. 54), no puede entenderse que éste tenga derecho a recibir el pago de las mesadas de las dos pensiones por este lapso, tanto así que esa misma Corporación al resolver la solicitud de adición de la sentencia presentada por el causante para que se ordenara el pago retroactivo de las mesadas dejadas de percibir por concepto de la pensión de jubilación reconocida por el ISS, dicha solicitud fue resuelta de manera desfavorable (CD. 4 expediente administrativo, archivo 5), y de todas formas en criterio de la Sala tampoco procede dicha solicitud porque vulnera la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política.

Sobre la afirmación de la demandada UGPP referida a que ya realizó el pago de los dineros aquí solicitados en el año 2016, se advierte que en el expediente no aportó prueba alguna de ello y dicha afirmación resulta contradictoria con lo afirmado a lo largo del proceso, donde siempre ha manifestado la improcedencia de dichos pagos.

Tampoco procede ordenar a COLPENSIONES realizar el pago de los valores que a ella le competen por concepto de la pensión de vejez que tiene el carácter de compartida con la de jubilación reconocida por el ISS empleador, pues contrario a lo que afirma la parte demandante en el recurso, dicha entidad mediante Resolución GNR

204440 del 12 de julio de 2016, manifestó expresamente que no suspendió el pago de la pensión de carácter compartido del causante en ningún momento y que la única cesación de pagos se dio por su fallecimiento (CD. 4 expediente administrativo, archivo 29), hecho que además se deduce claramente de las certificaciones de pagos expedidas por esa entidad y obrantes a fls. 177, 178 y 200 vto., donde se observa que el causante si recibió el pago de la mesada pensional en el lapso que aquí se debate.

Finalmente, la Sala revisará las operaciones aritméticas realizadas en primera instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP. Precisando que se tendrá en cuenta la certificación de pagos aportada por la UGPP (fl. 174) donde constan los valores recibidos por el causante durante el lapso que es objeto de controversia en este proceso.

MESADA	VALOR MESADA	VALOR PAGADO POR CAJANAL	SALDO
mar-14	\$6.317.034	\$902.641,17	\$5.414.392,83
abr-14	\$6.317.034	\$902.641,17	\$5.414.392,83
may-14	\$6.317.034	\$1.073.641,17	\$5.243.392,83
jun-14 (2)	\$12.634.068	\$1.805.282,34	\$10.828.785,66
jul-14	\$6.317.034	\$902.641,17	\$5.414.392,83
ago-14	\$6.317.034	\$902.641,17	\$5.414.392,83
sep-14	\$6.317.034	\$902.641,17	\$5.414.392,83
oct-14	\$6.317.034	\$902.641,17	\$5.414.392,83
nov-14	\$6.317.034	\$1.805.282,34	\$4.511.751,66
dic-14 (2)	\$12.634.068	\$902.641,17	\$11.731.426,83
ene-15	\$6.548.238	\$935.677,84	\$5.612.560,16
feb-15	\$6.548.238	\$935.677,84	\$5.612.560,16
mar-15	\$6.548.238	\$935.677,84	\$5.612.560,16
abr-15	\$6.548.238	\$935.677,84	\$5.612.560,16
may-15	\$6.548.238	\$935.677,84	\$5.612.560,16
jun-15	\$13.096.476	\$1.871.355,68	\$11.225.120,32
		TOTAL ADEUDADO	\$104.089.635,08

Del resultado de las operaciones que constan en el cuadro precedente, se advierte que el valor aquí definido es inferior al que tasó el juez de primera instancia y por ello se modificará en lo pertinente la decisión, precisando, que se mantendrá la autorización de descontar el valor correspondiente a las cotizaciones en salud definido en la parte considerativa de dicha decisión, pues sobre este aspecto nada se dijo en el recurso de apelación que presentó la parte demandante y por ello no será objeto de estudio.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

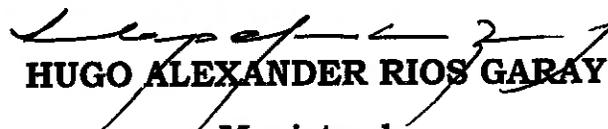
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para definir que el valor que debe pagar la UGPP a los demandantes corresponde a la suma de \$104.089.635,08, de acuerdo con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 32-2017-00337-01


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0047-2021

Radicado N° 35 2017 00539 02

Bogotá veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 21 de mayo de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.; mediante la cual se condenó a la demandada al pago de cesantías y vacaciones.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUIS ORLANDO ORTEGON MEDINA, presentó demanda ordinaria laboral en contra del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 5 de octubre de 1999 y el 31 de agosto de 2016 que finalizó por causa imputable al empleador, que como consecuencia de lo anterior se condena a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, pensión sanción, intereses previstos

en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indemnización por despido injusto, vacaciones y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 5 de octubre de 1999 suscribió un contrato de prestación de servicios con la demandada, que desempeñó el cargo de profesional P-3; que prestaba sus servicios de 8 de la mañana a 1 de la tarde y de 2 a 5 de la tarde; que el contrato referido finalizó el 16 de abril de 2000; que el 2 de febrero de 2001, suscribió un nuevo contrato con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo a solicitud del Fondo Nacional del Ahorro; que dicho contrato finalizó el 31 de julio de 2001; que el 1° de marzo de 2003 suscribió una vez más contrato con dicha Organización y el 3 de marzo de 2004 celebró nuevamente contrato con este. Afirma que, en los contratos celebrados para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, éste actuó como un simple intermediario frente a la verdadera relación laboral existente con el Fondo Nacional del Ahorro.

Aduce que el año 2004 suscribió contrato de prestación de servicios con el Fondo Nacional del Ahorro, y que al finalizar éste continuó suscribiendo contratos de dicha naturaleza de manera sucesiva hasta el 31 de agosto de 2015, fecha en que se celebró el último contrato y que estuvo vigente hasta el 30 de agosto de 2016, fecha en que la demandada decidió terminar la relación sin justa causa alguna, dice que el Fondo demandado nunca canceló el valor de las prestaciones y vacaciones causadas ni realizó los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social; que cuenta con más de 60 años de edad y no cuenta con una pensión de vejez; que el 10 de mayo de 2017, reclamó los derechos debidos a la demandada y ésta mediante comunicación del 6 de julio de 2017, resolvió de manera desfavorable la petición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con los contratos de prestación de servicios y frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de inexistencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, buena fe, compensación, pago de lo no debido y prescripción (fls. 177 a 199).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de mayo de 2019, condenó a la demandada al pago de cesantías y vacaciones. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR al Fondo Nacional Del Ahorro de pagar a favor de Luis Fernando Ortegón Medina los siguientes valores y los siguientes conceptos: 1) por cesantías 44.907.951; 2) por vacaciones 12.945.668. **SEGUNDO: ABSOLVER** al Fondo Nacional Del Ahorro de las demás pretensiones del demandante, según lo indicado en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO:** Se declara probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada. **CUARTO: CONDENAR** en costas a la demandada, señalando las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000”.

El Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Para resolverlo indicó que el actor acreditó haber prestado servicios personales a la demandada mediante contratos de prestación de servicios, dijo además que la demandada no desvirtuó la presunción que pesaba en su contra y por el contrario de las pruebas aportadas se deduce que los servicios prestados por el actor eran subordinados.

Consideró que no es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo único desde el año 1999, pues las pruebas acreditan que la relación laboral estuvo regida por diversos contratos de trabajo así: el primero del 5 de octubre de 1999 al 6 de abril de 2000; el segundo, del 2 de febrero de 2001 al 31 de julio de 2001; el tercero, del 1° de julio de 2004 al 20 de mayo de 2005; el cuarto, del 4 de agosto de 2005 al 6 de mayo de 2010; y el quinto, del 12 de julio de 2010 al 30 de agosto de 2016, dijo que por las interrupciones existentes no es posible declarar la existencia de un contrato único y sobre ésta última es que dictara la condenas, pues sobre las prestaciones causadas por los contratos anteriores operó la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación para que se revoque parcialmente la decisión. Aduce que en el caso bajo estudio debe declararse la existencia de un único contrato vigente entre el 5 de octubre de 1999 y el 30 de agosto de 2016, pues de acuerdo a lo referido por los testigos y lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte, la relación fue continua y si bien la vinculación se dio a través de diversas entidades, lo cierto es que el servicio siempre se prestó al Fondo Nacional del Ahorro, quien utilizaba terceros para contratar su personal, que aun cuando no mediaba contrato alguno el actor prestaba sus servicios a la entidad. Señala además que la entidad demandada omitió afiliar al actor al sistema de seguridad social en pensiones y por ello éste tuvo que asumir el pago de la cotización como trabajador independiente, por lo que debe condenarse a la entidad a pagar la proporción que como empleador le correspondía¹.

¹ "Me permito presentar recurso apelación y sustentarlo si me lo permite, respetuosamente solicito los honorables magistrados del superior del Tribunal Superior Sala Laboral se revoque parcialmente la sentencia proferida por el despacho, en el sentido de reconocer la existencia una continuidad de la relación laboral desde el 5 octubre de 1999 hasta el

Por su parte el apoderado de la **DEMANDADA** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que en el presente asunto lo único que se acreditó es la existencia de diversos contratos de prestación de servicios, pero en manera alguna se probó la existencia de una relación laboral. Dice que para declarar la prescripción se tuvo en cuenta todo el periodo trabajado y no la causación del derecho por cada periodo como correspondía y que de todas formas, no proceden las condenas aquí impuestas en cuanto en la demanda se solicitó aplicación del CST, y éste no es aplicable a los trabajadores oficiales por lo que el juez no podía

extremo de tiempo reconocido por el despacho, 30 de agosto del 2016, toda vez que tal como se desprende del interrogatorio de parte que con la introducción del código general del proceso superó su limitación es de ser conocido como un medio para obtener una confesión sino también para que el juez haga adecuadamente un convencimiento de la realidad y teniendo en cuenta asimismo los testimonios de las personas que participaron en el proceso se da cuenta que el Fondo Nacional del Ahorro a través de las entidades a través de terceros como lo fue el PNUD y otra institución contrató los servicios del señor Luis Orlando Ortega Medina a través de éstos le pagaba una remuneración y asimismo el señor Luis Orlando Ortega Medina contado con una subordinación al Fondo Nacional del Ahorro el despacho en primer instancia señalan que dentro de las principales instrucciones que se dieron en el contrato de trabajo para efectos de demostrar la existencia de cinco relaciones laborales desconoce la relación laboral que se dio desde el 3 de marzo de 2003 hasta el 30 de junio 2004 relación laboral que se dio con la utilización ilícita de un tercero para efectos de una prestación de servicios personales laborales remunerada subordinada que establece tal como se allegó en el libelo introductorio este tipo de relación que obra en el expediente, contrato a través del cual el Fondo Nacional del Ahorro utilizando un tercero para obtener la prestación de servicios subordinados del señor Luis Orlando Ortega Medina y también acudiendo a lo que fue el interrogatorio de parte y los testimonios asimismo cómo se estableció dentro de la demanda existieron los periodos que existió interrupción y tal cómo se solicitó en la demanda cómo se mencione en la audiencia pasada el señor Luis Orlando Ortega Medina aún sin contar con un contrato de prestación de servicios suscrito prestaba los servicios atendiendo a la especial responsabilidad que el señor Luis Orlando Ortega tenía dentro del Fondo Nacional del Ahorro cómo era el suministro de información para efectos de los entes de control específicamente superintendencia financiera de Colombia y para efectos de lo que son las cuestiones presupuestales del Fondo Nacional del Ahorro, esta situación se dio de manera permanente y constante y que eso que más allá de los trámites administrativos que conllevan a una entidad pública que son contratos de prestación de servicios y él tuviera que prestar sus servicios de manera remunerada y subordinada de la existencia de la relación laboral desde el 5 octubre del 1999 hasta el 30 de agosto del 2016 lo que de manera directa impacta en el reconocimiento de las prestaciones sociales de las cesantías y lo relacionado con la seguridad social mencionada por el despacho finalmente en relación con lo definido por el juez de primera instancia en cuanto a la pretensión de seguridad social que está dentro de las pretensiones declarativas y de condena se señala que el Fondo Nacional del Ahorro omitió su deber de afiliación y cotización a seguridad social de pensiones a favor del demandante Luis Orlando Ortega durante la relación laboral situación que durante todo ese tiempo el señor Luis Orlando Ortega tuvo que asumir la cotización como trabajador independiente cotización completa y sin ayuda de su verdadero emperador por lo cual también solicitó la revocatoria de la sentencia en ese sentido y condenar al Fondo Nacional del Ahorro al reconocimiento de lo que le hubiera correspondido cotizar por el señor Luis Orlando, muchas gracias.”

entrar a buscar la normatividad aplicable para los derechos pretendidos y dictar condena sobre algo que no se solicitó.²

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

² "Teniendo en cuenta que los diferentes aspectos que fueron tenidos en cuenta para tomar la determinación, entre ellos encontramos que no se tuvieron en cuenta situaciones o hechos que se pudieron llamar como iniciativas que pero que no correspondieron realmente a una actuación de la administración como puede ser la certificación de la jefe cartera donde se denominaba cargo profesional o dentro del periodo laborado, lo cual ningún momento podría ser tomado como tal ya que ella no puede o esta persona no puede cumplir las funciones de emitir este tipo de certificaciones que dieran una responsabilidad a la entidad Fondo Nacional del Ahorro, en estos casos como lógicamente sucede, las entidades del Estado existen no solamente personal determinado y el pertinente en emitir este tipo de comunicaciones y por consiguiente en este caso se estaría tomando como una evidencia directamente personal y responsabilidad de la persona que lo emite, ahora bien no se tuvo en cuenta por el despacho que los contratos no se solicitan a la entidad PNUD directamente por el Fondo Nacional del Ahorro, el Fondo Nacional del Ahorro lo que solicita una existencia para el desarrollo de una actividad determinada en este caso no sé o no sé le dijo en ningún momento a la entidad que se solicita de la persona específica para que fuera contratado por este sistema al Fondo Nacional del Ahorro, también igualmente los periodos en que elaboró también no se toma en cuenta los periodos sobre todo en el último periodo lo que fue creado por el despacho no se tiene en cuenta realmente el término de prescripción con respecto a los tres años a la reclamación administrativa sino que se tiene en cuenta todo el período que se pretende causar como laborado para la entidad como trabajador de la misma, ahora bien nos vamos directamente al hecho de los permisos que también fueron tenidos en cuenta como una facultad del jefe inmediato de la persona con la cual desarrolla la actividad igualmente y es necesario resaltar que si bien es cierto existen o existieron oficios o permisos que fueron otorgados por esa persona lo hicieron de manera particular y personal ya que no es la persona autorizada para otorgar los mismos aquí el demandante ahora viene es muy claro y se demuestra lo mismo libelo los contratos que la función que desempeña el señor Luis Fernando Ortega era una función tan especial que entre los últimos contratos se le pedía lógicamente que tenía que transmitir el conocimiento sobre los hechos de él que él llevaba en su labor a terceras personas es que indica claramente que hay una ausencia de la entidad de este tipo de personal que desarrollará esta actividad especial que tenía el en los contratos de prestación de servicios, por consiguiente es evidente dentro de las pruebas que se demuestran en el proceso que no solamente era el contrato de prestación de servicios de un contrato civil de destino, de estos contratos se desprende que eran contratos de tal sentido que sólo se puede dar o ser desarrollado por él este tipo de información que debía transmitir a las entidades de control como bien quedó plasmado en las declaraciones ahora bien en las declaraciones también deben ser tenidos en cuenta también esos terceros esos que eran que vinieron a confrontar esta labor que ellos vinieron a confrontar cuando ni siquiera ellos trabajan en la misma dependencia en la que está radicado que laboraba el señor Luis Ortega por consiguiente lógicamente no debió haber sido tenido en cuenta esta declaración al no tenerlos como unos hechos fehacientes de que tenía un horario específico y que desempeñaba funciones similares a funcionarios del área respectiva, pero bien igualmente insisto en los contratos de prestación de servicios es claro el Fondo Nacional del Ahorro que la función que desempeña fue una función especial y que realmente la tenía él en ese momento y no la tenía otro funcionario la entidad, ahora bien con respecto a lo pedido a la demanda va dirigido única y exclusivamente al régimen individual del trabajo y como también bien lo pronunció y luego el despacho en ese caso nos deberíamos dirigir únicamente a este de hecho el que reflejaría que no había cómo concatenar lo que se solicita en la demanda con la decisión judicial teniendo en cuenta que no podemos irnos hasta el régimen del empleado oficial para tomar una conclusión y tomar unas cesantías tomar unas vacaciones o liquidaciones de las que emanan teniendo en cuenta que en ningún momento fueron solicitadas en la demanda en estos términos su señoría y ampliando ante el Tribunal las objeciones que tengo sobre decisión judicial planteo la apelación ante su despacho".

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó sus alegaciones y al efecto solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso. Agregó que debe ordenarse el reconocimiento de la pensión sanción y el pago de los aportes a una Caja de Compensación familiar.

El apoderado de la entidad demandada solicitó en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si entre el demandante y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se ejecutó una relación laboral dentro de los extremos solicitados, establecer si operó la excepción de prescripción y si hay lugar a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes a pensión.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia: **i)** que el demandante suscribió de manera interrumpida diversos contratos de prestación de servicios con la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO entre el 1° de julio de 2004 y el 30 de agosto de 2016 (fls. 32 a 79); **ii)** y que el día 10 de mayo de

2017, el demandante presentó ante el Fondo demandado reclamación administrativa (fls. 157 a 169).

- **Sobre la existencia del contrato de trabajo**

Para resolver la controversia conviene precisar que conforme el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios son aquellos que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo se podrán celebrar con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. La sentencia C-154 de 1997, estudió la constitucionalidad de la citada norma y señaló que estos contratos se caracterizan porque la prestación de servicios es para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, cuentan con autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico y su vigencia es temporal.

Por su parte, el art. 2° del Decreto 2127 de 1945 -norma propia de los trabajadores oficiales-, dispone la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos, a saber: a.) La actividad personal del trabajador; b.) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional; y c.) El salario como retribución del servicio.

Así mismo, el artículo 3° *ibídem* prescribe que, reunidos los elementos referidos, el contrato de trabajo no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni por las condiciones particulares que le asigne el empleador, como la forma de pago o duración, ni de cualquier otra circunstancia. El artículo 20 de la misma norma, dispone que entre quien se presta cualquier servicio personal y

quien se beneficie de éste, se presume la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo a éste último desvirtuar dicha presunción legal.

Conforme a lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que no fue objeto de la controversia la prestación personal del servicio del demandante al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, la cual se acredita con los diferentes contratos de prestación de servicios allegados al proceso en folios 32 a 79. Según dichos documentos el demandante cumplía funciones de apoyo al área financiera, sin que la convocada a juicio desvirtuara la presunción legal que pesa en su contra. Al efecto, ninguna prueba documental o testimonial fue aportada por la entidad y nada relevante a este punto se extrae del interrogatorio de parte rendido por la demandante (CD. 3 min. 9:30). El argumento de defensa siempre estuvo dirigido a que la relación entre las partes se ejecutó por los diversos contratos de prestación de servicios, forma de contratación que es legal dados los conocimientos específicos por los cuales fue contratado el actor, además que la labor o funciones por él desempeñadas no eran realizadas por otros trabajadores de planta. Nada pertinente a desvirtuar la subordinación se dijo ni se probó.

Por el contrario del dicho de los testigos WILLIAM GONZALEZ QUINTANA (CD. 3 min. 24:12) y EDGAR RUIZ PERTUZ (CD. 3 min. 46:28) se evidencia que la prestación del servicio del demandante estuvo marcada por la subordinación, pues dichas personas fueron coincidentes en afirmar que trabajaban como trabajadores de planta de la entidad demandada y desempeñaban sus funciones en la misma área del demandante entre los años 2000 y 2016, dijeron que el demandante estuvo en el área de informática y financiera, que estaban ubicados en la misma oficina y que el actor manejaba unas bases de datos de la entidad y realizaba los cierres financieros mensuales y anuales; que dependía del jefe del área de sistemas, financiera y de cartera; que debía cumplir horario de 8 de la mañana

a 5 de la tarde de lunes a viernes; que tenían una ruta de la entidad que los llevaba y traía; que ellos eran compañeros de ruta del actor; que no había diferencia entre los contratistas y trabajadores de planta, pues todos debían justificar sus ausencias, cumplir horario, desempeñar funciones con los implementos que proporcionaba la entidad y acatar órdenes.

De lo anterior se deduce que la actividad que desarrolló el demandante estuvo sujeta al horario que le asignó la demandada, desempeñaba funciones en el área financiera y de informática de la entidad, donde también habían trabajadores de planta y con los elementos de trabajo que le entregaba el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, además, de que la actividad la ejecutó por varios años (entre el año 2000 y 2016), lo que descarta la temporalidad que menciona el art. 32 de la Ley 80 de 1993, pues a pesar de que esta norma permite la celebración de contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, solo es posible «por el término estrictamente indispensable». Ver sentencia SL981-2019.

Así las cosas, en aplicación del artículo 53 Constitucional que dispone la primacía de la realidad sobre las formalidades se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la existencia de una relación laboral.

Para establecer los extremos en que se ejecutó dicha relación laboral y que fue objeto de recurso por la parte demandante, la Sala se remite a los contratos de prestación de servicios aportados en folios 32 a 79, de los cuales se deduce que esta relación estuvo regida por dos contratos de trabajo así: **i)** el primero del 1° de julio de 2004 al 20 de mayo de 2005 (fls. 32 a 36); y **ii)** el segundo del 4 de agosto de 2005 al 30 de agosto de 2016 (fls. 37 a 73). Precisa la

Sala sobre este punto, que si bien existieron interrupciones cortas (entre 3 y 7 días) en la suscripción de uno y otro contrato, de dichos lapsos cortos no se desfigura la continuidad de la prestación del servicio, pues además de que los testigos manifestaron que la prestación fue continua porque veían a diario al demandante, así lo ha aceptado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias de radicado 36897 del 7 julio de 2010, SL8936-2015 y SL297-2018.

No ocurre lo mismo con la interrupción que se dio entre el 21 de mayo de 2005 y el 3 de agosto de 2005, pues para tener en cuenta dichos lapsos se ha debido probar de manera cierta y clara la prestación del servicio, sin que resulte válido el argumento esgrimido por el apoderado de la parte demandante en el sentido de que dichas interrupciones no ocurrieron por culpa del actor, sino por los trámites que la entidad imponía previa celebración de los contratos, pues lo que da derecho al pago de los salarios y prestaciones es precisamente la prestación del servicio, hecho que está claro no ocurrió en el presente asunto durante los lapsos referidos.

Así las cosas, se modificará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la existencia de varios contratos de trabajo sin tener en cuenta que el último de ellos, estuvo vigente entre el 4 de agosto de 2005 y el 30 de agosto de 2016 y no desde el 12 de julio de 2010 hasta el 30 de agosto de 2016, pues omitió valorar el *Otro Sí* al Contrato Estatal 165 de 2009 aportado en folio 53, del cual se deduce claramente que la prestación de servicios que finalizaba el 6 de mayo de 2010 se prorrogó hasta el 6 de julio de 2010 y por ello no ocurrió la interrupción que declaró. Por ello, se modificará la sentencia en este punto como se dijo, y se dictaran las condenas como corresponde teniendo en cuenta el extremo laboral aquí definido.

Ahora bien, frente a los contratos definidos por el juez entre el 5 de octubre de 1999 y el 16 de abril de 2000, la única prueba de la prestación del servicio sobre este lapso es la certificación de folio 27 expedida por SERO Servicios Ocasionales, donde consta que el actor tenía un contrato por obra o labor con ésta última y finalizaba el 16 de abril de 2000, sin que se deduzca de dicho documento la fecha de inicio de la relación y que de todas formas excluye la inclusión de este lapso como servicio prestado al Fondo Nacional del Ahorro, pues nada se deduce al efecto de este documento.

Sobre el contrato que el Juez declaró entre el 2 de febrero de 2001 y el 31 de julio de 2001, lo único que encuentra la Sala sobre este lapso, son los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante con el PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (fls. 28 a 31), documentos de los cuales no puede deducirse una relación laboral con el Fondo Nacional del Ahorro, pues aun cuando en ellos se refiere que los servicios se prestaron a esta entidad, las condiciones, pago de honorarios y demás características del contrato fueron definidas por un tercero y por ello dicho lapso no se incluyó en el estudio realizado en precedencia.

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que el juez omitió definir en la parte resolutive los extremos temporales de la relación laboral, para dar mayor claridad a la decisión la Sala adicionará la sentencia de primera instancia y declarará la existencia de los contratos de trabajo en los extremos aquí definidos.

- **Excepción de Prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, disponen que las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben transcurridos tres (3) años desde su exigibilidad, exceptuando el auxilio de cesantías, el cual se puede exigir a la fecha de terminación del

contrato de trabajo, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -Sentencia SL16528-2016.

Ahora bien, tratándose de las vacaciones, el artículo 45 del Decreto 1848 de 1969, indica que *causado el derecho a las vacaciones, deben concederse dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho*, lo que indica que una vez causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas, y luego, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, momento a partir del cual *«comenzará a correr el término de prescripción de las mismas»* (art. 46 D. 1848 de 1969), el cual es de 3 años (art. 10 D.L. 3135/1968).

Así las cosas, y dado que el demandante presentó reclamación a la entidad el día 10 de mayo de 2017 (fls. 157 a 169), las vacaciones causadas con anterioridad al 10 de mayo de 2013, se encuentran prescritas, tal como lo definió la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente será confirmada.

Agotado el estudio de la prescripción y teniendo en cuenta que esta excepción no operó frente a las cesantías causadas por el demandante durante la vigencia del último contrato de trabajo, pasa la Sala a realizar las operaciones pertinentes para definir el valor de esta prestación entre el 4 de agosto de 2005 y el 30 de agosto de 2016, pues como se dijo en precedencia el juez de primera instancia solo tuvo en cuenta desde el 12 de julio de 2010 hasta el 30 de agosto de 2016.

- **Cesantías**

Sobre esta prestación procede su pago, pues según lo dispone el artículo 17 de la ley 6 de 1945, los empleados y obreros nacionales de carácter permanente tienen derecho a esta prestación. Para su

liquidación la Sala tendrá en cuenta los salarios acreditados en los contratos de prestación de servicios que obran en folios 37 a 73.

AÑO	DIAS	SALARIO	CESANTÍA
2005	147	\$ 6.500.000	\$ 2.654.166
2006	360	\$ 3.900.000	\$ 3.900.000
2007	360	\$ 5.100.000	\$ 5.100.000
2008	360	\$ 5.737.500	\$ 5.737.500
2009	360	\$ 6.160.000	\$ 6.160.000
2010	360	\$ 6.283.200	\$ 6.283.200
2011	360	\$ 6.283.200	\$ 6.283.200
2012	360	\$ 7.163.400	\$ 7.163.400
2013	360	\$ 7.308.150	\$ 7.308.150
2014	360	\$ 7.527.416	\$ 7.527.416
2015	360	\$ 8.216.175	\$ 8.216.175
2016	240	\$ 8.216.175	\$ 5.477.450
		TOTAL	\$ 71.810.657

De acuerdo a las operaciones que preceden, se modificará la sentencia de primera instancia y en su lugar se condenará a la demandada al pago de \$71.810.657 por concepto de cesantías.

- Devolución de valores pagados por concepto de aportes a pensión

Frente a la devolución de lo pagado por concepto de aportes a pensión en la proporción que correspondía al empleador, precisa la Sala que si bien éstos se encuentran establecidos como obligación en los contratos de prestación de servicios que suscribió el actor, lo cierto es que para que proceda la condena deprecada debía acreditarse de manera clara y específica los valores pagados por dicho concepto, como no se cumplió con dicha obligación se deberá negar esta pretensión.

Sobre el reconocimiento de la pensión sanción a que se refiere el apoderado de la parte demandante en sus alegaciones, la Sala se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno teniendo en cuenta que dicha pretensión no fue objeto del recurso interpuesto, misma

razón por la que no se estudiará el valor definido por concepto de vacaciones en primera instancia, pues este aspecto no fue objeto de controversia en esta instancia.

Finalmente y para responder el argumento de apelación propuesto por la parte demandada, referido a que no proceden las condenas impuestas porque se solicitaron con fundamento en lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, la Sala dirá que la formalidad relacionada con el fundamento de derecho en que se pide una condena, no es razón para que el juez niegue un derecho y dicte la condena como corresponde, aplicando la regulación que al efecto proceda al caso bajo estudio.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para declarar que entre el demandante LUIS ORLANDO ORTEGON MEDINA y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO existieron dos contratos de trabajo en los siguientes extremos temporales: **i)** del 1° de julio de 2004 al 20 de mayo de 2005; y **ii)** del 4 de agosto de 2005 al 30 de agosto de 2016, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR el literal primero del numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia para definir que el valor que debe pagar el FONDO NACIONAL DEL AHORRO al demandante por concepto de cesantías, corresponde a la suma de \$71.810.657, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0035-2021

Radicado N° 36-2013-00269-02

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación del demandante **EFRAÍN ANTONIO PAREJA GONZÁLEZ** y de la demandada **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.**, en contra de la sentencia proferida el 17 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., la cual declaró que entre el demandante y **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** existieron 3 contratos de trabajo, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria, declaró la responsabilidad solidaria de **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.** en las condenas del empleador, condenó a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** como llamada en garantía al pago de las condenas que eventualmente asuma la responsable solidaria salvo vacaciones, absolvió a la **NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE** y a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** de todas las pretensiones y condenó en costas al empleador y a la responsable solidaria (fl. 916, 01:21:01 cd fl. 915).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 62 a 81).**

EFRAÍN ANTONIO PAREJA GONZÁLEZ solicitó declarar la existencia de 3 contratos de trabajo con **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.**, en consecuencia, condenar al empleador y solidariamente a las demás demandadas al pago de los salarios adeudados del 1° al 15 de marzo de 2011 y octubre de 2011; prestaciones sociales y vacaciones causadas en los siguientes periodos: 18 de septiembre de 2009 al 14 de marzo de 2011; 24 de mayo de 2011 al 26 de agosto de 2011; 1° de septiembre de 2011 al 28 de octubre de 2011; indemnización moratoria, indemnización por despido, aportes a pensión, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico aseguró que celebró con **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** un contrato de trabajo a término fijo por 6 meses entre el 18 de septiembre de 2009 al 14 de marzo de 2011, como *operador de finisher*, recibiendo un salario básico de \$1.200.000 y promedio de \$1.500.000; y que se adeudan las cesantías, intereses a la cesantía y aportes de 2011, la prima de servicios y vacaciones por todo el tiempo laborado y el sueldo de marzo de 2011. Posteriormente, celebró un segundo contrato de trabajo por obra o labor determinada del 24 de mayo de 2011 al 26 de agosto de 2011, para desempeñar el mismo cargo y recibiendo igual salario básico y promedio, sin que el empleador pagara las prestaciones sociales y vacaciones. Finalmente, celebró un tercer contrato de trabajo a término indefinido del 1° de septiembre de 2011 al 28 de octubre de 2011, siendo su salario básico de \$1.300.000 y su cargo *coordinador de equipos y operador vibrocompactador*, relación de la cual le deben las prestaciones sociales y vacaciones y el sueldo de octubre de 2011. Señaló que prestó sus servicios en la construcción de la segunda calzada carretera Cartagena-Turbaco-Arjona, con una jornada laboral flexible de 48 horas, relaciones que finalizaron cuando el empleador dejó de contestar llamadas y abandonó al trabajador. Indicó que la **NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE**, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.**

son responsables solidarios de sus acreencias laborales porque subcontrataron al empleador y se beneficiario de la obra.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE** se opuso a las pretensiones en su contra. No aceptó ningún hecho. Indicó que no tuvo relación directa o indirecta con el demandante; que no hace parte de sus funciones la contratación o construcción de obras viales conforme el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 087 de 2011. Interpuso las excepciones de inexistencia de relación contractual entre el demandante y el Ministerio de Transporte, inexistencia de solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica (fl. 100 a 116).

La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que es una agencia nacional estatal del sector descentralizado nacional de la Rama Ejecutiva, cuyo objeto no es ejecutar obra pública sino planear, coordinar, contratar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de asociación público privada para diseñar, construir, mantener, operar o explotar infraestructura pública de transporte, por lo cual no se benefició de la presunta labor del demandante; que el 22 de agosto de 2007, se suscribió el contrato de concesión 008 de 2007 con **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.**, quien se obligó a la ejecución completa para la construcción y mantenimiento de la concesión vial ruta caribe, siendo el concesionario el único beneficiario del eventual servicio del demandante y quien asumió por su cuenta y riesgo todos los asuntos derivados al personal necesario para ejecutar el contrato, entre ellos el pago de las acreencias laborales de sus trabajadores directos y de sus subcontratistas. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligaciones laborales a su cargo e improcedencia de la solidaridad patronal y cobro de lo no debido (fl. 135 a 143).

GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los siguientes hechos: la existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 18 de septiembre de 2009 al 14 de marzo de 2011; un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 24 de mayo de 2011 al 26 de agosto de 2011 y de un contrato de trabajo a término indefinido del 1º de septiembre de 2011 al 28 de octubre de 2011. Indicó que siempre actuó de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones patronales; sin embargo, tuvo problemas financieros y fue ordenada su reorganización mediante auto del 23 de abril de 2013 de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA y cualquier eventual deuda a favor del trabajador fue reconocida en la calificación y graduación de créditos. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y las que resulten probadas (fl. 170 a 199).

AUTOPISTAS DEL SOL S.A. se opuso a las pretensiones en su contra. No aceptó ningún hecho. Afirmó que la demandada **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** nunca fue su contratista, ya que solo tuvo relación con el CONSORCIO LA CORDIALIDAD, del cual desconoce su composición, asegurando que nunca suministró ninguna herramienta al demandante ni se benefició del servicio. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, ausencia de solidaridad, inexistencia de nexo causal entre el trabajo que se demanda y la sociedad, inexistencia de vínculo entre mi representada y el demandante y prescripción (fl. 346 a 359).

AUTOPISTAS DEL SOL S.A. efectuó el llamamiento en garantía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** alegando la póliza de seguro de cumplimiento 14-15-101010746 del 03 de agosto de 2010 que cubre el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales (fl. 365 a 370), solicitud que se aceptó en auto del 05 de junio de 2014 (fl. 442).

SEGUROS DEL ESTADO S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda. No aceptó ningún hecho. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación del asegurado/beneficiario por no probarse incumplimiento de **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** e imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de sanción laboral. De otra parte, se opuso al llamamiento en garantía, Aceptó los hechos relativos a la existencia de la póliza 14-15-101010746. Indicó que el seguro no cubre vacaciones, indemnización moratoria y por no consignación de cesantías, aportes, derechos colectivos y primas extralegales y que no está probado que el servicio del demandante fueran en la ejecución de la orden de servicios 28 del 25 de marzo de 2009, que la vigencia de cobertura fue el 03 de agosto de 2010 y la falta de cobertura de obligaciones del asegurado como empleador directo. Interpuso las excepciones de ausencia de cobertura de la póliza por ocurrencia del siniestro fuera de su vigencia, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza, imposibilidad de afectar la póliza por la indemnización moratoria y por no consignación de cesantías, inexistencia de obligación por relación directa entre asegurado y demandante, compensación, límite de responsabilidad y la genérica (fl. 469 a 467 a 475).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 916, 01:21:01 cd fl. 915).

El 17 de junio de 2019, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(...) PRIMERO: DECLARAR que entre el señor EFRAÍN PAREJA GONZÁLEZ y la empresa GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. existieron tres contratos de trabajo los cuales se desarrollaron del 18 de septiembre del 2009 al 24 de marzo del 2011, del 24 de mayo al 24 de mayo del 2011 y del 1º de septiembre al 28 de septiembre del 2011, el primero a término fijo, el segundo por obra o labor contratada y el tercero a término indefinido. SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción. TERCERO: CONDENAR a GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. a pagar al actor los siguientes conceptos por el primer contrato: a) \$258.059 por cesantías,

b) \$6.365 por intereses de cesantías, c) \$258.060 por prima de servicios, d) \$1.010.321 por vacaciones compensadas en dinero, e) \$7.314.953 por indemnización moratoria. **CUARTO: DECLARAR** que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. es solidariamente responsable respecto de las condenas impuestas a GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. en el numeral anterior de la presente sentencia. **QUINTO: CONDENAR** a SEGUROS DEL ESTADO S.A. a pagar como llamada en garantía las condenas que eventualmente deba asumir AUTOPISTAS DEL SOL S.A. mencionadas el numeral anterior, con excepción de la correspondiente a la compensación de las vacaciones. **SEXTO: CONDENAR** a GERENCIA DE CONTRATOS S.A. a pagar al actor los siguientes conceptos por el segundo contrato: a) \$432.708 por cesantías, b) \$13.414 por intereses a las cesantías, c) \$292.708 por prima de servicios, d) \$216.354 por vacaciones compensadas en dinero y e) \$3.461.666 por indemnización moratoria. **SÉPTIMO: CONDENAR** a GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES a pagar al demandante por el tercer contrato: a) \$998.934 por salarios adeudados, b) \$313.377 por cesantías, c) \$3.059 por intereses a las cesantías con sanción, d) \$313.777 por prima de servicios, e) \$156.688 por vacaciones compensadas en dinero, f) \$34.557.712 por indemnización moratoria, g) \$1.500.000 por indemnización por despido sin justa causa. **OCTAVO: ABSOLVER** a la NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE y a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA de todas las pretensiones formuladas en su contra. **NOVENO: CONDENAR** en costas a GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. y AUTOPISTAS DEL SOL S.A. Liquidese con la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho. (...)"

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer el monto del salario y si se adeudan saldos por salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes, indemnización por despido y moratoria y demás pretensiones y definir la procedencia de la responsabilidad solidaria alegada.

Para resolver indicó que **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** aceptó la existencia de 3 contratos de trabajo con el demandante, independientes entre sí, además, se acreditó que el salario en cada relación fue variable conforme con la liquidación final de cada contrato. Declaró la prescripción de los intereses a las cesantías y vacaciones anteriores al 29 de abril de 2010, por cuanto no se acredita que el empleador hubiera recibido la reclamación aportada al expediente. Condenó al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones en las sumas indicadas en las liquidaciones

finales de cada contrato al no existir prueba de su pago. Condenó al pago de la indemnización moratoria derivada de cada relación laboral porque en 2011, el empleador no se encontraba en ninguna situación especial, sin embargo, limitó su cuantificación hasta la fecha de apertura del proceso de reorganización y evitando la duplicidad de sanciones. Condenó a la indemnización por despido por la última relación. No condenó al pago de aportes porque se acreditó su pago a la AFP COLFONDOS. No condenó a la responsabilidad solidaria por el segundo y tercer contrato porque el sitio de trabajo era diferente al de la obra alegada por el demandante, condenó a **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.** por cuanto el demandante laboró en la construcción del tramo vial que dicha sociedad encargó al CONSORCIO LA CORDIALIDAD, del cual hacía parte la sociedad empleadora y absolvió de dicha suplica a las otras demandadas. Condenó a la llamada en garantía al reembolso de los valores que llegue a efectuar la responsable solidaria salvo vacaciones.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El demandante **EFRAÍN ANTONIO PAREJA GONZÁLEZ** solicitó declarar la responsabilidad solidaria de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** respecto de las condenas impuestas por el primer contrato de trabajo que existió entre el demandante y **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.**, por cuanto la Agencia delegó el servicio público y la realización de la obra pública en la concesionaria, prestando el demandante su servicio para el desarrollo de la infraestructura vial nacional. De otra parte solicitó revocar la prescripción, por cuanto las reclamaciones y guías aportadas permite conocer la fecha del envío y sus destinatarios, por lo cual si se interrumpió la prescripción, más aún si se aplica el artículo 2540 CC¹ (01:26:10 cd fl. 915).

¹ Gracias su Señoría. Encontrándome dentro de la oportunidad procesal interpongo recurso de apelación contra la sentencia que fue proferida. En primera medida, el recurso de apelación es para que se revoque parcialmente la sentencia en cuanto al numeral noveno, que absolvió a la ANI de cualquier solidaridad respecto de las pretensiones de la demanda, en ese sentido disiente la apoderada respecto de esa determinación del despacho de absolver a la ANI de la solidaridad deprecada única y exclusivamente respecto del primer contrato, como ha sido objeto declaración por este Despacho, por cuanto debe señalarse que de conformidad con el artículo 34 CST, para

La demandada **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.** solicitó revocar la responsabilidad solidaria decretada, por cuanto no se acreditó que el demandante hubiera prestado su servicio personal en la construcción de la segunda calzada de la vía Turbaco – Arjona en el departamento de Bolívar, que fue el objeto contratado con el **CONSORCIO LA CORDIALIDAD**, por lo cual no hay prueba de que hubiera sido en su beneficio. De otra parte, sin implicar aceptación alguna, indicó que al presentarse la demanda luego de 2 años de terminado el primer contrato, de imponerse la sanción moratoria la misma solo lo es por los intereses causados. Finalmente alegó que la cuantía de las costas fue extremadamente alta² (01:32:02 cd fl. 915).

identificar el beneficiario o dueño de la obra basta con remitirse al contrato de concesión para destacar que tanto la ANI como AUTOPISTAS DEL SOL puede considerarse beneficiarios de la obra, siendo la ANI dueña de la obra puesto que un contrato de concesión es aquel por el cual una entidad del Estado obligada en la prestación de servicio público, en uso de la facultad de delegación, confía tal ejecución a un particular denominado concesionario, bien sea de manera total o parcial, por una contraprestación monetaria por dicho servicio, en virtud de la cual asume la calidad de colaborador de la administración en el cumplimiento de fines estatales, para la continua y eficiente prestación de dicho público encomendado o la ejecución de obras públicas, precisamente, lo que da lugar a la responsabilidad solidaria reclamada es como se dijo el objeto de la ANI conforme el Decreto 4165 del 2011, el objeto de la sociedad AUTOPISTAS DEL SOL y de la sociedad GERENCIA DE CONTRATOS, por cuanto no son extraños entre sí al estar todos relacionados con la infraestructura vial, en otras palabras, como los servicios y actividades desempeñadas por el contratista independiente AUTOPISTAS DEL SOL así como la subcontratada GERENCIA DE CONTRATOS pretendían cubrir las necesidades inherentes para el desarrollo de la infraestructura vial del territorio nacional no pueden entonces considerarse como extrañas entre sí y por lo mismo debe activarse la responsabilidad solidaria a la que se ha hecho referencia desde el comienzo del proceso, por lo anterior solicito, como ya fue señalado, se revoque parcialmente la sentencia en cuanto al numeral tercero para que en su lugar se condene a la ANI solidariamente al reconocimiento y pago de las acreencias laborales e indemnización moratoria condenada en cuanto al primer contrato de trabajo que existió con mi poderdante. Como segundo y último punto de alzada, recae sobre el numeral segundo de la sentencia, por medio del cual declara probada parcialmente la excepción de prescripción, atendiendo a las siguientes consideraciones. Dentro del proceso obran las reclamaciones enviadas tanto a GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES como empleador directo, AUTOPISTAS DEL SOL como fue demandado en solidaridad, a la ANI y al MINISTERIO DE TRANSPORTE, si se puede evidenciar de las guías de envío que no encontró suficiente prueba el Despacho que en las mismas se señala claramente la dirección y quién debe recepcionar dicha reclamaciones, también se señala la fecha del envío y se acredita pues que se envió por parte del apoderado principal doctor GERMÁN GARCÍA GARCÍA, en este aspecto también déjese ver honorables magistrados que las reclamaciones datan de fecha 11 de agosto del 2012, las que fueron radicadas ante la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y ante el MINISTERIO DE TRANSPORTE y las guías de envío con las que se remitió las reclamaciones a GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES y AUTOPISTAS DEL SOL datan de la misma fecha, luego entonces en los términos del artículo 489 CST si se acreditó la interrupción de la prescripción en los términos referidos. Sumado lo anterior solicito se tenga en cuenta que interrumpida la prescripción en contra de uno de los demandados solidarios, esta interrupción le favorece o le perjudica a todos los demandados solidariamente en los términos del artículo 2540 CC, normatividad aplicable por remisión analógica. En los anteriores términos solicitó se revoque el número del segundo en cuanto declaró probada la excepción de prescripción, por cuanto como ya fue señalado se acreditó con las reclamaciones, guías de envío y radicados ante ANI y MINISTERIO DE TRANSPORTE la fecha en la cual se interrumpió dicho fenómeno prescriptivo, por lo cual no dio debió declararse probado dicho medio exceptivo. En los anteriores términos dejó sustentado recurso de alzada.

² Muchas gracias. En la calidad de apoderada de AUTOPISTAS DEL SOL a presentar recurso de apelación contra la sentencia anteriormente proferida en los siguientes términos. Como primera medida, su señoría, a mi representada se llama a este proceso como solidaria de las prestaciones sociales y de todas las acreencias laborales que pudieron surgir de lo adeudado por el empleador

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.** reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación y solicitó revocar la responsabilidad solidaria y, de forma subsidiaria, solicitó que se impartiera condena en su contra se mantenga la responsabilidad de la llamada en garantía. Agotado el término de traslado, las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

del demandante hacia el demandante por los contratos que se ha referido su señoría. Cómo se advirtió en el hecho 43 de la demanda, el demandante señala que prestó sus servicios en el departamento de Bolívar en la construcción de la segunda calzada de la vía Turbaco Arjona, pero este hecho por sí solo no es suficiente o está afirmación de por sí sola no es suficiente para establecer una relación de causalidad, en los términos del artículo 34, con respecto de la actividad relacionada desarrollada por el trabajador y la obra o servicio que cumplió el contratista independiente GERENCIA DE CONTRATOS como empresa que perteneció al CONSORCIO LA CORDIALIDAD, pues bien su señoría, al analizar la documental del primer contrato, que está referido del 18 de septiembre del 2009 al 14 de septiembre de 2011, en el que se establece el cargo de operador finisher, se establece también como lugar de prestación de servicios los departamentos de Bolívar y Atlántico, lo cual indica que es un espacio geográfico muchísimo más amplio al cual se refiere el contrato entre AUTOPISTAS DEL SOL y la CORDIALIDAD, que hace referencia a un punto específico que va ya señalado en el tramo Turbaco Arjona Cartagena, todos estos ubicados en el departamento de Bolívar, así lo expuso la demandada empleadora miembro del consorcio contratista en la contestación de la demanda y como es sabido que en los consorcios cada persona natural y jurídica que lo integra aportan cada uno fuerzas o recursos humanos para la ejecución de la respectiva obra o servicio, no se puede establecer fehacientemente que se haya realizado una actividad en beneficio de mi representada exclusivamente por parte del demandante dentro del de la obra contratada por mi representada, esto es, el tramo Turbaco Arjona Cartagena, por lo que no se puede deducir, de manera automática, la solidaridad que ha señalado el juzgado. Además de también fundamentamos en lo señalado en nuestros alegatos de conclusión. Ahora bien, en caso de que el Tribunal, aunque lo consideramos remoto, considere que es como lo señala su señoría de que existe una solidaridad y sin que implique reconocimiento por parte de esta defensa, debemos tener en cuenta que primero se está señalando que esa solidaridad se está señalando únicamente por primer contrato, el cual tuvo finalización el 14 de marzo del 2011, al revisar cómo aplicó su señoría la indemnización moratoria del artículo 65 CST, vemos que no se tuvo en cuenta, primero, que el salarial del demandante era superior al salario mínimo, por lo cual se dio presentar la demanda para que operará el salario moratorio de un día de salario por cada día retraso como aplicó señoría dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo contractual, sin embargo, en este caso tal y como lo señala su señoría, la demanda fue presentada en fecha 29 abril del 2013 y no se tuvo en cuenta que ya había superado el término los dos años, por lo cual sólo se debió aplicar los intereses moratorios correspondientes al cálculo de prestaciones laborales que adeuda el empleador, en esta medida y reitero sin que hagamos un reconocimiento a la solidaridad que fue señalada por el despacho, consideramos que no se aplicó correctamente la sanción del artículo 65 y se debió exonerar a un día de salario por cada día retardo hasta la fecha que fue señalada por su despacho, que fue la finalización del último contrato, no se vio aplicar esto dado que no se presentó la demanda dentro de los dos años siguientes a la finalización del vínculo contractual del primer contrato. Finalmente su señoría y con respecto a las costas que fueron señaladas por el despacho y deteniendo a lo estipulado por el Código General Del Proceso, también realizamos reparo en el sentido que la cuantía fue extremadamente alta, dado que la sentencia no condenó totalmente las pretensiones que planteó la parte demandante y siendo que hay una condena parcial, debió reducirse el monto de las costas, adicionalmente su señoría, cómo está siendo condenado mi representada en costas, debido establecerse un porcentaje inferior con respecto a mi representada por efectos de que no se realizó condena total de la cuantía. En los anteriores términos dejo presentado y sustentado mi recurso apelación. Muchísimas gracias señoría.

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la procedencia de declarar la responsabilidad solidaria de las demandadas **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.** en el pago de las acreencias laborales derivadas del primer contrato de trabajo suscrito entre el demandante y **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.**, así como la viabilidad de revocar la prescripción y la condena al pago de la indemnización moratoria en los términos señalados en la sentencia de primera instancia, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* entre el demandante **EFRAÍN ANTONIO PAREJA GONZÁLEZ** y la demandada **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** existió contrato de trabajo a término fijo del 18 de septiembre de 2009 al 14 de marzo de 2011 (fl. 200 a 205, 224); *ii)* entre el demandante y **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** se suscribió un segundo contrato de trabajo por obra o labor determinada, vigente del 24 de mayo de 2011 al 26 de agosto de 2011 (fl. 210 a 212, 226); *iii)* entre las mismas partes se suscribió un tercer contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 1º de septiembre de 2011 al 28 de octubre de 2011 (fl. 219 a 223, 225); *iv)* la demandada **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** integró el CONSORCIO LA CORDIALIDAD, a quien la demandada **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.** aceptó oferta mercantil 028 de 2009 (fl. 388), en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión 008 de 2007 (cd fl. 157).

- **Acerca de la Responsabilidad Solidaria entre Contratista y Contratante Conforme el Artículo 34 CST.**

El artículo 34 del CST consagró que será un verdadero empleador el contratista independiente, definiendo al mismo como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos y su realización con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Igualmente, establece que si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, salvo cuando la labor de los trabajadores del contratista sea extraña a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho aquellos trabajadores.

la H CSJ indicó, en la sentencia SL Rad. Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, que no basta para el surgimiento de la precitada responsabilidad solidaria que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio corresponde a una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico, esto es, que haga parte del giro ordinario de sus negocios. Por su parte, en la sentencia SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta considerar el objeto social del contratista y el beneficiario, por cuanto debe analizarse si la actividad del trabajador puede catalogarse en el giro ordinario de los negocios del contratante, por cuanto si se trata de actividades ajenas a las que explota el dueño de la obra se desvirtúa la responsabilidad solidaria, tal y como reitero la Corporación en sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

- **Interrupción de la Prescripción.**

Frente a los reparos presentados contra la declaratoria parcial de prescripción por parte del *a quo*, resulta relevante considerar que los artículos 488 y 489 CST y 151 CPTSS, establecen un término

trienal de prescripción que puede ser interrumpido por una sola vez con el reclamo escrito del derecho debidamente individualizado.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró que entre el demandante y **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** existieron 3 contratos de trabajo, declaró probada parcialmente la prescripción, condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria, declaró la responsabilidad solidaria de **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.**, condenó a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** como llamada en garantía al reembolso de las condenas que asuma la responsable solidaria salvo vacaciones, absolvió a la **NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE** y a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** de todas las pretensiones y condenó en costas al empleador y a la responsable solidaria.

El **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó declarar la responsabilidad solidaria de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** frente a las condenas derivadas del primer contrato de trabajo y revocar la excepción de prescripción.

De otra parte, la demandada **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la responsabilidad solidaria y, de forma subsidiaria, condenar únicamente al reconocimiento de intereses en la indemnización moratoria y disminuir la cuantía de las costas.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, para lo cual analizará primero los reparos de los apelantes relativos a la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra consagrada en el artículo 34 CST.

Conforme con los antecedentes normativos expuestos, el artículo 34 CST estableció que el contratista independiente será verdadero empleador de sus trabajadores, no obstante, cuando el contratante sea beneficiario del trabajo o dueño de la obra serán solidariamente responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del contratista, salvo cuando dicha labor sea extraña a las actividades normales de la empresa o negocio del contratante.

Respecto la naturaleza y alcance de dicha solidaridad, la H. CSJ ha indicado que la misma no surge con el mero hecho de que el contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio es una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico y que haga parte del giro ordinario de sus negocios, al punto de coincidir el fin o propósito que bruce el empresario y contratista, siendo que sin las actividades del contratista la empresa principal no podría trabajar o le sería imposible cumplir su finalidad, tal y como ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL Rad. Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

En el caso bajo estudio, afirma la parte demandante que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** debe ser declarada responsable solidaria respecto de las condenas derivadas del primer contrato de trabajo, por cuanto dicha Agencia delegó en la concesionaria el servicio público y realización de la obra pública a su cargo, siendo que la actividad del trabajador tuvo como fin el desarrollo de la infraestructura vial nacional.

Al respecto, debe considerarse que el Decreto Ley 4165 de 2011 modificado por el Decreto 1745 de 2013, modificó la naturaleza jurídica del entonces INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, entidad que fue creada a través del Decreto 1800 de 2003, a fin de

reunir en una sola entidad las funciones y responsabilidades de la gestión, estructuración, planeación, contratación, ejecución y administración de los contratos de concesión de infraestructura de transporte, para proteger el patrimonio de la Nación.

Lo anterior explica que el artículo 3 del Decreto Ley 4165 de 2011 fije como objeto de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** la planeación, coordinación, estructuración, contratación, ejecución, administración y evaluación de proyectos de concesiones y otras formas de asociación público privadas relacionadas con la infraestructura de transporte. Ello implica que las funciones de la **ANI** no involucren la construcción directa de la infraestructura de transporte, por cuanto se misión está delimitada las responsabilidades derivadas de planear, contratar, gestionar, ejecutar y evaluar las formas de asociación público privadas relacionadas con la infraestructura de transporte.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que el primer contrato de trabajo entre el demandante y **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** lo fue para asumir el cargo de *operador de finisher*, relación vigente del 18 de septiembre de 2009 al 14 de marzo de 2011 y cuyo sitio de trabajo lo fue en los departamentos de Bolívar y Atlántico (fl. 200 a 205), siendo relacionado en la liquidación final del mismo el cargo *operador de extendidora de asfalto* (224), aspectos que permiten inferir razonablemente que el trabajador desarrolló su labor en la construcción de infraestructura vial, actividad que no se corresponde con la misión u objeto propio de la **ANI**, que se reitera es reunir las responsabilidades del manejo de los contratos de concesión infraestructura de transporte, siendo que la labor del demandante no tiene relación directa con la planeación, gestión, evaluación o ejecución de dichas asociaciones público privadas, al punto de que la Agencia podía velar por el correcto desarrollo del contrato de concesión 008 de 2007 independientemente de que el demandante prestará o no su servicio.

Lo anterior permite concluir que la parte demandante confundió la actividad de construcción que desarrolló el demandante con las actividades de supervisión, planeación, ejecución y evaluación que desarrolla la **ANI** sobre las concesiones de infraestructura de transporte, actividad de tipo administrativo que tiene como fin la protección del patrimonio de la Nación, objeto que no se relaciona con el servicio que prestó el demandante, lo que conlleva a descartar al solidaridad solicitada frente a dicha Entidad Pública.

Respecto de los reproches de **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.** frente a la solidaridad declarada, le asiste razón a dicha parte apelante en cuanto que no se acreditó, de forma contundente, que el demandante hubiera prestado sus servicios personales durante el primer contrato de trabajo suscrito con **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** para el desarrollo de la oferta mercantil 028 de 2009 (fl. 388).

Visto el expediente, no queda duda alguna de que **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.** aceptó el 25 de marzo de 2009, la oferta mercantil que le presentó el **CONSORCIO LA CORDIALIDAD** para la construcción e la segunda calzada en el tramo Cartagena-Arjona del Proyecto Ruta Caribe conforme el contrato de concesión 008 de 2007 (fl. 388); del mismo modo, se acreditó que dicho Consorcio fue conformado por las sociedades **CHANGE CONSULTING GROUP COLOMBIA S.A.**, **CONSTRUCTORA VIALPA S.A.** **SUCRUSAL COLOMBIA** y **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.** (FL. 386 a 387); no obstante, de las anteriores circunstancias no es posible inferir que el servicio personal del demandante durante su primer contrato de trabajo estuvo destinado precisamente al desarrollo del objeto contratado por el consorcio, por cuanto visto el contrato de trabajo no hace referencia alguna a que la labor se desarrollaría en la construcción de dicho tramo vial porque se limitó únicamente a señalar como sitio de trabajo los departamentos de Bolívar y Atlántico, sin que tal indicación sea prueba del servicio del

trabajador en el desarrollo de la obra antes mencionada y sin que obre en el expediente ninguna otra prueba en tal sentido.

Por lo anterior, no queda camino distinto para esta Sala que revocar la responsabilidad solidaria que se declaró en contra de la demandada **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.** en la sentencia de primera instancia.

Toda vez que la demandada **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.** dejará de responder solidariamente por las condenas derivadas del primer contrato de trabajo del demandante, no existe mérito para que la Sala se pronuncie respecto de los reproches frente a la indemnización moratoria impuesta, por cuanto tal solicitud efectuada en el recurso de apelación era de tipo subsidiario y solo debía ser analizada en caso de mantenerse la responsabilidad solidaria.

A su vez, como quiera que se revoca la condena impuesta a **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.**, se revocará la decisión del *a quo* de condenar a la misma al pago de costas de primera instancia, así como la condena impuesta a la llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

En cuanto a los reproches de la parte demandante frente a la excepción de prescripción que se declaró probada parcialmente en primera instancia, resulta relevante considerar que los artículos 488 CST y 151 CPTSS establecen la posibilidad de que el termino prescriptivo trienal sea interrumpido, por una sola vez, con el reclamo escrito del derecho debidamente individualizado, lo que implica la necesidad de acreditar, de forma contundente por parte de quien alega la interrupción, que presentó el reclamo escrito en el cual preciso en debida forma el derecho reclamado.

En el presente asunto, asegura la parte demandante que sí presentó la reclamación escrita de los derechos que luego persiguió en juicio, sin embargo, visto el expediente observa la Sala que si bien se

allegó factura de venta expedida por SERVIENTREGA (fl. 36) de la comunicación que remitió el **DEMANDANTE** al representante legal de la sociedad empleadora, aportando también copia de una reclamación escrita dirigida a dicha sociedad (fl. 38 a 39), lo cierto es que de dichas pruebas no se puede concluir que la reclamación escrita sea la misma que se envió, por cuanto dicho documento no se encuentra cotejado, tal y como advirtió la Juez de primera instancia, sin que tampoco pueda aplicarse el artículo 2540 CC por cuanto de la repuesta dada por el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** no se puede inferir ni el contenido de la reclamación que dicho ente ministerial contestó (fl. 35), ni mucho menos que el contenido de la misma hubiera sido exactamente igual al de la copia de la reclamación dirigida al empleador (fl. 38 a 39).

Por las anteriores razones, se mantendrá el numeral de la sentencia de primera instancia que declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto y quinto de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral noveno de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A.**, las cuales deberá ser liquidadas por la *a quo*.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0048-2021

Radicado N° 38 2016 00465 01

Bogotá veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOAQUIN ALONSO BONILLA PEREZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **CONSORCIO EXPRESS S.A.S.** Solicita que se declare que es beneficiario de la garantía de fuero circunstancial dado el conflicto colectivo suscitado por UGETRANS – COLOMBIA, que en consecuencia se ordene a la demandada reintegrarlo al cargo que venía ocupando o a uno de mejores condiciones desde el 21 de agosto de 2015, que se ordene el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, aportes a seguridad social y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que se vinculó laboralmente con la demandada el 2 de mayo de 2014, a través de un contrato de trabajo a término fijo; que ocupaba el cargo de operador de bus zonal; que devengaba la suma mensual de \$616.000; que el 20 de noviembre de 2014, se afilió a la organización sindical UGETRANS COLOMBIA; que el 3 de enero de 2013, dicha empresa había presentado pliego de peticiones a la demandada; que el 23 de abril de 2015, le comunicaron a la demandada sobre su nombramiento en la comisión de reclamos; que mediante Resolución N° 1754 del 14 de mayo de 2015, el Ministerio de Trabajo ordenó la convocatoria de un tribunal de arbitramento para dirimir el conflicto colectivo existente; que el 21 de agosto de 2015, la demandada dio por terminado el contrato de manera unilateral; y que el 25 de agosto, solicitó su reintegro por aplicación del fuero circunstancial del que es beneficiario, pues incluso al momento de la presentación de la demanda se encontraba en trámite ante un tribunal de arbitramento el conflicto colectivo de trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CONSORCIO EXPRESS S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, buena fe de mi representada, mala fe del demandante, pago, prescripción y compensación (fls. 93 a 135).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de agosto de 2019, negó las pretensiones de la

demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la empresa CONSORCIO EXPRESS S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el señor JOAQUIN ALONSO BONILLA PEREZ, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio el despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas. **TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la accionada. **CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSULTESE con el superior.”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si al momento de la terminación del contrato el demandante se encontraba amparado por la garantía de fuero circunstancial y en dado caso establecer si medio justa causa en la terminación del vínculo. Para resolverlo indicó que de acuerdo a las pruebas aportadas se acreditó que para la fecha en que la demandada dio por terminado el contrato del actor, se encontraba en curso un conflicto colectivo por el pliego de peticiones presentado el 9 de septiembre de 2014 por UGETRANS COLOMBIA, consideró además que si bien el actor pudo estar cubierto por la garantía de fuero circunstancial, la demandada acreditó la existencia de la justa causa aducida para la terminación del contrato, lo que excluye la aplicación de la garantía que se reclama.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que quedó demostrada la existencia de un conflicto colectivo de trabajo para la fecha en que la demandada dio por terminado el contrato del actor, y que además

no acreditó la existencia de las justas causas aducidas para dar por terminado dicho vínculo. Dice que el juez omitió realizar un estudio del contexto de la terminación del contrato, pues es evidente que la empresa terminó el contrato del actor por la actividad sindical que éste ejercía, que esta situación no fue tomada en cuenta por el juez al momento de realizar la valoración respectiva, pues se demostró que si bien el demandante faltó a su trabajo dos días, esto fue con ocasión de permisos remunerados previamente solicitados y que el hecho de no tanquear el vehículo al terminar las labores, no podía ser aducido porque no es proporcional y además porque esto había pasado más de 4 o 5 veces por lo que la empresa mal podía despedirlo justificándose en dicha conducta¹.

¹ "Su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir en la siguiente medida. Como bien se reconoció en las consideraciones de la demanda, el trabajador fue despedido encontrándose el conflicto colectivo entre el sindicato al cual el demandante estaba afiliado y la empresa demandada, por ello solicité en las alegaciones y no se tuvo en cuenta que se revisara el contexto sobre el cual se despide al trabajador demandante y es claro que el motivo no fue otro que una retaliación por su actividad sindical, se revisa que las causales de despido se fundamenta entre varias, una de ellas que ni siquiera estaba previamente acreditada como lo fue la no asistencia a laborar unos días, que si bien lo dice el contrato de trabajo son también justas causas, no existía razón, se evidencia el montaje por así decirlo para despedir al trabajador, ahora, de la otra causal que se alega que es la de, que es por lo cual este despacho atiende lo dicho por la empresa para despedir al trabajador, el contrato de trabajo que se revisa, dice efectivamente que existen unas justas causas para poner término el contrato y se indica el no cumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas durante la ejecución de sus funciones, no fue en esos términos en que se manifestó en la carta de terminación, sin embargo el mismo contrato de trabajo también en su cláusula 7ª dice: obligaciones especiales, y habla de las principales funciones a desempeñar por el trabajador, estas son las principales funciones a las que se refiere la cláusula 9ª, que no ejecute el trabajador demandante, en este caso no se trata de la dicha por la empresa demandada, esto es el tanqueo del vehículo, sin embargo, tal y como también lo dice las consideraciones del despacho en unas tres o cuatro ocasiones el trabajador no lo hizo, pero solamente, y por eso insistí mucho en el análisis del contexto, respecto de la terminación del contrato, solamente hasta que la empresa muestra su intención de despido hacia el trabajador demandante, por su calidad de activista sindical, en este caso, comisión de reclamos, procede a usar esa fórmula para despedir al trabajador con la otra causal que fue abiertamente despachada por su señoría, se fundamenta mi solicitud de revisión de ese contexto en el artículo 354 del CST, de las previsiones que tiene los trabajadores respecto al ejercicio de las actividades sindicales, específicamente los literales b), d) y e), se habla claramente del uso de estrategias o fórmulas que usan los empleadores para impedir la actividad sindical y que esta abiertamente prohibido y de forma específica por la ley, no se tuvieron en cuenta entonces los principios de proporcionalidad, de favorabilidad de un criterio de aplicar respecto del factor de duda a favor del trabajador, no se revisaron las testimoniales que se trajeron al despacho, como es el caso del señor Kemper, y que no existe constatación del daño o afectación por parte de la empresa respecto de la supuesta conducta que alega para la terminación con justa causa del trabajador demandante a la misma, o a terceros, por ello su señoría solicito que se me conceda el presente recurso y que en el Tribunal se revise tanto lo dicho en las alegaciones, como que se revise, insisto, los tiempos y modos en los que fue despedido mi poderdante y la directa relación entre su actividad sindical y el hecho y los diferentes hechos que ocasionaron la decisión unilateral de la empresa, siendo que uno de los mencionados, ni siquiera se comprobó o si quiera se comprobó por parte de

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si medió una justa causa para la terminación del contrato de trabajo del actor y en dado caso establecer si éste se encontraba amparado por la garantía del fuero circunstancial.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia: **i)** que entre el demandante y CONSORCIO EXPRESS S.A.S. existió un contrato de trabajo vigente entre el 2 de mayo de 2014 y el 21 de agosto de 2015 (fls. 18 a 20 y 142); **ii)** que para la terminación del contrato la demandada adujo la existencia de una justa causa (fl. 142); **iii)** que el 9 de septiembre de 2014 UGETRANS COLOMBIA presentó pliego de peticiones ante la demandada (fl.

la misma se usó pese a que en los mismos desprendibles de nómina se menciona, que al trabajador demandante los permisos se le habían remunerado en l fecha que se alegó, el mismo no había acudido, con justa causa se le llamaron a insistentes descargos, se le hicieron diferentes citaciones, requerimiento hasta que ya decidió usar diferentes motivos para despedirlo sin que estos fueran debidamente acreditados, por ello insisto en que se revise de manera íntegra el contrato de trabajo, no es una causal proporcional para acudir al despido, más aun cuando existía un fuero circunstancial a favor del trabajador demandante, en esa medida solicito se conceda el recurso”.

193, así se deduce del contenido del laudo arbitral que resolvió el conflicto); **iv)** que el demandante se afilió a la organización sindical UNION GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – UGETRANS COLOMBIA el 18 de noviembre de 2014 y dicha novedad fue informada a su empleador el 20 de noviembre de 2014 (fls. 26 y 27); **v)** que el 23 de abril de 2015 el actor fue elegido como miembro de la comisión de reclamos de UGETRANS COLOMBIA, hecho que se comunicó a la demandada el día 27 de abril de 2015 (fl. 28); **vi)** que mediante laudo arbitral del 11 de marzo de 2016 el Tribunal de Arbitramento resolvió el conflicto colectivo de trabajo entre CONSORCIO EXPRESS y UGETRANS COLOMBIA (fls. 192 a 214).

- Sobre la Existencia de una Justa Causa en la Terminación del Contrato de Trabajo.

Para resolver este aspecto de la controversia, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal a) establece en forma taxativa las conductas del trabajador que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, de manera unilateral con justa causa y por ello sin el pago de indemnización.

Dentro de tales conductas, el numeral 6º literal a), al que corresponden los hechos alegados como justa causa, autoriza al empleador el despido del trabajador cuando ha incumplido, en forma grave, con las obligaciones o prohibiciones que exponen los artículos 58 y 60 del CST, o cuando incurre en una falta grave a las obligaciones o deberes que se comprometió en forma específica a cumplir respecto de un empleador determinado. En este último caso, la misma norma faculta a las partes para definir en el contrato, en el Reglamento Interno de Trabajo, en el pacto colectivo o en la convención colectiva, las conductas que se consideran graves, y cuando no estén así definidas en los citados acuerdos, debe el Juez establecer si intrínsecamente tienen ese alcance, analizando en

cada caso el incumplimiento del trabajador. Así lo ha aceptado de manera reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL672 de 2019, SL2342 de 2019, SL3447 de 2019, SL3196 de 2019.

En este orden de ideas, debe el Tribunal verificar, de las pruebas aportadas: **i)** si los hechos alegados ocurrieron, **ii)** si tales hechos constituyen una falta a las obligaciones del trabajador, y **iii)** si éstos revisten gravedad.

i) Sobre lo primero, de la carta de terminación del contrato que obra a folio 142 del expediente, se advierte que CONSORCIO EXPRESS refirió como hechos constitutivos de la justa causa del despido, los siguientes: “(...) 1. La compañía tuvo conocimiento usted incumplió con sus obligaciones laborales como operador de Bus Zonal, puesto que los días 22 y 23 de julio de 2015, no se presentó a trabajar a sus turnos de trabajo, los cuales tenía programados y le habían sido informados previamente. Lo anterior, sin justificación válida alguna o autorización por parte de la compañía (...) 2. Adicionalmente, usted incumplió con sus obligaciones laborales, puesto que en fecha 28 de julio de 2015, entregó el móvil a su cargo al finalizar su programación, sin tener el tanque de gasolina lleno, tal y como era de su pleno conocimiento y obligación. 3. Así mismo, usted en fecha 03 de agosto de 2015, incumplió nuevamente con sus obligaciones laborales y los procedimientos establecidos por la Empresa, puesto que al momento de ingresar al patio de operaciones en el móvil Z10-4468, lo hizo con alta velocidad, omitiendo la señal de parada realizada por el Inspector de Mantenimiento que se encontraba en el patio y poniendo en riesgo la vida del mismo. Lo anterior, sin justificación alguna. 4. Finalmente, usted en fecha 4 de agosto de 2015, no cumplió con la orden impartida por parte de Central de Control, respecto de alcanzar al móvil que estaba realizando la tabla anterior a la que usted estaba operando, con el fin de realizar el trasbordo respectivo, evidenciando con ello una

conducta omisiva e indisciplinada en el incumplimiento de sus funciones como operador de Bus Zonal (...)”.

Sobre el primer hecho aducido por la demandada para dar por terminado el contrato del actor, encuentra el Tribunal que si bien está acreditado que JOAQUIN ALONSO BONILLA PEREZ no asistió a trabajar los días 22 y 23 de julio de 2015, pues así lo aceptó en diligencia de descargos realizada el día 27 de julio de 2015 (fl. 144) y en la diligencia de interrogatorio de parte practicada dentro del proceso (CD. 2 min. 6:10), lo cierto es que del respectivo comprobante de nómina correspondiente al mes de julio de 2015, expedido y aportado por la misma demandada (fl. 167 vto.) se advierte que para dicha mensualidad figuran dos días de permiso remunerado a favor del actor, hecho que resulta coincidente por lo manifestado en diligencia de descargos en el interrogatorio de parte, donde dijo que no se presentó a trabajar pero había aportado las excusas correspondientes por su inasistencia, por lo que no puede tenerse como injustificada la ausencia del trabajador durante estos dos días.

Sobre el segundo hecho aducido por la demandada, referido a que el 28 de julio de 2015 el demandante entregó el móvil a su cargo, sin tener el tanque de gasolina lleno, se advierte que en diligencia de descargos (fl. 52 vto.), el actor aceptó que en esta fecha no entregó el móvil a su cargo con el tanque de combustible lleno, y en el mismo sentido lo reconoció en la diligencia de interrogatorio de parte (CD. 2 min. 9:54), pues afirmó que era cierto que no había tanqueado el vehículo porque se encontraba enfermo y además porque en la empresa había personal especializado que se encargaba de lavar y tanquear los carros. De estas afirmaciones deduce la Sala que el hecho segundo aducido en la carta de terminación del contrato ocurrió.

ii) Sobre lo segundo, es decir si tales hechos constituyen o no faltas a las obligaciones o prohibiciones del trabajador, la Sala dirá que sí, pues luego de analizar el testimonio de JAVIER GUILLERMO QUEVEDO MORENO (CD. 2 min. 01:18:30), quien se desempeñaba como líder del centro de operaciones de Engativá para la época de la vinculación laboral del actor y donde éste se encontraba adscrito, manifestó de manera clara que los operadores de bus zonal, debían entregar el vehículo a su cargo tanqueado al finalizar el turno, pues ésta además de ser una política de la empresa, por programación siempre se definía esta obligación a cargo del operador.

Ahora, si bien el demandante en diligencia de interrogatorio de parte, dijo que no era su obligación tanquear el vehículo y que esta labor solo la realizaba por hacer un favor al coordinador, y en el mismo sentido lo afirmó KEMPER JHONATAN RAMÍREZ VIVAZ (CD. 2 min. 26:46) en diligencia de testimonio, quien afirmó haberse desempeñado como operador de bus al igual que el actor, lo cierto es que sus manifestaciones en este sentido resultaron incongruentes e imprecisas, pues ambos dijeron que era un favor para el coordinador, pero luego aceptaron que realizaban esta labor desde siempre y solo en oportunidades excepcionales no la ejecutaban, y que posteriormente, sin precisar fechas, dicha actividad se incluía en la programación que les era entregada.

También dijeron que esta labor de tanqueo era obligación de los trabajadores de patios que eran quienes tanqueaban y lavaban los carros. No obstante, llama la atención de la Sala que en todas las afirmaciones realizadas por el testigo y por el actor no hay ninguna congruente sobre este hecho, pues siempre sostuvieron que no era su obligación la de tanquear, pero que aun así lo hacían siempre, y que esta labor correspondía a otro trabajador, luego no resulta lógico ni coincidente que si esta labor estaba claramente asignada a otro trabajador, que además solo se ocupaba de ello y lavar los buses, fuera desempeñada de manera recurrente por los

operadores de bus, y menos aún resulta atendible que el actor afirmara en la diligencia de interrogatorio, que dio aviso al coordinador sobre la no ejecución de esta actividad específica el día 28 de julio de 2015 porque se encontraba enfermo, pues si no era su obligación realizarla, no tendría por qué justificar su omisión.

Aunado a lo anterior, JAVIER GUILLERMO QUEVEDO MORENO (CD. 2 min. 01:18:30), fue claro en afirmar en la diligencia de testimonio que los trabajadores de patio solamente se encargaban de lavar los vehículos, lo que, a juicio de la Sala, resta más credibilidad a lo manifestado por el demandante, que como ya se advirtió en precedencia, no fue preciso ni coincidente en las manifestaciones realizadas sobre este aspecto.

De lo anterior, concluye la Sala que si era obligación del actor entregar el bus con el tanque de combustible lleno, pues aunque no se aportó al expediente prueba documental que así lo acredite, de la valoración conjunta de la prueba de interrogatorio parte y testimonial, se deduce que eran los operadores de bus zonal, quienes ejecutaban esta labor.

Tal incumplimiento, constituye una falta del trabajador, a las obligaciones especiales establecidas en el literal g) de la cláusula séptima del contrato de trabajo que define *“las demás funciones inherentes al cargo que le sean asignadas por el jefe inmediato”* (fl. 138), y las obligaciones especiales definidas en el literal 1 del artículo 43 del Reglamento Interno de Trabajo que establece: *“Realizar la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido”*, disposiciones que no cumplió el actor en cuanto, el día 28 de julio de 2015 omitió entregar el bus a su cargo con el tanque de combustible lleno, y si bien adujo no haberlo hecho porque se encontraba enfermo, no existe en el

expediente evidencia de que hubiere dado aviso a su superior de este hecho, ni tampoco constancia de que hubiere manifestado que se encontraba enfermo.

Así las cosas, puede concluirse que el actor sabía que su omisión constituía una falta a sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias.

iii) Sobre el tercer aspecto, es decir si la falta a sus obligaciones es grave o no, la Sala también responderá afirmativamente, pues las pruebas acreditan que el contrato de trabajo en su cláusula 9ª califica como falta grave del trabajador “*i) el no cumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas durante la ejecución de sus funciones*” (fl. 139), y aunque ello no fuera así, el Tribunal de todas formas entiende que la conducta del trabajador reviste gravedad intrínseca suficiente, aún si no se hubiera acordado en el contrato de trabajo darle esa connotación, pues la labor que el actor omitió desarrollar al finalizar la jornada del 28 de julio de 2015, a juicio de la Sala, es de vital importancia para el desarrollo de la actividad de la demandada, en cuanto se trata de la prestación de un servicio público de transporte y que resulta apenas lógico que para la prestación óptima del mismo, los buses a su cargo se encuentren en condiciones de salir a ruta y cumplir con ella sin retrasos ni impases generados por la falta o insuficiencia de combustible.

Por lo anterior, estando demostrada la existencia de una justa causa legal para el despido del demandante, la Sala se releva del estudio de los demás hechos aducidos en la carta de terminación del contrato y también de la existencia o no de una garantía de fuero circunstancial en cabeza del actor, pues en los términos del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, dicha garantía solo opera para aquellos trabajadores que son despedidos sin una justa causa comprobada, caso distinto al que se demostró en este proceso.

Finalmente y para responder el argumento de apelación referido a que la terminación del contrato del actor, debía estudiarse desde su contexto, porque en palabras de la apoderada del demandante, ésta obedeció a una persecución por la calidad de trabajador sindicalizado de JOAQUIN ALONSO BONILLA PEREZ, lo cierto es que el único contexto bajo el cual el juez tiene permitido definir las controversias a su cargo, es aquel que regulan las normas aplicables al caso, sin que sea posible realizar interpretaciones subjetivas, sobre hechos, afirmaciones o suposiciones de los cuales no existe prueba en el expediente, si bien a folio 29 del proceso obra una querrela presentada por el representante legal de UGENTRANS al Ministerio de Trabajo el 19 de agosto de 2015, por la presunta persecución laboral de que son objeto sus afiliados, nada adicional al efecto se aportó, ni tampoco se demostró el trámite o decisión del Ministerio sobre la querrela presentada, por lo que no puede la Sala entender, luego de concluir en la existencia de una justa causa para la terminación del contrato, que ésta obedeció a una persecución laboral.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 38-2016-465-01


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0049-2021

Radicado N° 38 2016 00548 01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ROSA MARIA CELIS SANDOVAL, presentó demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES DEL DISTRITO CAPITAL – FONCEP Y JOSE RAMON REYES REYES, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento del 100% de la

pensión de invalidez causada por el fallecimiento de su cónyuge; que se declare que JOSE RAMON REYES REYES no tiene derecho a percibir el 50% de la pensión de sobrevivientes por no realizar oportunamente el procedimiento previsto en la ley para el efecto; que la entidad demandada no siguió el procedimiento previsto en la ley para revocar parcialmente la pensión de sobrevivientes previamente reconocida. En consecuencia, solicita que se condene a la entidad demandada a pagar el 50% del valor de la pensión de sobrevivientes que le fue revocado, junto con los reajustes y diferencias causados desde octubre de 2013, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que mediante Resolución N° 259 de 2012 el FONCEP le reconoció pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de cónyuge OCTAVIO REYES; que al parecer desde agosto de 2012, JOSE RAMON REYES REYES inició un actuación administrativa ante el FONCEP para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su padre, como consecuencia de esa actuación el FONCEP expidió la Resolución N° 4539 de 2013 la entidad demandada revocó parcialmente el derecho a la pensión de sobrevivientes reconocida, sin solicitar el consentimiento previo correspondiente; que interpuso recurso de reposición contra dicha decisión, el cual fue resuelto de manera desfavorable mediante Resolución N° 041 de 2014. Aduce que JOSE RAMON REYES REYES siempre ha tenido empleos formales y recibió apoyo económico de su padre y luego de ella desde que su padre falleció, que éste siempre convivió con su padre y lo tuvo afiliado como beneficiario en salud y que nunca fue considerado como inválido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

JOSE RAMON REYES REYES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con

los actos administrativos expedidos y su condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en cuanto a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por activa, buena fe de los demandados, enriquecimiento sin causa por parte de la demandante, temeridad y mala fe de la demandante y legalidad de los actos administrativos demandados (fls. 19 a 38).

En escrito separado y dentro del término de la contestación JOSE RAMON REYES REYES solicitó su intervención en el proceso como tercero ad excludendum, y esta solicitud fue aceptada mediante auto del 13 de agosto de 2018 (fl. 43, cuad. 4).

El **FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción (fls. 56 a 65).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** ABSOLVER a los demandados FONCEP y al señor JOSÉ RAMON REYES REYES, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la señora ROSA MARIA CELIS SANDOVAL. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO:** DECLARAR que el

*señor JOSE RAMON REYES REYES, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, derivada del deceso de su padre OCTAVIO REYES, a partir del momento en que acreditó su condición de invalidez en la forma solicitada en su intervención ad excludendum. Siendo pertinente señalar, que efectivamente ya le fue otorgado este reconocimiento al señor JOSE RAMON REYES REYES. **TERCERO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio, el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas por las accionadas. **CUARTO: COSTAS.** Sin costas en esta instancia”.*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante tiene derecho al 100% de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su cónyuge. Para resolverlo indicó que las pruebas del expediente acreditan que el causante tenía un hijo inválido, que dependía económicamente de éste, situación que era conocida por la demandante y que omitió informar al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión, concluyó que de acuerdo a lo definido por la Ley 797 de 2003, el hijo inválido del causante también es beneficiario de la prestación y por ello es procedente el reconocimiento de la pensión en los términos que consideró la entidad demandada, esto es en proporción del 50% a favor de la cónyuge supérstite y el 50% restante a favor del hijo inválido.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la entidad demandada FONCEP solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto está debidamente acreditado el derecho a la pensión de sobrevivientes del hijo inválido del causante.

Por su parte el apoderado de la parte demandante y del tercero *ad excludendum* no presentaron alegaciones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones del demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si JOSE RAMON REYES REYES acreditó su condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes y ésta debe pagarse en proporción del 50% a cada uno de los beneficiarios (cónyuge e hijo inválido).

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: **i)** OCTAVIO REYES falleció el 9 de octubre de 2011 (fl. 162 cuad. 2); **ii)** que mediante Resolución N° 01635 del 2 de diciembre de 1992 la demandada FONCEP reconoció una pensión de jubilación al causante a partir del 1° de diciembre de 1990 (fl. 123 cuad. 2); **iii)** que JOSE RAMON REYES REYES es hijo del causante (fl. 164 cuad. 2); **iv)** que la demandante y el causante se encontraban casados desde el 11 de marzo de 1995 (fl. 71); **v)** que mediante Resolución N° 2245 del 15 de diciembre de 2011 el FONCEP reconoció de forma provisional la pensión de sobrevivientes a la demandante a partir del 10 de octubre de 2011 (fls. 123 a 127 cuad. 2); **vi)** que mediante Resolución N° 0259 del 20 de febrero de 2012 la demandada

reconoció la pensión de sobrevivientes de manera definitiva a la demandante (fls. 136 a 140); **vii)** que mediante dictamen emitido el 5 de julio de 2013, la Junta Regional de Calificación de Invalidez definió a JOSE RAMON REYES REYES una pérdida de capacidad laboral del 50.63% con fecha de estructuración 30 de octubre de 1986 (fls. 219 a 222 cuad. 2); **viii)** que mediante Resolución N° 004539 del 6 de noviembre de 2013 el FONCEP modificó la Resolución N° 259 del 20 de febrero de 2012 e incluyó como nuevo beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de OCTAVIO REYES a su hijo inválido JOSE RAMON REYES REYES y dispuso el pago del 50% a favor de éste y el 50% restante a favor de la cónyuge supérstite (fls. 315 a 323).

- Sobre la Pensión de Sobrevivientes.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que ha sido posición pacífica y reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, tal y como lo ha señalado en las sentencias Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL496 de 2018, SL2214 de 2018, SL308 de 2019, SL3526 de 2019, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 9 de octubre de 2011, la norma que regula el derecho pensional objeto de controversia en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con

él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso; y los hijos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

Sobre este último referente normativo, conviene precisar que la Corte Constitucional mediante sentencia C - 066 de 2016, al referirse a la dependencia económica, definió que ésta debe ser comprendida como “(...) *la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia (...)*”, dijo además que “(...) *la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas.*”

Sobre este mismo aspecto, la dependencia económica, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que el beneficiario de la pensión puede contar con ingresos propios o de otras fuentes, siempre que éstos no sean suficientes para obtener una autosuficiencia económica. (SL 4051-2020, SL 9614-2014, SL 8928 – 2014).

Al efecto, precisa la Sala que en este proceso no es objeto de controversia la condición de beneficiaria de la demandante en calidad de cónyuge supérstite, por lo que el estudio se limitará a definir la condición de beneficiario de JOSE RAMON REYES REYES.

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda en cuanto está plenamente demostrado, como lo definió la entidad demandada mediante acto administrativo, que JOSE RAMON REYES REYES tiene la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes en condición de hijo inválido del causante y por ello tiene derecho al pago de dicha prestación en proporción del 50%.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que la condición de hijo inválido se acredita con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 5 de julio de 2013, donde se definió que JOSE RAMON REYES REYES tiene una pérdida de capacidad laboral del 50.63% con fecha de estructuración 30 de octubre de 1986 (fls. 219 a 222 cuad. 2), y el registro civil de nacimiento que obra a folio 164 del cuaderno 2, donde consta que el demandado y tercero *ad excludendum* es hijo del causante.

Ahora bien, la dependencia económica se deduce de manera clara del mismo dicho de la demandante, quien manifestó en su declaración de parte (cuad. 5 CD. 6 min. 21:11), que JOSE RAMON siempre vivió con ella y el causante, que éste trabajaba en un edificio de vigilante pero que lo que ganaba no le alcanzaba y el resto de sus gastos de manutención, vestuario y salud eran proporcionados por su padre y por ella, que él no aportaba nada para la casa y eran ellos quienes proveían los recursos para su subsistencia básica, que incluso cuando el causante falleció era ella quien le ayudaba económicamente.

Aunado a lo anterior, NELCY REYES REYES (Cuad. 5 CD. 6 min. 39:20), quien manifestó ser hija del causante, afirmó que su hermano JOSE RAMON padece una discapacidad que limita su movilidad y le impide conseguir un trabajo fijo para solventar sus necesidades básicas, que por ello siempre vivió con su padre quien le proveía todo lo necesario para su subsistencia, vestuario, salud, vivienda y alimentación. Dijo que su hermano en ocasiones prestaba el servicio de portero en el edificio de una Dra. Amiga de su padre, pero que ello era únicamente de manera esporádica, como 1 vez al mes, pero que en realidad su hermano nunca ha tenido un trabajo estable por razón de su discapacidad y por ello siempre vivió con su padre, quien le proporcionada todo.

De tales afirmaciones, resulta suficientemente claro para la Sala que JOSE RAMON REYES REYES dependía económicamente de su padre fallecido, pues era quien le proveía y solventaba todas sus necesidades básicas, al punto que además de vivir y depender de él hasta sus últimos días, debió recibir ayuda económica de la demandante para subsistir, una vez falleció su padre.

Por lo anterior y como se anunció, se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en cuanto no le asiste derecho a ROSA MARIA CELIS SANDOVAL a devengar el 100% de la prestación causada por el fallecimiento de su cónyuge, como lo pretendía en este proceso, pues claro quedó que aun cuando éste no se presentó a solicitar el reconocimiento de la pensión una vez falleció su padre, esta situación no excluía la posibilidad de ser reconocido como beneficiario una vez acreditara los requisitos que dispone la norma para el efecto.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva.

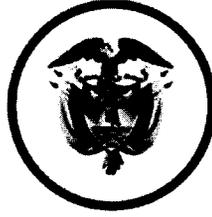
SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 38-2016-548-01


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0059-2021

Radicado N° 38 2018 00390 01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

DIEGO FERNEY CASAS CONTRERAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **TEXSPAN EU Y BLANCA INES BAUTISTA PIRAQUIVE**. Solicita que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año; que se declare que dicho contrato finalizó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la demandada; en consecuencia, se condene a la demandada **TEXSPAN EU** y solidariamente a su representante legal **BLANCA INES BAUTISTA PIRAQUIVE** al pago de la indemnización por

despido sin justa causa, indemnización por daño moral y económico e indemnización moratoria.

Fundamentó las pretensiones en que el día 22 de enero de 2018, se vinculó laboralmente con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, como operario de confección; que devengaba la suma mensual de \$1.059.000 y ejecutaba la labor de manera personal, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7 de la mañana a 12 del día y de 12:30 a 4:00 de la tarde y sábados de 7 de la mañana a 1 de la tarde; que la relación se mantuvo por el término de 2 meses y 27 días, pues el día 27 de abril de 2018, la demandada decidió dar por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa, dice que la razón aducida por la demandada fue el daño de un lote de tela direccional, el incumplimiento de horario y uso de teléfonos y chat en horario laboral, que no está de acuerdo con las razones aducidas por la demandada en cuanto no le fueron entregados los moldes de las telas correspondientes y en la diligencia de descargos del día 24 de abril de 2018, no quedaron claros los motivos por los cuales se le endilga tal hecho, pues los errores no fueron suyos, aduce además que tenía un acuerdo previo con su empleador para llegar tarde y que nunca recibió un llamado de atención por uso de celular o por chatear, que la demandada no le dio el preaviso correspondiente de 15 días para dar por terminado el contrato y que le fue consignada la suma de \$1.386.493 por concepto de prestaciones sociales del período comprendido entre el 1° de febrero de 2018 y el 27 de abril de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

TEXSPAN EU y BLANCA INES BAUTISTA DE PIRAQUIVE. Se opusieron a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptaron la existencia de la relación laboral pero a partir del 1° de febrero de 2018 y la finalización del mismo con justa causa, frente a los demás manifestaron que no son ciertos. Propusieron como

excepciones las de inexistencia del derecho reclamado y terminación del contrato con justa causa, debido proceso y buena fe (fls. 32 a 45).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de octubre de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las súplicas de la demanda instaurada por el señor DIEGO FERNEY CASAS CONTRERAS, se aclara absolver a las demandadas TEXSPAN EU, y BLANCA INÉS BAUTISTA DE PIRAQUIVE de todas y cada una de las súplicas de la demanda instauradas por DIEGO FERNEY CASAS CONTRERAS, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. **TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 pesos a favor de ambas demandadas, esto es \$250.000 para TEXSPAN EU y \$250.000 para BLANCA INES BAUTISTA DE PIRAQUIVE. **CUARTO:** De no ser apelada oportunamente la presente sentencia consúltese con el superior, las partes quedan legalmente notificadas en estrados.”

El Juez circunscribió el problema jurídico en determinar si medió una justa causa para la terminación del contrato de trabajo del actor. Para resolverlo indicó que si bien la carta de terminación del contrato del actor se fundó en las justas causas previstas en los numerales 9, 10 y 13 del artículo 62 del CST, lo cierto es que del análisis de los hechos encontró probada la causal prevista en el numeral 4° de la misma norma, en cuanto definió que el actor

reconoció la existencia de un error al momento de realizar el corte de unas telas que generó el daño de 400 prendas aproximadamente, que con ello se puso en peligro la seguridad de las cosas de la empresa y por ello el contrato de trabajo del actor terminó por una justa causa. Dijo además que la demandada también adujo en la carta de terminación del contrato, que el actor llegaba tarde constantemente, hecho que fue ratificado por él mismo en la demanda donde argumentó que ello se dio por un acuerdo realizado con el empleador para ingresar un poco más tarde, que el actor no probó la existencia de dicho acuerdo y en ese orden esta conducta también constituiría una justa causa de terminación de la relación laboral, específicamente a definida en el numeral 6° del literal a) del artículo 62 del CST, misma situación que ocurriría con el hecho referido al uso del teléfono celular en horario laboral, pues el actor también aceptó claramente que en el área de corte era prohibido usar celular y aunque refirió que las llamadas eran netamente laborales, nada probó al respecto.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre la ocurrencia de los hechos aducidos en la terminación del contrato, pues si bien se cometió un error por parte del trabajador en el corte de las telas, éste fue inducido en cuanto solo recibía los moldes para cortar pero no le correspondía hacerlos, y no se probó que él hubiera realizado alguna modificación a dichos moldes, que además de ello en la carta se aluden sobrecostos por en los procesos de tintorería, confección y demás áreas que intervienen en el área de confección, hecho que no se acreditó y tampoco sería responsabilidad del actor sino de sus superiores que no verificaron y continuaron con el proceso pese al error en el corte, dice además que el incumplimiento en las fechas

de entrega que se aduce, nada tiene que ver con el demandante en cuanto esta no era su responsabilidad. Frente a los demás aducidos en la carta de terminación expresó que tampoco hay prueba de las llegadas tarde; que el mismo demandante manifestó que en ocasiones debía acudir después de su jornada laboral a realizar entregas en otro municipio, luego eso puede ser por un acuerdo con el empleador, quien además no le pagó las horas extras correspondientes, dice además que tampoco se respetó el debido proceso en la diligencia de descargos porque no está definido que las personas que intervinieron en ella fueran quienes tenían la función de realizar dicha diligencia y que de todas formas aun cuando el Juez definió que el actor era experto en su oficio para concluir que sabía muy bien lo que hacía cuando realizaba el corte de las telas, en este proceso no se demostró siquiera la existencia de capacitación alguna para demostrar que la demandada había instruido con suficiencia al trabajador sobre el oficio a realizar¹.

¹ *“Interpongo recurso de apelación en el siguiente sentido, primero, frente a las consideraciones hechas por el despacho frente al despido sin justa causa con la carta hecha del 27 de abril del 2018 se establece que finalmente, determinaron diferentes conductas, como argumentar de que una modificación a los moldes sin autorización del superior a cargo, usted tiene, segundo usted tiene autoridad de modificar moldes sin autorización o incumplimiento, de esta norma clausula decima primera, numeral cuarto del contrato de trabajo, autorizado y ejecutado sin ser una competencia operaria que afecte los intereses del empleador, y, usted es responsable del área de corte en bloque, por lo anterior, en su conocimiento están los moldes que fueron entregados previamente, no pueden ser modificados por ninguna circunstancias si no es aprobado por la líder de diseño sobre estos tres, argumentos, no hay ninguna prueba dentro del expediente o dentro del proceso que demostraran este tema, que el solo hecho que se cometió un error no sustenta un despedir con justa causa, por el error fue inducido cuando hablan de error inducido, es porque yo a quien le debo hacer caso, le tengo que hacer caso al trabajador como tal o a la máquina, al trabajador le mandan a cortar unos moldes, le mandan a cortar una tela, un bloque, un lote como dice dentro del proceso ahí hay un lote para que lo corte bajo estas premisas que es un molde, esa partecita nunca la demostraron que errores hubieron claro, hubieron, quien indujo al error al trabajador, el trabajador conscientemente no dijo, venga yo corto esto porque caprichosamente me toco cortarlo, eso no es cierto, es una cosa completamente sin sentido esas tres causales además en el expediente en este momento prueba alguna que demuestre que el trabajador fue arbitrario o que fue caprichoso en el corte no lo demuestra, solo porque en la carta él dice no estoy de acuerdo que se cometieron errores, que errores se cometieron, será que se cometieron errores en la llegada tarde, será que se cometieron errores cuando contesto el celular, esa es una gran pregunta que el despacho no resolvió, se respeta porque es el despacho, la causal anterior al corte de 400 prendas en referencia en bidireccional no puede ser generando un impacto dentro al interior de la compañía, los impactos generados por su descuido generando solo un desperdicio en materia prima si no un sobre costo en los procesos de tintorería confección y áreas que intervienen en la producción, mire estas conductas, aparte de todo le están diciendo al trabajador que la causa las prendas no pudieron ser procesadas se presentó un molde, y en ese molde que se hizo simple y llanamente con el molde se definió una prenda como tal, si nosotros hubieran dicho es que en el molde usted lo cambio, usted lo hizo, usted lo transformo porque aquí están diciendo que lo transformó y no hay*

documento alguno, y no hay ni siquiera pregunta, donde dice que fue transformado el molde y que fue transformado caprichosamente, no hay ninguna pregunta y por consiguiente esta partecita que dicen que hubo un sobrecosto si él hace un corte la persona que recibe este corte obligatoriamente debió decir eso está mal, pero siguieron con todo el proceso mire la negligencia que tuvieron sus jefes porque además que aparece otros jefes los de tintorería allá no es diseño, ahora aparece tintorería, de acuerdo de lo que tenemos en el expediente, en ese momento quien está en el error, y nos están diciendo que hay un sobrecosto, ahí tampoco hay ninguna prueba, el incumplimiento de las fechas de entrega, por parte de la compañía, él no tiene que ver con las fechas de entrega de parte de la compañía si hay un error, se cometió un error en moldes o tintorería, obligatoriamente toca tomar los correctivos que fueran necesarios pero no se necesita decir es que usted cometió el error porque hubo un cambio de molde o una modificación de molde, nunca se determinó acá, se observa lo corrido del mes de las llegadas tarde, puede observarse lo corrido del mes, pero miren las pruebas donde nos dice nos pasan documentos y esos documentos solamente están definiendo que llegaron tarde que llegaron tarde, ahora los contratos no solamente hay solemnidad cuando estoy bajo el concepto de subordinación en tiempo modo y lugar lo mínimo que debería haber hecho el trabajador, yo llegue tarde porque hay un acuerdo, además le preguntan en el interrogatorio de parte yo hacia los mandados yo pasaba después de las 5 de la tarde, entregar mercancía, claro de ahí se supone que hay un acuerdo, es sencillo, es solamente una situación donde dice que no le pagan horas extra porque en la liquidación no pagan las horas extra, pero si hay un acuerdo, posiblemente cuando le preguntan que más actividades hacia un horario de 7 a 4, pero también me iba al municipio a hacer unas entregas y habla de un municipio en el Cundinamarca, su horario no era de 7 a 4, se hacía extensivo y lo dice espontáneamente, él lo dice como complementando otra pregunta, se observa entonces de inmediato que pruebas hay, las pruebas que solamente cuales son, las pruebas que encontramos son evidentes son pruebas que no tienen ni siquiera, no tiene el ámbito de prueba sumaria para tomarla en cuenta, no firmo el trabajador lo tiene que firmar dos testigos, cualquier persona, esas pruebas no argumentan el hecho los minutos ni nada ósea no tiene ninguna circunstancia de incongruencia entre lo probado y lo fallado pero en esta, es importante decir aparte de todo de que no se probaron los hechos, solamente hay una circunstancia y una pregunta muy grande, que a la señora testigo Diana Piraquive, que atestiguo aquí y dijo si a mí también me hicieron unos descargos este es el documento, resulta que no se sabe si hicieron los descargos, no se sabe si ella actuó no hay ni idea, venga los descargos también tienen un procedimiento va al concepto del debido proceso para un trabajador, cual es el debido proceso citarlo mínimamente y decir quién es el que lo puedo sancionar a él, quien es el que lo puede llamar a descargos, quien puede dar por terminado, pero aquí la firma la gerente administrativa o la jefe dice líder administrativa la señora Natalia Bonilla pero también es la que firma la carta, pero aquí ya es la líder administrativa, simplemente el debido proceso no se respetó que ella allá reconocido básicamente errores solamente reconoció el error en qué consistía que eso si brilla por su ausencia, ahora, estamos como el concepto con la carta que nos mandan a nosotros se expide la solicitud no está a paz y salvo, estamos con el concepto de que tenemos la probar de que si el señor no nos recibió a trabajar, con esa carta ni siquiera podía, ir a pedir trabajar, debía que cambiar su profesión siempre había sido cortador, porque por el hecho de que una persona llegue con una carta de esos no solamente en esa actividad o cualquier actividad de inmediato que hace, se reserva el derecho y no va a contratar una persona que tuvo un conflicto con anterioridad, vean toda la situación del error que se establece, él dice hubo errores, pero no saben cuáles son los errores que hubo, no sabe si fue los errores en el momento del corte, del molde, no se determina el error entonces el despacho si hay una cosa que si estoy de acuerdo en la parte del despacho, no define que la presunción que no está definiendo en la última parte que nos dice aquí hubo un error, un error no, se envió una certificación, esa certificación se vulnero el derecho estamos acostumbrados en nuestra justicia que exista una consecuencia grave para poder decir si usted cometió el error, usted cometió el delito, acá no, acá solamente la intención se tipifico esa intención con el documento que se le entrego al trabajador, ya está tipificado ese hecho está tipificado es un hecho cierto, que además usted lo reconoce, entonces en eso estoy totalmente de acuerdo, entonces que sucede el comienza lo sacan automáticamente de su actividad, supuestamente es profesional y, para concluir hay una cosa bien particular se dice el trabajador es experto en dos meses, operario, era experto en dos meses, aquí demostraron en alguna parte, demostraron si hubo capacitación al trabajador, y se suscribió la capacitación para que hiciera esa actividad nunca, además como se dice es riesgosa, lo dicen ellos no lo decimos ellos, por la misma maquinaria pues como tiene ese problema acá, en que nos convertimos, solamente nos convertimos en que finalmente, se vulnero todos los derechos del trabajador, y hoy estamos definiendo que nos tocó entre

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada presentó alegaciones. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Por su parte el apoderado de la parte demandante pide que se revoque la sentencia de primera instancia y reitera los argumentos expuestos en el recuso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si medió una justa causa para la terminación del contrato de trabajo del actor.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia: **i)** que entre el demandante y TEXSPAN EU existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año y que estuvo vigente entre el 1° de febrero de 2018 y el 27 de abril de 2018 (fls. 6 a 11 y 15); **ii)** que para la terminación del contrato la demandada

otras palabras hacer la demanda casi el trabajador decir voy a demandar para que efectivamente fuera escuchado, no se resolvió dentro del plenario del proceso, nunca se resolvió, se reconoció el error, pero el error en que consiste, por eso yo le interpongo el recurso en ese sentido, por apreciación indebida de la prueba y en el concepto de la sana crítica solicito que se concedan las pretensiones solicitadas en primera instancia?

adujo la existencia de una justa causa (fl. 15); **iii)** que el demandante ocupaba el cargo de operario de confección y devengaba la suma mensual de \$1.059.000 (fl. 6).

- **Sobre la Existencia de Justa Causa en la Terminación del Contrato de Trabajo.**

Para resolver este aspecto de la controversia, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal *a)* define en forma taxativa las conductas del trabajador que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, de manera unilateral con justa causa y por ello sin el pago de indemnización.

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido, en punto a las justas causas de terminación del contrato de trabajo, que el empleador no está obligado a citar la norma en que se adecuan los hechos aducidos como fundamento de la terminación del contrato de trabajo, pero sí está obligado a expresar con claridad los hechos concretos que fundamentan su decisión y no podrá con posterioridad, aducir razones distintas a las planteadas inicialmente para la terminación del contrato (SL 16219-2014 y SL 005-2019).

Teniendo en cuenta el anterior fundamento jurisprudencial, e independientemente de las justas causas invocadas por la demandada para dar por terminado el contrato del actor, la Sala analizará si los hechos planteados en la carta de terminación del contrato se enmarcan dentro de algunas de las justas causas previstas en el literal *a)* del artículo 62 del CST.

Al efecto, de la carta de terminación del contrato que obra a folio 15 del expediente, se advierte que TEXSPAN EU refirió como hechos constitutivos de la justa causa del despido, los siguientes:
“(…) 1. Es usted el responsable del área de corte en Bloque. Por lo

anterior es de su conocimiento que los moldes estándar para corte, fueron entregados previamente, mismos que no pueden ser modificados bajo ninguna circunstancia sin aprobación de la Líder de Diseño y Desarrollo. 2. Usted modificó los moldes sin autorización de la supervisora a cargo. 3. Usted no tiene autorizado modificar moldes sin autorización, incumpliendo de esta forma la Cláusula Décimo Primera, numeral 4, del Contrato de trabajo, Autorizar o ejecutar sin ser su competencia, operaciones que afecten los intereses del empleador. 4. A causa de lo anterior el corte de las 400 prendas de la Referencia: Short Bidireccional, no pudo ser procesado, generando un impacto importante dentro de la operación de la compañía. Los impactos generados por su descuido, generaron no solo un desperdicio de materia prima, sino sobrecostos en los procesos de tintorería, confección y demás áreas que intervienen la producción. 5. El incumplimiento en las fechas de entrega por parte de la compañía a los clientes, no solo afectan nuestra credibilidad sino pueden causar sanciones, la consecutividad del contrato y la cancelación del pedido. 6. Se observa que en lo corrido de los meses de Febrero, Marzo y Abril, usted incumple de manera constante la Cláusula Quinta Numeral 11, del contrato de trabajo, en cuanto al horario de trabajo. Cumplir con el horario de trabajo establecido en la cláusula novena del presente contrato y justificar ante la gerencia cualquier incumplimiento del mismo. 7. Tal como lo manifiesta y acepta usted en sus descargos, realiza usted actividades (hablar por celular y chatear), incumpliendo de esta manera constantemente la cláusula Quinta Numeral 15, parágrafo 3, del contrato de trabajo. Se prohíbe la utilización de equipos de cómputo para consultar redes sociales. No está autorizado a contestar mensajes, recibir llamadas, en su lugar de trabajo. Conforme a lo anterior, con relación en el contrato de trabajo y las constantes faltas presentadas por usted frente a la Cláusula Quinta. Obligaciones del Empleado, Numeral 11 y 15, y en concurrencia con el código sustantivo de trabajo Art 62 Numeral 9, 10 y 13 Texspan EU, toma la decisión de dar por terminado de manera unilateral, el contrato de trabajo a término fijo (...)”

De los hechos aducidos por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo al actor, el juez de primera instancia encontró que los hechos referidos a la modificación de los moldes para corte, se enmarcan dentro de la causal prevista en el numeral cuarto del literal a) del artículo 62 del CST, pues el actor realizó un daño en la materia prima de la demandada y con ello puso en peligro la seguridad de las cosas de la compañía.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el fundamento del recurso se sintetiza en la falta de prueba de la ocurrencia de los hechos aducidos como justa causa, analizará la Sala si esta primera causal que el Juez encontró probada se configuró o no.

Al efecto, una vez revisadas y valoradas en conjunto las pruebas aportadas al expediente, la Sala concluye que el actor cometió un error en el corte de la tela que generó el daño de 400 prendas aproximadamente. La Sala arriba a la anterior conclusión, pues durante la diligencia de interrogatorio de parte rendida por el actor (CD. 2 min. 15:27) éste manifestó que existió un error en el corte de la tela porque la diseñadora DIANA PIRAQUIVE no le había hecho la entrega del molde correspondiente o correcto para cortar la tela que terminó dañada, hecho similar al que refirió en la nota que él mismo dejó en la carta de terminación del contrato (fls. 16 y 17) y que fue además mencionado en el hecho 4 de la demanda (fl. 1).

Sin embargo, el mismo demandante en diligencia de descargos rendida el 24 de abril de 2018 (fls. 64 a 67), al preguntársele específicamente *“Indique si es cierto o no que los moldes de esa referencia fueron entregados con anterioridad, por Diana Piraquive, Líder de Diseño y Desarrollo?”*, respondió expresamente *“sí”* y posteriormente al preguntársele *“Indique si es cierto o no que la referencia quedo mal cortada y que así no es posible procesarla en la planta”* respondió expresamente *“sí”*. Además de lo anterior, si bien

el demandante manifestó en el interrogatorio de parte que algunas de las afirmaciones que contenía la diligencia de descargos no eran ciertas porque no correspondían a las respuestas que el dio, específicamente las referidas precedentemente fueron aceptadas.

Aunado a lo anterior, el actor siempre reconoció la existencia de un error en el corte a lo largo del proceso, pues tanto en el hecho cuarto de la demanda, como en la anotación manuscrita realizada en la carta de terminación del contrato dejó claro que *“no quedaron claros los motivos por los cuales se le indilga (sic) la culpa solo a él, pues los errores no fueron solo suyos”* y también dijo en diligencia de interrogatorio al relatar lo sucedido, que él se limitaba a realizar el corte de la tela de acuerdo a los moldes que le entregaba previamente la diseñadora y que como ella no le entregó los moldes cortó la tela con el molde que él tenía. Afirmaciones que resultan coincidentes con lo manifestado por DIANA PATRICIA PIRAQUIVE BAUSTISTA (CD. 2 min. 34:04) en diligencia de testimonio, quien refirió ser la diseñadora que trabajaba con el actor y sobre el punto de la controversia dijo específicamente, que los moldes eran entregados con anterioridad al demandante y que era él quien se encargaba de la custodia o cuidado de los mismos, que el día del incidente el actor se encontraba realizando el corte con un molde respecto del cual ya había cortado tres o cuatro grupos y que sobre el quinto grupo del corte que realizaba con ese mismo molde, no lo realizó de manera similar a los demás y por ello se dañaron aproximadamente 400 prendas.

Del recuento realizado por la Sala en precedencia, lo único cierto que se encuentra es que el actor tenía el molde con el cual debía realizar el corte, pues así lo aceptó en diligencia de descargos, y que éste efectivamente cometió un error en el corte, pues también aceptó este hecho en diligencia de interrogatorio de parte y en el manuscrito que dejó en la carta de terminación del contrato; lo que realmente no se acreditó es que el error se hubiere presentado por

la no entrega del molde correcto, pues como se dijo él aceptó haberlo recibido, luego el único error ocurrió en el corte de la tela, función específica que era desarrollada por el demandante y sobre la cual no hay controversia en el proceso.

Por lo anterior no es cierto, como lo aduce el apelante en el recurso que no se haya probado la existencia del hecho que configura la justa causa, pues si se acreditó, según lo dicho y no porque el actor hubiere sido inducido a error porque no se le hiciera entrega del molde correcto, como lo expone el recurrente, pues ciertamente él mismo aceptó recibir el molde de la referencia y que la tela quedó mal cortada, pero no porque hubiere recibido o no un molde incorrecto.

Para la Sala las anteriores son razones suficientes confirmar la decisión de primera instancia, que concluyó que la terminación del contrato de trabajo de DIEGO FERNEY CASAS CONTRERAS se dio por la existencia de una justa causa, razón por la cual también se releva del estudio de la ocurrencia de los demás hechos aducidos.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0034-2021

Radicado N° 39-2016-00031-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta a favor del **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON**, en contra de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS a través de **PORVENIR S.A.**, condenó a dicha AFP a trasladar los gastos de administración hacia el **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON** y a dicha Entidad a recibir dichas sumas y a registrar que del 1º de abril de 1999 al 31 de enero de 2004, la demandante fue su afiliada, negó las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP (fl. 536 a 539, 01:22:53 cd fl 535).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 31 a47).**

MARTHA IVONNE LADINO RUBIANO solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS a través de **PORVENIR S.A.**, en

consecuencia, declarara que mantuvo su afiliación a **FONPRECON** sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico indicó que nació el 16 de junio de 1958, que laboró en el sector privado consolidando 123.78 semanas cotizadas, que el 02 de octubre de 1992 se vinculó con la CÁMARA DE REPRESENTANTES del CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, que el 16 de junio de 1993 cumplió 35 años de edad y es beneficiaria del régimen de transición por edad. Aseguró que el 1° de abril de 1999, se trasladó del RPM al RAIS por afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no le suministró información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Posteriormente, el 22 de diciembre de 2003, efectuó su retorno al RPM con **FONPRECON**, el cual se hizo efectivo en marzo de 2004, previa asesoría de la propia AFP que le indicó que su mejor opción pensional era retornar al RPM.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones. Indicó que al igual que con todos los potenciales afiliados, informó a la demandante las características del RPM y del RAIS y siempre brindó canales de contacto para atender sus inquietudes y requerimientos y siempre le envió los extractos, dando una asesoría integral sobre todas las condiciones relacionadas con la forma de consolidación de la pensión en el RAIS. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y al genérica (fl. 261 a 268).

El **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, las semanas cotizadas por relaciones privadas, la fecha de vinculación al CONGRESO DE LA

REPÚBLICA y que el 1º de febrero de 2004, se hizo efectivo su retorno al RPM en cabeza de **FONPRECON**. Indicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición pensional porque perdió el mismo en razón a su traslado al RAIS y que no le constan las circunstancias particulares relativas a **PORVENIR S.A.** porque se trata de hechos de un tercero, así mismo, señaló que se adelanta proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por demanda que interpuso la demandante contra la Entidad por cuanto con Resoluciones 0442 de 2015 y 0637 de 2015, negó el reconocimiento de su pensión de jubilación conforme la Ley 33 de 1985, normatividad que no es aplicable por la pérdida del régimen de transición. Se abstuvo de proponer excepciones (fl. 284 a 294, 503 a 505).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 536 a 539, 01:22:53 cd fl 535).

El 26 de septiembre de 2019, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(...) PRIMERO: DECLARAR que el traslado que realizó la señora MARTHA IVONNE LADINO RUBIANO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, a través de PORVENIR y con efectividad a partir del 1º de abril del 1999, afiliación que finalizó el 31 de enero del 2004, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que deberá entenderse que la actora jamás se separó del régimen de prima media. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera a favor de FONPRECON, los conceptos que haya recibido por comisiones por administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a PORVENIR, estoy es, desde el 1º de abril de 1999 hasta el 31 de enero del 2004. TERCERO: ORDENAR a FONPRECON para que reciba los dineros de qué trata el numeral segundo, para financiar la pensión que llegará a obtener y qué entienda que el período del 1º de abril de 1999 al 31 de enero del 2004, siguió perteneciendo la demandante al régimen de prima media, es decir, que nunca se separó de FONPRECON. CUARTO: DECLARAR no aprobadas las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.690.000. SEXTO: CONSÚLTASE la siguiente decisión por resultar adversa a FONPRECON, en el

sentido que hay una implicación en la sentencia n el sentido de decir que jamás se ha separado del régimen de prima media y de su afiliación, por lo que se deberá tener en cuenta. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si el traslado de la demandante del RPM al RAIS fue libre y voluntario y generó efectos jurídicos o fue ineficaz por incumplimiento del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver señaló que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 consagró la libertad de selección de régimen pensional y que el artículo 271 de la misma norma sanciona su violación señalando que la afiliación no tendrá efectos, así mismo, que la H. CSJ ha indicado que el deber de información no se agota con la firma del formulario de afiliación y que corresponde a la AFP acreditar su cumplimiento diligente. Aseguró que **PORVENIR** no acreditó que brindó una asesoría a la demandante sobre las condiciones de cada régimen y el alcance de su decisión de traslado pensional, por tanto, declaró ineficaz el mismo, más aún cuando la demandante tenía régimen de transición y no se demuestra que se le informó que lo perdería si se trasladaba. Toda vez que la AFP ya devolvió los aportes, se limitó a condenarla a devolver los gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia y absolver de toda condena. Indicó que la sentencia desconoció el principio de legalidad por cuanto el traslado de régimen pensional se efectuó cumpliendo las exigencias legales exigibles en 1999 e incluso se realizó una proyección pensional sin existir deber de hacerlo, sin que se le pueda exigir el imposible de acreditar pruebas adicionales porque el formulario de afiliación era el único documento que soportaba la afiliación en esa época, finalmente, indicó que es ilegal condenar a la devolución de gastos de administración porque tal aspecto no hizo parte del problema jurídico, la Ley 100 de 1993 permite realizar los mismos y tal norma fue declarada exequible y su

devolución genera un enriquecimiento sin justa causa¹ (01:24:46 cd fl 535).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada **FONPRECON** indicó que la Entidad no tuvo participación alguna en el cambio de régimen y, en caso de mantenerse la condena, la AFP deberá devolver los recursos sin ningún tipo de descuento, además, la demandante perdió los beneficios del régimen de transición por su traslado. Por su parte, la demandada **PORVENIR S.A.** otorgó poder a la Dra. Yesenia Tabares Correa, identificada con CC 1.037.608.320 y TP 242.706 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia por cuanto la

¹ Su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por el despacho, teniendo en cuenta los siguientes aspectos. Desde una primera medida, las consideraciones adoptadas por el a quo tiene presente violaciones al principio de legalidad, referente a que al momento en que la demandante efectuó el traslado de régimen con mi representada, es decir, para el año 99, mi representada cumplió con las exigencias legales que frente al deber de información exigía, esto es, decretos como el 692 de 1994 frente al formulario de afiliación y suscripción del mismo, que era el único documento escrito en el cual acreditada la voluntad y libertad del afiliado para perfeccionar este tipo de actos jurídicos, en ese sentido, exigirle a mi representada aspectos adicionales o partiendo desde un primer aspecto de la mala fe de la filiación sencillamente no se deja ver de alguna manera los requisitos legales que para su momento del legislador le exigía las administradoras de pensiones, pues si bien, dentro del mismo escrito de mandatorio la parte demandante está reconociendo que PORVENIR le realizó una proyección frente a su mesada mesada pensional, que es un criterio que para la época no era exigencia de la administradora de pensiones, está partiendo el fallador de primera instancia de que tal aspecto no es suficiente y no llega a proporcionar un criterio tajante para acreditar ese deber de información. Entonces existe entre esta medida, frente a parámetros legales que exigían formulario, simplemente un formulario de afiliación de carácter documental y en aspectos frente a que mi representada realizó una proyección pensional, que no se cumple con ese deber de información, en ese sentido, se está considerando la decisión frente a criterios de que las afiliaciones realizadas por el régimen de ahorro individual, es decir PORVENIR, no cumplen requisitos frente que los mismos estaban ajustados a la ley para su momento. Analizar el artículo 167 CPG frente a que negaciones indefinidas no requieren medio probatorio, realmente no sirve de una interpretación o análisis que quisiera decir el legislador sino frente a la facilidad de la parte procesal que tuviese para llegar a la prueba al juicio, en ese sentido, PORVENIR frente de una afiliación del año 99 dónde no se le exigía documentos adicionales ni aspectos adicionales, ¿cómo puede llegar, en ese sentido, frente a un criterio frente a principios procesales de igualdad procesal o carga de la prueba, documentos adicionales o medios probatorios adicionales cuando la misma ley no lo exigía?, haciendo ese análisis, en ese sentido frente al deber de información actual, que ya sabemos que se le exigen aspectos adicionales. Como último aspecto, resulta claramente ilegal la condena a mi representada a la evolución de gastos de administración, en un sentido porque no fue centrado en la fijación del litigio, en un segundo aspecto, porque es desconocimiento a la Ley 100 que declaró la característica propia del régimen de ahorro individual de hacer este tipo de cobros frente a cubrir contingencias de invalidez y muerte y también la generación de rendimientos financieros en el régimen de ahorro individual en la cuenta de régimen ahorro individual de la demandante, previo a que mi representada ya realizó los traslados de aportes a la entidad FONPRECON, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa de la demandante, frente a que si no hubiese sido por esos rendimientos financieros propios del régimen de ahorro individual mi representada no hubiera generado esos cobros de gastos de administración y frente de esas mismas características, fueron declarados en su momento exequibles por la Corte Constitucional. En ese sentido solicitó al Tribunal Sala laboral de Bogotá revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, gracias.

carga dinámica de la prueba no puede aplicarse al punto de causar una presunción de mala fe del fondo, por lo cual debe considerarse que el nivel de diligencia del deber de información ha variado por etapa, de forma subsidiaria, solicitó absolver de la devolución de los gastos de administración, por cuanto se causan en ambos regímenes, su pago no generó detrimento patrimonial a la demandante, fueron usados conforme Ley y son la contrapartida por el manejo de los recursos de forma tan oportuna que generó rendimientos. Agotado el término legal, la demandante se abstuvo de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **FONPRECON**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de **FONPRECON**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* la demandante **MARTHA IVONNE LADINO RUBIANO** nació el 16 de junio de 1958 (fl. 2 y 3, 303 a 304); *ii)* la

demandante estuvo afiliada al extinto ISS hoy COLPENSIONES del 23 de enero de 1988 al 30 de mayo de 1992, cotizando 123,71 semanas (fl. 143 a 145); **iii)** la demandante se vinculó al CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA el 02 de octubre de 1992 (fl. 305), relación que conforme certificado del 21 de julio de 2014 (fl. 305 a 306); **iv)** la demandante se trasladó del RPM a RAIS al suscribir formulario de afiliación a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 18 de febrero de 1999 (fl. 270), el cual se hizo efectivo el 1º de abril de 1999 (fl. 271); **v)** la demandante retornó al RPM a través de afiliación al **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON** el 22 de diciembre de 2003, la cual se hizo efectiva el 1º de febrero de 2004 (fl. 271), siendo resuelto el 15 de septiembre de 2009, el conflicto por multifiliación indicando que en efecto pertenece a dicho Fondo (fl. 333); **vi)** **PORVENIR S.A.** reintegró los aportes de la CAIP de la demandante a **FONPRECON** el 06 de octubre de 2009 (fl. 335).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo 114 *ibidem*, consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993- *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*-, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó

en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

Inicialmente, en la sentencia Rad. 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias Rad. 31.314 del 9 de septiembre de 2008 y Rad. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la H. CSJ consideró que procedía la nulidad de la afiliación por vicio en el consentimiento al momento de suscribir el formulario de traslado al RAIS cuando se acredita engaño por el asesor del fondo causando que el afiliado adopte una decisión en contra de sus intereses.

Sin embargo, en la sentencia SL12136 de 2014, se amplió la comprensión del fenómeno bajo la tesis de la ineficacia, al considerar que solo si se acredita una libertad informada puede avalarse el traslado, toda vez que no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado. Posteriormente, en la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó

que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS a través de **PORVENIR S.A.**, condenó a dicha AFP a trasladar los gastos de administración hacia el **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON** y a dicha Entidad a recibir dichas sumas y a registrar que del 1° de abril de 1999 al 31 de enero de 2004, la demandante fue su afiliada, negó las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP.

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que la sentencia desconoció el principio de legalidad al desconocer que el traslado de régimen pensional cumplió las exigencias normativas de la época, que resulta imposible acreditar pruebas distintas al

formulario de afiliación y que es ilegal la condena a la devolución de los gastos de administración porque ello no hizo parte del problema jurídico, la Ley permite su cobro y ello fue declarado exequible y retornarlos genera un enriquecimiento sin justa causa.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **FONPRECON**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las

diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 18 de febrero de 1999, la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Ahora bien, resulta relevante considerar que la demandante era beneficiaria del régimen de transición pensional por edad, por cuanto completó 35 años el 16 de junio de 1993, siendo más exigente la prueba del cumplimiento diligente del deber de información, por cuanto era necesario informar a la demandante que su traslado hacia el RAIS causaría la pérdida de dicho beneficio toda vez que no tenía cotizados 15 años con anterioridad a su afiliación a la AFP, pese lo cual no se allegó prueba alguna en tal sentido.

Ahora bien, conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, a la vez que la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde al Fondo, motivo por el cual si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, ello no se puede equiparar a considerar que con el mero formulario de afiliación se acredita tal obligación, por cuanto se reitera, hay libertad probatoria para demostrar que el afiliado lego fue asesorado adecuadamente sobre las características de cada régimen pensional y las

consecuencias de su traslado en su caso concreto, más aún cuando en el caso bajo estudio conllevaba la pérdida del régimen de transición.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante y a considerar que dicha afiliación en el RAIS no generó efecto alguno.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **FONPRECON** por **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará que **FONPRECON** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que el **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, conforme la parte considerativa de esta providencia.

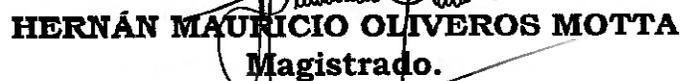
SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *Relaciones de w.t.*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA IVONNE LADINO RUBIANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA FONRECON
RADICADO: 11001 31 05 039 2016 00031 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la decisión por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada