



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MANUEL ANTONIO VILLAMIZAR MEJÍA contra FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.- Rad. 110013105-004-2019-0711-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos dentro del expediente de la referencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de julio de 2020. De igual modo, revisará la aludida decisión en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la accionada (Art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor MANUEL ANTONIO VILLAMIZAR MEJÍA pretende que se declare que entre él y CAPRECOM existió un contrato realidad de trabajo a término indefinido como trabajador oficial, el cual culminó por parte de CAPRECOM, de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene al pago de las cesantías, intereses de la cesantías, vacaciones causadas y no disfrutadas durante todo el tiempo del contrato, prima servicios, auxilio convencional de transporte y bonificación de recreación convencional durante todo el tiempo del contrato realidad, indemnización moratoria, sanción moratoria por no haberle afiliado ni consignado al fondo de cesantías; se reliquiden los salarios, además del reembolso por los aportes de seguridad social en salud, A.R.L y pensiones por el valor correspondiente al salario devengado durante la vinculación laboral; se condene al reembolso de la totalidad de los dineros que el demandante tuvo que pagar de su

peculio por concepto de seguridad social, debidamente indexados a la fecha del pago efectivo; la indemnización por terminación unilateral del contrato, aplicando los términos y parámetros del plazo presuntivo, la indexación de las demás sumas que resulten aplicables, lo ultra y extra petita, gastos, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que CAPRECOM para cumplir con su objeto social, lo vinculó mediante diversos contratos de prestación de servicios, cuya prestación material inició el 13 de septiembre de 2013 efectuándose varias prorrogas en diferentes fechas, siendo en cada una de ellas, la vinculación formal posterior a la prestación formal del servicio; que los cargos desempeñados fueron el de auditoria médica y Profesional médico para el proceso de comité técnico científico servicios no POS, habiendo laborado de forma permanente sin solución de continuidad y cumpliendo horario desde el 13 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero del 2016, fecha en la cual CAPRECOM termino por causa legal, más no justa, el contrato de trabajo. Que devengó como último salario mensual la suma de \$2'604.603 y siempre cumplía horario. Que, si no hubiere accedido a firmar los presuntos contratos de asociación y los sucesivos contratos de prestación de servicios, CAPRECOM EICE no le hubiera permitido seguir laborando, y devengar los ingresos económicos para su sustento y el de su familia. Que el sindicato SINTRACAPRECOM era una organización sindical de carácter mayoritario en CAPRECOM EICE y sus trabajadores oficiales, se les reconocían la totalidad de las prestaciones extralegales que fueron estipuladas en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre CAPRECOM y el sindicato SINTRACAPRECOM. De igual modo indicó que CAPRECOM E.I.C.E. no le pagó sus derechos laborales legales, no lo afilió ni pagó los aportes al régimen de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales. Nunca se le reconocieron ni consignaron las cesantías y tampoco le fueron pagadas al momento de su terminación; de igual modo, nunca se le reconocieron y pagaron los derechos convencionales. Asegura que el actor agotó la reclamación administrativa ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., cuya respuesta fue negativa (Fls. 4 a la 23).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - PAR CAPRECOM S.A. LIQUIDADO, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Para ello señaló que, estas se fundamentan en el desconocimiento de la naturaleza de los servicios que el actor prestó como contratista de servicios profesionales; que la documentación allegada junto con el escrito de la demanda, y

la orfandad probatoria de la presunta subordinación supuestamente sustentada por las funciones desarrolladas, los horarios de trabajo, los descansos, la existencia de un jefe, todas estas instrucciones de la extinta Caprecom, teoría que es completamente desvirtuada con los contratos de prestación de servicios allegados donde denota que simplemente refiere a instrucciones generales para el desarrollo de las actividades de quienes prestaban servicios en la entidad o instrucciones para el giro normal de actividades y desarrollo de los contratos firmados de común acuerdo por las partes, documentos allegados que se presumen auténticos. Que la extinta Caprecom celebró ordenes de prestación de servicios profesionales con el demandante y cumplió con las obligaciones consignadas dentro del mismo, sin que sea procedente el pago de los derechos alegados, más teniendo en cuenta que no se aportó prueba que demuestre la subordinación, elemento esencial para la existencia de un contrato laboral. Advirtió que Caprecom, como Empresa Industrial y Comercial del Estado, estaba facultada legalmente a la ampliación de plantas de personal de las entidades públicas, para lo que fue necesario recurrir a la figura de contratación por prestación de servicios. Que en el presente caso, el contrato finalizó al cumplimiento de la fecha inicial de la orden de prestación, la cual era conocida por los trabajadores; que las funciones realizadas por el señor MANUEL ANTONIO VILLAMIZAR MEJÍA fueron con armonía con el objeto de la prestación del servicio, para dar cumplimiento al objeto contractual, tenía que darse en determinadas horas, sin que esto conlleve a subordinación alguna. Igualmente, no se aportó al proceso prueba alguna que el demandante haya sido vinculado como trabajador oficial, adicionalmente, para este tipo de contratos, se exigen una serie de procedimientos y pautas de selección que no se vislumbran en el presente caso. De otro lado, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, el empleador no tuvo el deber legal del pago de prestaciones sociales. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de las obligaciones demandadas, obro de lo no debido y pago», «buena fe» y «prescripción» (Fls. 60 a la 81).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 08 de julio de 2020, declaró que entre el demandante y CAPRECOM existió una relación laboral mediante contrato a término indefinido, en calidad de trabajador oficial entre el 13 de septiembre de 2013 y el 31 de enero del 2016; devengando un salario mensual de \$2.604.603. Declaró que el demandante es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre CAPRECOM y el Sindicato SINTRACAPRECOM; declaró que la Fiduciaria La Previsora S.A. es la entidad

encargada de responder por las siguientes sumas de dinero: \$10.545.619 por concepto de cesantías, \$219.220 por concepto de intereses de la cesantías, por concepto de vacaciones \$6.207.637, \$2.604.603 por concepto de prima de vacaciones, prima de retiro \$5.209.603; \$14.325.316 por concepto de indemnización por despido sin justa causa; al pago de indemnización moratoria en la suma de \$86.820 diarios desde el 20 de mayo de 2016 hasta el 27 de enero del año 2017 en la suma de \$21.531.385, suma que se debe cancelar debidamente indexada a la fecha de su pago. Decidió absolver a la demandada de todas las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, absolvió a la demandada de las demás pretensiones. Se condenó en costas a la Fiduprevisora.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que conforme a las pruebas aportadas se podía definir que el señor MANUEL ANTONIO VILLAMIZAR MEJÍA prestó personalmente el servicio en favor de CAPRECOM, lo cual hacía presumir el contrato de trabajo, frente a lo cual, la demandada no aportó prueba alguna para desvirtuar esta presunción. Adicionalmente, indicó que el demandante tenía que cumplir un horario laboral y estaba supeditado a los señalamientos por su jefe para la realización de sus visitas diarias, lo que conlleva a afirmar que sí hubo subordinación por parte de la entidad demandada; teniendo como fecha de inicio del contrato laboral el 13 de septiembre de 2013 y de finalización el 31 de enero del 2016, de manera ininterrumpida y como trabajador oficial, lo cual lo hace beneficiario de la Convención Colectiva, dando lugar al estudio de las prestaciones sociales y convencionales solicitadas, advirtiendo que se encontraba parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 30 de enero de 2016. De igual modo, resaltó con relación a la finalización de contrario, que no era causal justa de despido la liquidación de la empresa o entidad empleadora, dando lugar al pago de la indemnización correspondiente. Con relación a la devolución de aportes a seguridad social integral, indicó que el demandante no aportó prueba alguna de las erogaciones que causó a motu propio por concepto de seguridad social y pensión, por lo que no se accedía a esta pretensión. En lo que respecta a las indemnizaciones moratorias, se encontró que la conducta de la pasiva estuvo revestida de mala fe.

RECURSO DE APELACION

El apoderad judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión, de manera parcial, solicitando en torno a la excepción de prescripción que

se haga observancia del principio de favorabilidad, en cuanto a la aplicación del precedente judicial fijado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL15528 del 26 de octubre del 2016, donde se determinó la hermenéutica en lo que atañe a la aplicación de la prescripción, que si esta ocurre dentro del trienio posterior a la finalización del vínculo contractual, habrá de entenderse que los derechos causados en el trienio anterior a la misma finalización no se encontraban prescritos. Que, conforme a dicho precedente, en el caso concreto la terminación del contrato fue el 31 de enero de 2016, la reclamación administrativa se hizo el 03 de enero de 2019 y la demanda se hizo en septiembre de 2019, por tal razón y teniendo en cuenta que el contrato inició en «septiembre de 2019» (sic) no habría lugar a la prescripción de los derechos laborales por todo el vínculo contractual. En segundo lugar, indicó con relación a la indemnización moratoria, que el A quo, para tal efecto contabilizó 90 días desde el 1° de febrero y el 20 de mayo, asumiéndolos como días netamente laborales y por ello se extendió un poco más, pues de tomarse los días calendarios habría una diferencia de 20 días menos. En sentido, solicita que se tenga en cuenta el precedente vertical de CSJ SL981-2019, la cual concluyó que el plazo se debe contar de forma común y no como días hábiles y en esa medida, daría lugar a modificar la liquidación efectuada.

Por su parte, el apoderado judicial de la pasiva, apela la decisión señalando que si existen pruebas de la exclusión de la subordinación, los cuales son los contratos de prestación de servicios que en su clausulado muestran las actividades específicas que debía realizar el actor, los testimonios aportados al proceso, de donde se encuentra que dos de ellos ya habían iniciado sus procesos en contra de CAPRECON, de los cuales se muestra que la labor realizada era independiente, de modo que no se acreditó la subordinación por parte de esas personas que no pueden dar fe de las labores que prestaba, sino únicamente de la asistencia a los lugares físicos de CAPRECOM en horas de la mañana y tarde, que corresponde a actividades enmarcadas dentro del contrato de prestación de servicio, como los informes que debía presentar y no por esto se está bajo una prestación subordinada. En cuanto a la convención colectiva, se solicita se revise que se haya aportado con el sello de depósito y su vigencia, que sea legible y que el mismo tenga la certificación de vigencia y que el mismo sea prueba que sea extensiva a todos los empleados de CAPRECOM, pues allí no se menciona. En cuanto a la responsabilidad de Fiduprevisora, señaló que, si bien esta entidad es la representante de la extinta CAPRECOM, esta no es responsable de las condenas expuestas en la sentencia, que lo único que hace es verificar la defensa de la entidad y administrar dicho

patrimonio. Indicó que, en caso de que no se admitan las razones expuestas, solicita se revisen las liquidaciones y que no acoge la tesis del Despacho en torno al auxilio de transporte, pues el indicado en el CST se refiere al decretado por el Gobierno Nacional. Por último, manifestó no era dable afirmar que la terminación del contrato del demandante fue por el proceso de liquidación de CAPRECOM, sino que lo fue por la terminación de su contrato de prestación de servicios, por ende, no es procedente condenar a la entidad demandada al pago de indemnización por despido sin justa causa; así como tampoco por la indemnización moratoria, ya que la entidad no obró de mala fe como se muestra en los contratos de prestación de servicios, donde había un supervisor del contrato, que no era jefe. Con relación a la prescripción, solicita se confirme la misma.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionada presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación resolver los siguientes PROBLEMAS JURÍDICOS: i) determinar si tal como lo asevera el demandante el vínculo que loató con la accionada es una relación de carácter laboral regida por un contrato de trabajo, o si por el contrario y como lo afirma la entidad convocada, se trató de una prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, ii) en caso de encontrarse configurados los elementos propios del contrato de trabajo, analizar si hay lugar al pago de las acreencias ordenadas en primera instancia y; iii) si procede el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto y de la sanción moratoria.

CONSIDERACIONES

Lo primero es revisar la naturaleza jurídica de la entidad accionada, a efectos de determinar la calidad de vinculación que ostentaría el demandante. Para ello, basta con revisar el contenido de la Ley 314 de 1996, que en su artículo primero indica que el Establecimiento Público creado mediante la Ley 82 de 1912 se transforma en virtud de esa normativa en Empresa Industrial y Comercial del Estado y respecto a

sus empleados, en el artículo 12 ibidem establece que «quienes desempeñen los cargos de Director General, Secretario General, Directores Regionales, y Jefes de División, serán empleados públicos. Los demás servidores públicos vinculados a la planta de personal existentes a la fecha de promulgación de la presente ley, pasarán a ser trabajadores oficiales».

Así las cosas, es necesario señalar como premisas que definen el contrato de trabajo de los trabajadores oficiales, calidad que ostentaría el demandante, atendiendo la naturaleza jurídica de la accionada como entidad pública y la actividad que aquél desempeñó «PROFESIONAL ESPECIALIZADO PARA ADELANTAR PROCESOS DE AUDITORIA» y «AUDITORÍA MÉDICA» como consta en los contratos de prestación de servicios y la certificación emitida por dicha entidad (folios 47 y 48, 330 a 364). En tal sentido, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: (i) prestación personal del servicio, (ii) continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, y (iii) un salario como retribución. A su vez el artículo 3º del ordenamiento en cita estipula que «...una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera...».

De igual modo, se dispone en su artículo 20 que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y, que corresponde al empleador la carga probatoria de desvirtuar la presunción legal en mención. Así lo ha considerado de antaño, la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, verbigracia, en la sentencia CSJ SL1012-2015, donde señaló que cuando se discute la existencia de un contrato realidad, corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio, mientras que la accionada tiene la carga de desvirtuar la presunción de subordinación consagrada en el art. 20 del Decreto 2127 de 1945.

Por otro lado, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º del Decreto Ley 165 de 1997, establece la facultad de las entidades públicas de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la

administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimientos especiales. Adicional a ello establece que dichos contratos en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

De conformidad con las normas y jurisprudencia aplicable al caso de autos, corresponde señalar que la parte actora solicitó que se declarará la existencia de un contrato de trabajo desde el 13 de septiembre de 2013 al 31 de enero de 2016.

Al proceso fue allegada certificación expedida por la extinta CAPRECOM, en virtud de la cual hizo constar que con el demandante se celebraron sucesivos contratos de prestación de servicios, de manera sucesiva desde el 13 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2016, los cuales se ejecutaron sin mediar solución de continuidad, tal y como se desprende a folios 47 y 48. De lo anterior, también da cuenta la documental obrante a folios 166 a 336 contentivos de contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante y CAPRECOM, así las actas de inicio y demás soportes relacionados con dicha contratación.

Hasta este punto, la Sala tiene por acreditada la existencia de una vinculación regida por contratos de prestación de servicios, que encuentran fundamento en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002 que autorizan a las entidades estatales a contratar directamente la prestación de servicios profesionales de una persona natural o jurídica que esté en capacidad y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate.

Para determinar la verdadera naturaleza contractual de esa vinculación, la Sala analizó el conjunto probatorio en el contexto de las reglas de la sana crítica probatoria a que alude el artículo 61 del CPTSS, encontrando que en el objeto pactado en los contratos de prestación de servicios era el de prestar servicios como profesional especializado para adelantar procesos de auditoría concurrente, para dar cumplimiento al sistema obligatorio de garantía de la calidad en atención en salud realizando las actividades descritas en el manual de procesos y procedimientos de la entidad, y dentro de las que se encontraban específicamente, verificar el registro de pacientes de CAPRECOM hospitalizados de en la Red de prestadores de Mediana y Alta Complejidad, revisar las Historias Clínicas de cada paciente teniendo en cuenta Pertinencia, Estancia y demás información requerida, realizar Auditoría Directa a cada paciente hospitalizado, si es posible, interrogar respecto a la Calidad

en la Atención durante la estancia, aplicar las encuestas de satisfacción al paciente hospitalizado, registrar la información en los formatos establecidos en CAPRECOM, elaborar el informe de la situación encontrada de cada paciente visitado, informar al responsable del servicio Auditado las no conformidades encontradas, reunirse con el Auditor de la IPS y analizar el informe con las objeciones, elaborar acta de visita diaria de pacientes hospitalizados firmada por las partes, consolidar y hacer entrega del informe de Concurrencia, registrar la información en el Sistema de Información (Aplicativo) implementado en CAPRECOM, presentar al supervisor del contrato de prestación de servicios el respectivo informe de actividades, realizar los comités de CTC en la Territorial Bogotá Cundinamarca de acuerdo a la programación mensual generada por el líder de Calidad y «las demás obligaciones que le sean asignadas por el supervisor y que estén relacionadas con el objeto de la orden».

Para demostrar la forma en que se ejecutaron los términos contractuales antes indicados, en el proceso se recibieron las declaraciones de los testigos Delfy Marina Gil (Secretaria de la Jefe del demandante), Gustavo Albeiro Pinilla y Aura Yolanda Martínez Peña, quienes al unísono indicaron que el demandante se desempeñaba como médico concurrente desde el año 2013, cuya función era la de hacer seguimientos a algunos pacientes programados por la jefe inmediata, que eran vinculados a CAPRECOM; que las herramientas de trabajo eran proporcionadas por CAPRECOM, que debía cumplir horarios de 8:00 am a 05:00 pm, debiéndose reportar en sus oficinas a las 8:00 am de lunes a viernes y posterior hacer sus recorridos, en la tarde debía volver a la entidad para registrar lo recopilado durante el día; además tenía un uniforme y carné distintivo de CAPRECOM, que les consta lo dicho por haber sido compañeros de trabajo del actor, además en el caso del testigo Pinilla, resaltó saberlo, porque él fue el abogado que redactó los contratos para los funcionarios de la entidad demandada. Adicionalmente, que tenía una jefe que le asignada o le hacía la programación de las visitas que debía realizar cada día.

A lo declarantes, esta Colegiatura les asigna plena credibilidad respecto de lo manifestado, en razón a que su dicho provino del contacto directo con los hechos afirmados, en razón a que fueron compañeros del actor y por tal situación son quienes están habilitadas para aclarar el asunto sometido a la jurisdicción, sin que por el hecho de que hubieran impetrado acciones judiciales en contra de la entidad, les reste el comprobado conocimiento directo de los hechos de la demanda.

Así pues, analizadas las pruebas, no encuentra la Sala que la entidad demandada haya cumplido con su carga procesal de desvirtuar la presunción antes señalada con la acreditación de manera suficiente e incontrovertible que los servicios se prestaron de manera independiente y autónoma, pues si bien los contratos de prestación de servicios como lo alude la parte recurrente no generan relación laboral, tales documentos no son suficientes para tenerlos como elementos probatorios concluyentes pues si así fuera bastaría con que las entidades aporten los contratos de prestación de servicios para que automáticamente se tengan como veraces y negadores de una relación diferente a la allí consignada. De manera que la obligación procesal de la demandada no puede limitarse a la simple exhibición de los contratos respectivos, sino que debe acreditar que la relación en verdad fue autónoma e independiente, situación que aquí no se demostró, por el contrario existen elementos que refuerzan el convencimiento que el demandante fue un trabajador subordinado y que su relación en realidad estuvo regida por un contrato de trabajo, tales como las cláusulas vigésima octava relacionada con el pago de gastos de desplazamiento, que según se desprende de su redacción corresponden a viáticos, que es una figura propia de las relaciones subordinadas, y la cláusula novena que se refiere a la supervisión administrativa a la que estaba sometido el demandante para la ejecución del contrato y el hecho de que cumpliera horario de trabajo o tuviere la obligación de prestar sus servicios cotidianamente.

En consecuencia, de lo narrado por los declarantes y la prueba documental arrimada se colige que en la realidad la labor ejecutada por el demandante se prestó con sujeción a órdenes y bajo el cumplimiento de horario, el cual era controlado por la Coordinadora como por la Líder de Calidad de la entidad, lo que demuestra que en ningún momento el accionante actuó con independencia y autonomía, máxime que sus funciones eran permanentes y operativas, de modo que no se justifica en esos términos la contratación por prestación de servicios que se caracteriza por la necesidad de contratar en razón a los conocimientos especializados del contratista, lo que no ocurrió.

Así las cosas, es por lo que la Sala encuentra que la entidad no logró desvirtuar la presunción legal contenida en el art. 20 del Decreto 2127 de 1945 ya citado, pues demostrada la prestación del servicio y acreditadas las condiciones subordinantes en que desarrolló las labores se concluye que la vinculación en realidad obedeció a un contrato de trabajo, pues además las labores correspondían al giro ordinario de

la extinta entidad, por lo que se entienden que las mismas hacen parte del objeto social de la extinta CAPRECOM.

Conforme lo ha hilado en abundante y reiterada jurisprudencia nuestro máximo órgano de cierre, y puntualmente en asuntos similares al que aquí se debate, donde se deprecia la declaración de un contrato de trabajo realidad, no basta con que se exhiba por parte del convocado a juicio la suscripción de contratos de prestación de servicios, y todos los demás documentos propios a la celebración, ejecución y liquidación de esta forma de contratación, que por lo demás, también es lícita, pues en todo caso, es deber del Juez laboral auscultar los demás medios de convicción que se viertan al proceso en aras de arribar a la verdad real, y encontrar, en aplicación del artículo 53 de la norma superior, la eventual existencia de un contrato realidad en contraposición a un contrato meramente formal o aparente, dando cabida de esta forma a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidos por las partes bajo la apariencia de una vinculación jurídica o relación contractual diferente a la propiamente laboral.

Además, cabe reiterar que, una vez acreditada la prestación personal de un servicio, opera la presunción legal antes dicha, en virtud de la cual, corresponde al empleador, demostrar que la actividad personal por la vía de la prestación de servicios y desplegada por quien demanda su condición de trabajador subordinado, en realidad lo fue con plena autonomía e independencia. Al respecto, se advierte que ningún esfuerzo probatorio desplegó la demandada para derrumbar la presunción que cobija al actor, pues se limitó a aportar los contratos que dan cuenta de la prestación personal del servicio, olvidando de esta forma la pasiva que en tipo particular de juicios, una vez demostrada la prestación del servicio, se invierte la carga de la prueba en contra de quien funge como empleador, corriendo por su cuenta la carga demostrativa y no de la demandante el acreditar todas las circunstancias en que se ejecutó la actividad personal para demostrar que no era autónoma e independiente, para lo cual, se ha dicho de manera insistente por la doctrina de la jurisprudencia laboral, que no es suficiente aportar al plenario los contratos de prestación de servicios, cuentas de cobro y demás documentos que formalmente se utilizan para esta clase de contratos. Lo anterior, permite confirmar la declaración de la existencia de la relación laboral, asumida igualmente en la sentencia de primer grado.

No existe discusión frente a los extremos temporales determinados, toda vez que según la certificación laboral expedida por la extinta CAPRECOM visible a folios 47 y 48 del plenario, se demuestra que la ejecución del servicio inició el 13 de

septiembre de 2013, la cual se mantuvo sin solución de continuidad hasta el 31 de enero de 2016, pues al efecto no hubo solución de continuidad, como se expuso en precedencia.

Determinado lo anterior, se procede al análisis particular de los reparos realizados en los recursos de apelación en torno a las condenas impartidas, iniciando, por cuestión metodológica, con las inconformidades respecto de la excepción de prescripción:

Para tal efecto, se habrá de remitir esta Sala de Decisión a lo dispuesto por los artículos 488 del CST y 151 CPTSS, los cuales, con relación al término extintivo de la acción sobre los derechos laborales, los cuales indican que prescribe en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones, siendo de especial relevancia en lo que interesa al tema, lo preceptuado por el artículo 489 del CST, que sobre el tema de la interrupción de la prescripción reza:

«ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente».

En el caso de marras, se tiene que la parte actora elevó la reclamación administrativa el 30 de enero de 2019 (fls. 49 a 51), por lo que se tiene que con dicho acto interrumpió el término prescriptivo en los términos del artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 6 ibidem, la cual fue resuelta por medio de la comunicación del 27 de febrero de 2019 (fls. 52 a 54), momento para el cual se reactivó el término prescriptivo y por lo tanto, como la demanda se presentó el 20 de septiembre de 2019 (fl. 57), se concluye que estarían prescritas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 30 de enero de 2016, a excepción de las cesantías, puesto que dicha prestación resulta exigible en su totalidad al momento en que ocurrió el despido, conforme se ha determinado por la H. Sala Laboral de la CSJ, criterio pacífico, citando a modo de ejemplo la sentencia SL 6552 de 2016. De igual modo, con relación a las vacaciones, en los términos de la sentencia CSJ SL981 de 2019, el término trienal de prescripción de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador), razón por la que para efectos de ésta prestación se tiene que

prescribió el reconocimiento de las que se hubieren causado con anterioridad al 30 de diciembre de 2014.

Establecido lo anterior, se pasará a revisar las condenas impuestas, en el grado jurisdiccional de consulta, para ello no existe reparo respecto al salario acreditado del pago de los honorarios profesionales. En tal medida se verifica inicialmente la procedencia y cuantía de las condenas impartidas, en primer lugar, las de carácter legal y luego, si eran procedentes o no las de carácter convencional.

Con relación a las cesantías, resultan viables al haber sido instituidas de acuerdo a los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 1° - 6° del Decreto 1160 de 1947, artículo 17, literal a) de la Ley 6° de 1945 y la ley 344 de 1996. No así, frente a los intereses a las cesantías, como quiera que dicha prebenda no se encuentra instituida en la mencionada legislación aplicable a los trabajadores oficiales, sin que en la convención colectiva de trabajo aportada se encuentren dispuestos tales intereses, por ello se revocarán.

Efectuadas las operaciones matemáticas del caso se obtuvo lo siguiente por concepto de cesantías y vacaciones.

2013			2015		
CESANTIAS			CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías	Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
108	\$ 4.490.682,00	\$ 1.347.205	360	\$ 4.490.682,00	\$ 4.490.682

VACACIONES			VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones	Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
108	\$ 4.490.682,00	\$ 673.602,30	360	\$ 4.490.682,00	\$ 2.245.341,00

2014			2016		
CESANTIAS			CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías	Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
360	\$ 4.490.682,00	\$ 4.490.682,00	31	\$ 2.604.603,00	\$ 224.285,26

VACACIONES			VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones	Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
360	\$ 4.490.682,00	\$ 2.245.341,00	31	\$ 2.604.603,00	\$ 112.142,63

RESUMEN DEL CÁLCULO	
CESANTIAS	\$10.552.854
VACACIONES	\$5.276.427

Conforme a ello, se evidencia que el auxilio de cesantías resultó superior al calculado en primer grado, pero las vacaciones resultaron inferiores al establecido en primera instancia. En tal medida, como estas condenas se revisan en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la liquidada CAPRECOM, habrá modificarse lo allí decidido en torno a las vacaciones y, en lo demás se confirmará, pues tales montos no fueron objeto de debate por el demandante.

Con relación a las prestaciones de carácter convencional, se debe precisar que de folios 29 a 35 obra con la constancia de depósito del artículo 469 del CST, la Convención Colectiva de Trabajo -CCT, firmada por CAPRECOM EICE y SINTRACAPRECOM el 14 de noviembre de 1996, vigente desde el 14 de noviembre de 1996 al 13 de noviembre de 1998 (Cláusula 76), sin que exista prueba de que haya sido denunciada, por lo que al tenor del artículo 478 del CST, se entiende prorrogada por períodos sucesivos de 6 en 6 meses y en esa medida, continuaba su vigencia para la época en que culminó la relación laboral del actor (31 de enero de 2016).

Ahora bien, como quiera que en el citado convenio colectivo, se indicó que el mismo era aplicable a los trabajadores oficiales sin efectuar distinción alguna, respecto a afiliados y no afiliados al aludido sindicato, por lo que, al haber ostentado el actor, dicha calidad, es por lo que le es aplicable y por lo tanto, se entrará a verificar las prestaciones concedidas por la a quo, en tal virtud.

PRIMA DE VACACIONES

En relación con la prima de vacaciones, se advierte que conforme lo establece el art. 52 de la C.C.T., «CAPRECOM reconocerá como prima de vacaciones a sus trabajadores oficiales lo establecido en la Ley», en tal sentido, como los aludidos decretos aplicables en principio a los trabajadores oficiales, no se establece dicha prima, es viable acudir en virtud de dicho texto convencional, al artículo 25 del Decreto Ley 1045 de 1978, según el cual, tal prebenda «será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio». En tal sentido efectuadas las operaciones del caso arrojaron la suma de \$4.804.907,18, de igual modo, superior a la estimado la a quo, empero como tal valor tampoco fue objeto de reproche por el accionante, se mantendrá incólume.

AUXILIO CONVENCIONAL DE TRANSPORTE

Tal prebenda se estipuló en el artículo 47 de la CCT, según el cual, «CAPRECOM reconocerá a todos los servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional...», por lo que no existe impedimento alguno para su reconocimiento, el cual se calcula en la suma de \$77,700, equivalente al último mes de servicios, enero de 2016, pues los anteriores se extinguieron en virtud de la prescripción. Se confirma esta condena pues así lo determinó la primera instancia.

PRIMA DE RETIRO

Estipulada en el artículo 58 de la CCT, establece que «CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus trabajadores públicos, el equivalente a dos meses de salarios», que, en este caso, equivalen a la suma de \$5.209.206, suma inferior a la calculada por la juez de primer grado, de ahí, que deba modificarse.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

En relación con la indemnización por despido, debe precisarse que el contrato terminó por el vencimiento contractual pactado entre las partes, ello en aplicación de los contratos de prestación de servicios antes reseñados, que sólo hasta ésta definición mutan su naturaleza jurídica a una relación laboral, sin que tal hecho se constituya como una demostración de la voluntad del empleador de dar por terminada la relación laboral, por lo que, no puede concluirse que se acreditó el hecho del despido, se itera que lo sucedido fue el vencimiento del término pactado, pero ello obedeció a los pactos suscritos entre las partes, pero de ellos no puede demostrarse una decisión unilateral de su empleador, por lo que considera ésta Colegiatura que no hay lugar a su imposición, y en tal sentido se revocará la condena por concepto de indemnización por despido.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA (Art. 1º del D. 797 de 1949)

En relación con la indemnización moratoria, precisa la Sala que la condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle los salarios y las prestaciones que le correspondían al término del contrato hay lugar a su imposición, en el caso contrario, se absolverá. En el estudio de esa

conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales (artículo 1° de la ley 797 de 1949). En el presente caso, se evidenció que se declaró que en la realidad, tal como se determinó en esta providencia, se ocultó una verdadera relación laboral, acto con el cual se determina un actuar desleal frente al trabajador, sumado al hecho de que la suscripción de los contratos de prestación de servicios, en este caso, no se justificaban por el conocimiento especializado de la demandante y se extendió por un término amplio, con lo que se incumplió también lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, circunstancias éstas que permiten concluir que no se acreditó la buena fe que permita exonerar a la entidad demandada, por lo que se colige la procedencia de ésta indemnización y en consecuencia se confirmará su imposición, pero la misma se limitará, de conformidad con los argumentos que pasan a exponerse.

Como se indicó, debe limitarse su reconocimiento en el tiempo, debido a una situación de fuerza mayor ocurrida en el momento en que CAPRECOM dejó de existir, definición a la que se arriba no por el simple estado de liquidación de la misma, sino que obedece a la finalización y extinción de la vida jurídica de dicha entidad y la obligación en cabeza del liquidador.

En efecto, si bien CAPRECOM por no haber pagado su deuda al término del contrato de trabajo, produjo que se causara la indemnización moratoria, ésta solo puede correr hasta su liquidación final, puesto que quien fungió como liquidador por virtud legal, estaba sujeto al cumplimiento de las normas del proceso liquidatorio, que son situaciones constitutivas de fuerza mayor que le impidieron satisfacer las obligaciones de la demandante y que justifican la limitación de la condena en la medida en que no existe prueba de que dentro del proceso de liquidación se hubieran admitido como pasivo las prestaciones e indemnizaciones de este proceso.

En este punto, se precisa que con esta posición no se desconoce, pues se comparte íntegramente lo considerado por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que el hecho de que una entidad se encuentre en proceso de liquidación no la exonera de la indemnización objeto de estudio, por lo tanto se aclara que de lo que se trata en este caso, es de valorar la situación de la muerte legal de la entidad en virtud de su liquidación final, que impide que la referida indemnización continúe indefinidamente en el tiempo, pues la entidad a partir de ese momento, incluso, dejó de existir, y por lo tanto no sería sujeto de derechos ni obligaciones.

Así entonces, cuando se está ante el evento de la liquidación de una empresa, se entiende que, dentro de ese proceso deben incluirse las acreencias correspondientes a los haberes de los trabajadores y por tanto, esta liquidación no impide que se pueda calificar su conducta como de mala fe. Caso contrario sucede cuando sobreviene la liquidación de la persona jurídica pues la mala fe predicada del empleador y que generó la indemnización moratoria, no puede trasladarse al liquidador, quien, dada esa especial calidad, está obligado por la ley a asumir las deudas reconocidas en el proceso liquidatorio y es por tanto de éste que se predica que se encuentra frente a un evento de fuerza mayor y por ende, es que la indemnización moratoria, solo se limita hasta la fecha de finalización del proceso liquidatorio de la entidad, teniendo presente, que a partir de ese momento, perdió toda posibilidad de cumplir sus obligaciones como empleador.

Conforme lo anterior la Sala encuentra procedente la condena por concepto de indemnización, pero limitándose su cuantificación hasta el 27 de enero de 2017 fecha en que fue publicado en el Diario Oficial el Acta Final del Proceso Liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM; así entonces, empezaría a causarse 90 días después de la terminación del contrato de trabajo que a través de este proceso se declaró, advirtiendo en este punto la Corporación que conforme recientemente lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencias SL 981-2019 y SL2584-2019 este lapso se debe contar en días calendario y no hábiles, expresándose en la primera de las providencias referidas: «(...) en el Derecho del Trabajo existe la particularidad de que el contrato de trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. Todos los días, incluso los de descanso dominical y festivo, suman para efectos laborales». En esa medida, le asiste razón al recurrente por activo y se contabilizará dicho término, desde el uno (1) de mayo de 2016 (vencimiento de los 90 días) hasta el 27 de enero de 2017 con base en un salario diario de \$86.820, pues el último salario mensual fue de \$2.604.603, por lo que le corresponde al demandante la suma de \$23.180.967 por concepto de indemnización moratoria, así se modificará tal condena.

Sobre esta última condena, se confirmará la indexación ordenada, pues esta tiene por objeto el de prevenir la devaluación de la moneda y en esa medida tal suma de dinero hasta la fecha de su pago sufrirá un envilecimiento, razón por la cual resulta procedente esta condena. Se confirma la decisión de primera instancia en este aspecto.

Finalmente, en lo que a la responsabilidad de Fiduciaria la Previsora S.A. en su calidad vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR Caprecom Liquidado, debe mencionarse que si bien es la que realiza la defensa judicial integral de esa entidad liquidada, en virtud del contrato de fiducia mercantil n.º 3167672 de 2017, suscrito entre Caprecom en liquidación y Fiduciaria la Previsora S.A., no es menos cierto que entratándose de la extinción o liquidación de personas jurídicas de carácter público, que tengan pendientes litigios judiciales en curso, se debe observar lo definido por el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 414 de 2001¹, según el cual, «[S]i terminado el proceso de liquidación sobreviven a éste, procesos judiciales o reclamaciones, los mismos serán atendidos por la entidad que, de conformidad con el parágrafo 1o. del artículo 52 de la ley 489 de 1998, haya sido señalada en el acto que ordenó la liquidación como receptora de los inventarios de bienes y subrogataria de los derechos y obligaciones de la entidad liquidada. [...]». Que en este caso no es otra que la FIDUPREVISORA, según el aludido contrato.

Por lo expuesto, se modificará la decisión de primer grado en su ordinal cuarto. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL ORDINAL CUARTO de la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

«CUARTO: CONDENAR a la Fiduprevisora en calidad de administradora y vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom liquidado a las siguientes sumas:

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 25 y 26 del Decreto 254 del 21 de febrero de 2000 sobre el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional.

- Cesantías \$10.545.619.
- Vacaciones \$5.276.427.
- Prima de vacaciones \$2.604.603.
- Auxilio convencional de transporte \$77.700.
- Prima de retiro 5.209.206.
- Indemnización moratoria en la suma de \$86.820 diarios desde el uno (1) de mayo de 2016 hasta el 27 de enero del año 2017 en la suma de \$23.180.967, suma que se cancelará debidamente indexada a la fecha de su pago».

SEGUNDO: Confirmase en lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

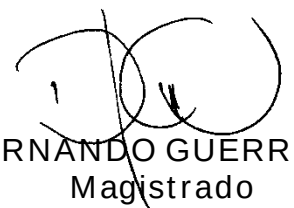
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

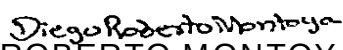
No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por EDILMA BERNAL DE DUQUE contra el BANCO POPULAR S.A. Y OTRO Rad. 110013105-038-2018-00584-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos dentro del expediente de la referencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2020 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora EDILMA BERNAL DE DUQUE pretende se declare que en su condición de cónyuge es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante Jaime Duque Vargas; se declare que la señora Angela María Isaza García no tiene la calidad de compañera permanente del causante, por ende, no tiene derecho a percibir dicha prestación. Como consecuencia de lo anterior, se condene al Banco Popular S.A. al reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes a su favor, efectiva a partir del 23 de febrero de 2016, en cuantía de \$620.443; a los intereses moratorios, indexación, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, contrajo matrimonio por el rito católico el día 27 de diciembre de 1976 con el señor Jaime Duque, que durante el vínculo matrimonial se concibieron 3 hijos entre los años 1977 y 1978. Que, el causante se encontraba percibiendo por parte del Banco Popular pensión de jubilación, en cumplimiento de sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. de fecha 29 de enero de 2007, modificada parcialmente por el Tribunal Superior de Bogotá, D.C. - Sala Laboral en providencia de fecha 31 de

julio - Sala de Casación Laboral en proveído de fecha 18 de diciembre de 2008 Expediente No. 2005-1230, pagadera hasta tanto el Instituto de Seguro Social, reconociera y pagará la pensión de jubilación por vejez, sin embargo, en caso de que la mesada reconocida por el citado instituto fuera inferior a la devengada por el causante de parte del Banco Popular, S.A., este asumiría el pago de la diferencia, conforme a lo previsto en el artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990. Agregó que, mediante sentencia del 3 de junio de 2004, del Juzgado Octavo de Familia del Circuito de Bogotá declaró en interdicción al señor Jaime Duque Vargas. De otro lado, manifestó, que el causante sostuvo una relación extramatrimonial sin convivencia en estado de interdicción con la señora Angela María Isaza García concibiendo dos hijos: Jaime Alonso Duque Isaza y Juan José Duque Isaza, ambos mayores de edad, el segundo es estudiante universitaria, que el causante falleció el 23 de febrero de 2016, fecha en la cual el vínculo matrimonial estaba vigente con ella y la convivencia perduró por más de 30 años. Que elevó petición ante el Banco Popular S.A. para efectos del reconocimiento pensional por sobrevivencia, siendo negada por existir controversia con la Señora Ángela María Isaza García quien alegó ser su compañera permanente y solo se reconoció el 50% en favor de su hijo menor de edad Juan José Duque Isaza. Informó que la señora Angela María Isaza García con pleno conocimiento del estado de interdicción del causante, inició proceso de declaración de unión marital de hecho el 9 de noviembre de 2009, expediente No. 2009-1065, es decir, presentó demanda directamente contra un interdicto desde hace más de 5 años de habersele privado de la administración, donde mediante sentencia del 15 de octubre de 2010, el Juzgado 11 de Familia del Circuito de Bogotá declaró la existencia de la unión marital de hecho de Angela María y Jaime Duque, decisión que fue apelada y revocada parcialmente en segunda instancia, para en su lugar declarar que la unión marital inició el 13 de diciembre de 1993 y estaba vigente al 9 de noviembre de 2009; además, declaró que entre las partes se conformó una sociedad patrimonial (fls. 1 a 12).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La señora ANGELA MARÍA ISAZA GARCIA, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, para ello argumentó que la demandante no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, toda vez que se disolvió y liquidó la sociedad conyugal con el señor Jaime Duque mediante escritura publica No. 0355 del 31 de enero de 1997 de la Notaría 14 del Circuito de Bogotá D.C. Señaló que convivió con el causante desde el 13 de diciembre de 1993 hasta el día de su fallecimiento el 13 de diciembre de 2016, por más de 25 años. Indicó que la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial de hecho fueron declaradas mediante

sentencia ejecutoriada el 23 de junio de 2001 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. – Sala Familia, por lo expuesto solicitó se desestimen de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se declare a su favor el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes (fls. 139 a 160, 553 a 558).

Por su parte el demandado BANCO POPULAR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal, señalando que ni la señora EDILMA BERNAL DE DUQUE ni la señora ANGELA MARÍA ISAZA GARCIA acreditaron ante el Banco Popular los requisitos para acceder a la prestación, razón por la cual se dejó en suspenso el 50% del reconocimiento de la pensión hasta que la jurisdicción laboral defina la controversia. Propuso como excepciones de mérito las de «subrogación del riesgo por parte de COLPENSIONES», «prescripción», «pago», «no acreditamiento de los requisitos para la sustitución pensional por parte de las reclamantes», «acatamiento de las obligaciones a cargo del Banco Popular» y «declaratoria de otras excepciones» (fls. 338 a 348).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 1º de septiembre de 2020, declaró que a la señora ANGELA MARÍA ISAZA VARGAS le asiste en forma vitalicia el derecho a que el Banco Popular S.A. le reconozca y pague su pensión de sobrevivientes deprecada en el porcentaje del 50%, como consecuencia del fallecimiento del pensionado JAIME DUQUE VARGAS, y una vez el hijo del causante JUAN JOSÉ DUQUE ISAZA pierda su derecho al 50% de la prestación que le fue otorgada, la señora Angela Isaza gozará de la pensión en un porcentaje del 100%; como consecuencia de lo anterior ordenó al Banco Popular S.A. reconocer y pagar la porción de mesadas pensionales causadas desde el 23 de febrero de 2016, junto con los reajustes legales anuales y mesadas adicionales que procedan, valores que deberán ser indexados; autorizó al Banco Popular a realizar los descuentos al SSS en Salud; declaró que a la señora Edilma Bernal de Duque no le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, encontró acreditado que la señora EDILMA BERNAL y el causante JAIME DUQUE contrajeron nupcias el 27 de diciembre de 1975, que por voluntad propia decidieron disolver y liquidar la sociedad conyugal, acto consolidado mediante escritura pública No. 0355 de 31 de 1997 (fol. 176 a 184), por lo expuesto consideró el fallador que al momento del fallecimiento

del causante el 23 de febrero de 2016, la sociedad conyugal ya se encontraba disuelta y liquidada, así mismo encontró declaraciones extra juicio del 18 de marzo de 2016, rendidas por GIMI TOVAR SANABRIA y de la señora MERY CECILIA RODRÍGUEZ quienes testificaron que conocían la pareja desde hace más de 36 años, que eran casados y que convivieron hasta enero de 1997 cuando liquidaron la sociedad conyugal, aunado a lo declarado por la demandante quien manifestó que compartió techo, lecho y mesa con el causante hasta enero de 1997, por lo expuesto concluyó, no acreditó la demandante que hubiese convivido con el causante hasta su fallecimiento presupuesto indispensable para acceder a la pensión de sobrevivientes que se reclama.

En lo que atañe a la señora Angela María Isaza en calidad de compañera permanente, señaló que mediante sentencia emitida por el Juzgado 11 de familia, del 15 de octubre del año 2010, se declaró la existencia del vínculo entre el causante y la vinculada, desde el 1º de febrero de 1997, decisión que fue confirmada en segunda instancia; aunado a ello, indicó que obraban otros medios probatorios que así lo acreditan, entre ellos el poder del señor JAIME DUQUE y la señora ANGELA MARÍA ISAZA dirigido a HÉCTOR JOSÉ DUQUE ante el ISS con el fin de adelantar los trámites necesarios para la obtención de la pensión del causante, de fecha 7 de diciembre 2002; formato de actualización de datos del jubilado del 18 de agosto de 2015, donde figura como estado civil unión marital de hecho con ANGELA MARÍA ISAZA, declaración extra juicio del 24 de julio de 2002 rendida por el causante quien informó que su estado civil era separado, que convivió bajo el mismo techo desde hace 17 años con Angela María, con quien procreó 3 hijos, copia del carnet expedido por la nueva EPS, donde figura como cotizante el causante y como beneficiaria la señora ANGELA MARÍA ISAZA, historia clínica donde se registró con estado civil unión libre, formulario único de afiliación al Seguro Social, donde se declaró como beneficiaria a ANGELA MARÍA ISAZA GARCÍA, CLAUDIA MILENA DUQUE ISAZA, JAIME ALFONSO DUQUE ISAZA y JUAN JOSÉ DUQUE ISAZA. Sumado a lo anterior, indicó que ello también se verificaba con las declaraciones extra juicio rendidas por NUBIA STELLA RUBIO CÁRDENAS, LUIS ALFONSO GUERRERO, CRISTIAN CAMILO GUERRERO SÁENZ Y MARÍA FANNY MÁRQUEZ PELAES, siendo ratificadas por los testimonios de las ultimas 3 personas. Por lo anotado, advirtió el fallador que se acreditó efectivamente la convivencia del causante con la señora ANGELA MARÍA ISAZA en calidad de compañera permanente supérstite, desde el 1º de febrero de 1997 hasta el 23 de febrero de 2016 fecha del deceso del causante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, señora EDILMA BERNAL DE DUQUE, presentó recurso de apelación, solicitando se le conceda la pensión de sobrevivientes a la cual considera tiene derecho, para ello argumentó que la señora ANGELA MARÍA ISAZA no formuló demanda o demanda de reconvención dentro del proceso, por la cual se pueda beneficiar de la sustitución pensional; que se tenga lo manifestado en sus alegatos de conclusión, en el sentido que la sentencia de la unión marital de hecho de la señora Angela María se obtuvo de manera ilegal, tras considerar que se engañó al despacho de conocimiento, en el entendido de que el causante se encontraba en estado de interdicción desde el 8 de noviembre de 2004, fecha de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo de Familia del Circuito, por ende, todas las actuaciones, contratos y declaraciones se encuentran viciadas de nulidad absoluta, según lo disponen los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, por ende, la convivencia alegada es completamente ilegal y nula de pleno derecho. Que se demostró la convivencia real y material de la demandante y el causante hasta la fecha de su fallecimiento, aludiendo finalmente a lo establecido en las sentencias CSJ SL1399 de 2018 y SL480 de 2020 y que la señora ISAZA no fue un verdadero apoyo para el causante, tanto así que en el proceso de interdicción se manifestaron maltratos contra el causante. Agregando que la señora Edilma sí convivió con el causante hasta la fecha del fallecimiento.

Por su parte, el apoderado judicial del BANCO POPULAR S.A., recurrió la decisión, respecto a lo fallado en el numeral primero, donde se ordena que las mesadas pensionales que se adeudan a la demandante a partir del 23 de febrero de 2016 y hasta la fecha de pago, sean debidamente indexadas, para ello informó que la entidad en ningún momento ha negado el reconocimiento pensional, no obstante, por existir controversia entre dos personas respecto de la prestación, suspendió el 50% del mismo hasta tanto no se resuelva judicialmente, reconociendo el otro 50% al hijo del causante, lo anterior por no poder actuar como juez para señalar a quien le correspondía el derecho y en qué proporción, razón por la cual acusó que no puede cancelar una indexación frente a un derecho que apenas se estableció y que nunca se ha negado, aunado al hecho de que la sentencia no se encuentra ejecutoriada al interponerse el recurso sobre lo resuelto. Por lo expuesto, solicitó se revoque la decisión en el sentido de no ordenar la indexación de las sumas causadas desde el 23 de febrero de 2016 hasta la fecha de su pago.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionada presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada, en torno a la improcedencia de la indexación de la condena. De igual modo la señora EDILMA BERNAL alegó solicitando se revoque la decisión y se le conceda la prestación por sobrevivencia. La señora MARIA ÁNGELA ISAZA, por su parte, guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar en virtud de los recursos de apelación interpuestos, si a las señoras EDILMA BERNAL DE DUQUE y ANGELA MARÍA ISAZA GARCÍA les asiste derecho a la sustitución de la pensión de jubilación que en vida gozaba JAIME DUQUE VARGAS por parte del BANCO POPULAR. De resultar ello procedente, se definirá en qué términos y con cual alcance se impartirá la condena.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, es necesario señalar que se acreditó que al señor JAIME DUQUE VARGAS mediante comunicación del 19 de agosto de 2009 en cumplimiento de una orden judicial, el BANCO POPULAR S.A. le informó sobre el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación retroactiva al 07 de julio de 2005 de carácter compartida, en cuantía inicial \$1.367.894 (fl. 299); que el pensionado falleció el 23 de febrero de 2016 (fl. 282) y en tal virtud, la aludida entidad le reconoció pensión de sobrevivientes al hijo de la causante JUAN JOSÉ DUQUE ISAZA a partir de su fallecimiento (fls. 492 a 495); de igual modo, negó la sustitución pensional a las señoras EDILMA BERNAL DE DUQUE y ANGELA MARÍA ISAZA, dejando en suspenso tal reconocimiento (Fls. 399 y 436).

Así las cosas, para determinar si las señoras BERNAL e ISAZA tienen derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivencia, específicamente en lo que refiere a la convivencia, el estudio debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (publicada en el Diario Oficial No. 45.079 del 29 de enero de 2003), por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte de la asegurada o pensionada fallecida, así como también exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

No obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó «el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado», para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo en el sentido de precisar que «no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional».

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

«...de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no

puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada (...)

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

(...)

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto». <Resaltados fuera del texto>.

En ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del pensionado que fallece, resulta exigible un tiempo mínimo de convivencia de cinco años en cualquier tiempo, acreditándose en ese tiempo la conformación de un núcleo familiar, con vocación de permanencia, demostrándose en todo caso, también, la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, se procede a analizar el acervo probatorio, para lo cual indica la Sala que se acreditó la calidad de cónyuge supérstite de la accionante EDILMA BERNAL con el registro civil

de matrimonio obrante a folio 185, según el cual contrajeron matrimonio el 27 de diciembre de 1976. De igual modo se aportó Escritura Pública No. 0355 de fecha 31 de enero de 1997, celebrada ante la Notaría 14 del Círculo de Bogotá, mediante la cual se disolvió y liquidó la sociedad conyugal existente entre la pareja por el hecho del matrimonio (fls. 176 a 184). Así mismo, obran registros civiles de nacimiento que dan cuenta que la pareja procreó tres hijos, todos mayores de edad al momento de fallecer el causante (fls. 186 a 188).

De igual manera, se aportaron declaraciones extra proceso de los señores YIMY TOVAR SANABRIA y MERY CECILIA RODRÍGUEZ (fls. 475 y 476), en las cuales señalaron conocer de trato vista y comunicación desde 36 años por relación de amistad, por ser vecina de la misma cuadra a la señora EDILMA BERNAL de DUQUE, y que por ese conocimiento saben y les consta que convivió con el señor JAIME DUQUE VARGAS, con quien contrajo matrimonio el 27 de diciembre y compartieron lecho, mesa, techo hasta el mes de enero del año 1997, que se liquidó la sociedad conyugal, manifestaron que del matrimonio de la citada pareja nacieron tres (3) hijos, quienes son mayores de edad y sin ningún tipo de discapacidad y fuera de los tres (3) hijos nacidos en su matrimonio, existen tres (3) hijos extramatrimoniales quienes son mayores de edad y sin ningún tipo de discapacidad. En igual sentido la actora manifestó, no sólo en la declaración extra proceso obrante a folio 477, sino en el interrogatorio de parte surtido en el proceso, que convivió el causante 20 años, hasta el año 1997, cuando disolvieron la sociedad conyugal.

En el curso del presente proceso se recaudaron los siguientes testimonios:

LUISA FERNANDA VÁSQUEZ VELÁSQUEZ, manifestó ser conocida con Angela María Isaza, a quien conoció por medio del señor Héctor Duque, hermano del causante, cuñado de ella, la conoció hace más de 20 años. Que ella era la compañera permanente del señor Jaime Duque, lo cual sabe porque trabajó en el Seguro Social en ventanilla, que fue la persona que le hizo la afiliación cuando en su momento el hermano los llevó para que ella les colaborara haciéndole la afiliación de doña Angela en los servicios de salud, en adelante empezó una amistad con ellos y a colaborar con las citas médicas de don Jaime, y quien lo cuidaba era doña Angela, ella les colaboraba con las citas. Que, a partir de ahí, les siguió colaborando, que los conoció conviviendo en el año 1996 o 1997. Que él falleció en el año 2016, de lo cual se enteró porque la señora Angela la llamó y le contó que había fallecido; agregó, eran vecinos por más de 17 años. Describió la casa de habitación de la pareja, la cual visitaba con mucha frecuencia. Mencionó, que conoció a la señora Edilma Bernal de

Duque y no conoció de otra relación. Que la señora ANGELA ISAZA, estaba afiliada como beneficiaria en salud de don Jaime hasta el 2016 cuando falleció, pues luego hablaron y le dijo que se afiliaría como independiente mientras hacía los trámites de la pensión. Que el hogar se sostenía con los arriendos que tenía don Jaime, y por la pensión de él; que sabía que tenía otros hijos con otra señora, pero no sabe cuántos, no los conoce, que trabajaba en la ventanilla del Seguro social en ese entonces, donde concurrieron para hacer los trámites, eso fue en el año 1997 o 1998.

LUIS ALFONSO GUERRERO OCAMPO, conoció a Ángela María Isaza, a quien dice conocer hace más de 15 años, porque su hijo estudio con Juan José Duque desde tiempos de la escuela, que su esposa recogía a su hijo por las tardes, en algunas veces lo recogía él, como eran compañeros de colegio ahí nació esa amistad, porque en ocasiones les tocaba hacer trabajos compartidos y ahí se fue acrecentando la amistad y cercanía con la familia. Que el papá de Juan José Duque, era el señor JAIME DUQUE ya fallecido, que desde que los conoció ellos eran pareja, una pareja estable, convivían en la misma casa, la cual describió como una casa grande, que tiene 5 o 6 cuartos de entrada, tiene un garaje amplio, una alcoba grande donde dormía el señor Duque con su esposa Angela, unas piezas y comedor, unas escaleras, conducen a una terraza, un pasillo, unos cuartos a mano izquierda, baño, cocina y patio grande. Que en los últimos años la relación con esa familia fue más frecuente, pues su hijo iba allá a la casa a quedarse, a jugar videojuegos, en algunas ocasiones cuando el señor Jaime presentó algún problema de salud inesperado muchas veces cuidaron de Juan José que era el menor, su esposa estaba pendiente de los quehaceres, mientras la señora Angela hacía sus vueltas de acompañar al señor Duque a hacer sus vueltas, a la clínica a todos los procesos que esto conllevaba. Reiteró haberlo conocido hace más de 15 años, tenía un problema de discapacidad física, un poco la pierna y brazo izquierdo, perdió cierta movilidad por un problema de un infarto y cierta trombosis que le había dado hace mucho tiempo. Que don Jaime tenía su pensión, él tenía una casa, y recibía unos arriendos de esa casa. Que no sabía que el tuviera otra relación, si sabía que anteriormente él tuvo otros hijos, pero no que supiera que él tenía otra relación sentimental o amorosa con alguien más. Que ellos compartían festejos de fin de año, algún cumpleaños, pero con los hijos de don Jaime, agregando el testigo, que era padrino de comunión del hijo Juan José y que no conocía a la señora Edilma Bernal.

CRISTIAN CAMILO GUERRERO SAENS, hijo del anterior testigo y también conocido de Ángela María quien es la mamá de su mejor amigo, a quien conoció cuando cursaba 5º grado en el colegio, en la entrega de boletinas fue la primera vez que la conocí y de ahí empezó a entablar amistad con Juan José y Angela María; que

el papá era el señor Jaime Duque, a quien conoció en el 2009 en agosto, cuando Juan José lo invitó por primera vez, que desde el año 2011 se fue a vivir cerca a la residencia de ellos, que él recogía a Juan José todos los días, cuando entraba a la casa y saludaba a los padres. Describió igualmente la casa, de un piso, larga, blanca, 5 habitaciones, 2 baños, 1 terraza, concina, garaje, la habitación principal, esa es la primera, al lado del garaje, es la única que tiene acceso con ventana hacia la calle. Que el causante murió hace 3 o 4 años, cuando estaba cobrando unos arriendos, se quedó en la casa y allá fue el fallecimiento. Sabe que tuvo otros hijos, de los cuales conoce que dos que iban a la casa de residencia de don Jaime, no conoció a la mamá de ellos, tampoco escuchó de la señora Edilma Bernal de Duque. Que don Jaime recibía los arriendos de la casa que tiene en Fontibón, contaba con una pensión y pues los hijos de don Jaime también aportaban a la casa cuando estaban allá. Por otro lado, describió la habitación principal donde residía don Jaime, a quien también describió, mencionando la discapacidad del mismo.

CLAUDIA MILENA DUQUE ISAZA, quien dijo ser hija del causante y la señora Angela Isaza y por ello fue objeto de tacha, manifestó que desde que tiene uso de razón su mamá y papá vivieron juntos, que su hermano mayor tiene 34 años y que su mamá y su papá convivieron toda la vida hasta el momento de su fallecimiento, como se puede evidenciar en los documentos de las EPS donde su mamá y hermanos aparecían como beneficiarios, su mamá fue la que firmó el acta de defunción de mi papá, en los reportes de oxígeno y medicamentos su mamá era quien los reclamaba, que la señora Edilma en ningún momento tuvo una relación durante esos 34 años. Que toda la vida, su mamá y su papá estuvieron juntos, que no tuvieron ningún tema policivo. Mencionó que la señora Edilma era la esposa de su papá hace muchos años, la conoció cuando su papá se enfermó, porque nunca tuvieron acercamiento con ella, no recuerda la fecha, pero sí cuando su papá presentó una enfermedad hace 15 años, pero con dos de sus hijos si tenían contacto desde que eran niños, con quienes tuvieron buen acercamiento hasta el momento del fallecimiento de su papá. Que ella vivía en uno de los apartamentos que tenía su padre para arrendar, pero frecuentaba la casa de la pareja todos los días porque su mamá y su papá eran los encargados de cuidarle a su bebé que en ese entonces tenía 2 años y todos los días tenía que ir a recogerlo. Refirió que las dos últimas oportunidades que su papá estuvo hospitalizado fue en el hospital de Fontibón el 6 de abril, presentó temas cardiacos, estuvo muy mal y después fue trasladado a la Clínica Magdalena con salida el 6 de abril de 2015, que su mamá lo llevaba a la clínica a hacerle los tramites, ella siempre fue la beneficiaria de su papá con su hermano menor.

María Fanny Márquez Peláez, amiga de la señora Isaza, manifestó conocerla junto al señor Jaime Duque desde hace más de 12 años, que casi a diario los visitaba, pasaba por donde ellos, en esa medida describió que vivían en una casa grande con cuarto grande, sala, comedor, cocina, otros dos cuartos, el patio y terraza. Que la señora Ángela le comentaba que él causante tuvo otros hijos con otra persona, pero no los conocía, nunca se encontró con ellos. Que el hogar se sostenía con la pensión, los arriendos y todos aportaban en la casa. Que quien estaba pendiente del causante era la señora Angela, lo llevaba a la clínica, prácticamente se hospitalizaba con él, que siempre se lo encontraba cuando venía con él con el oxígeno, le sacaba las citas y lo llevaba al médico. Describió la habitación principal como un cuarto grande donde dormía don Jaime y la señora Angela, que tenía dos camas, closet, televisor y que él estuvo en silla de ruedas y con terapias se fue rehabilitando.

De estos testigos, también habían rendido declaración extra proceso en similares términos, los señores LUIS ALFONSO GUERRERO OCAMPO, CRISTIAN CAMILO GUERRERO SAENZ y MARIA FANNY MARQUEZ PELAEZ (fls. 207 a 209). De igual modo, se adosó declaración rendida por el causante el 04 de julio de 2002 ante la Notaría 51 del Círculo de Bogotá D.C. en la cual manifestó que era de estado civil «separado, convivo bajo el mismo techo en unión marital de hecho desde 17 años con la señora Angela maría Isaza García con c.c. 52.096.677 de Bogotá, unión de la cual existen 3 hijos de nombres Jaime Alfonso, Claudia Milena y Juan José Duque Isaza de 16, 11 y 4 años de edad» (fl. 210).

Así mismo, se encuentran rendidas declaraciones de parte de las señoras EDILMA BERNAL y ANGELA ISAZA, en los cuales ratificaron que convivieron con el causante, sin embargo, para el caso de la señora EDILMA BERNAL además de encontrarse contradicciones en su versión, respecto a las fechas en que convivió, pues, por un lado, indicó que lo fue hasta el momento de fallecer, pero también manifestó que convivió con él por 20 años. Advirtiendo que fue poco espontánea su manifestación pues en la diligencia llevada a cabo en línea, claramente se pudo observar que otra persona le indicaba las respuestas.

Adicionalmente, se agregó al expediente sentencia del 23 de junio de 2011, proferida por este Tribunal en su Sala de Familia dentro del proceso ordinario seguido por la señora ANGELA MARÍA ISAZA GARCÍA, en contra del señor JAIME DUQUE VARGAS, en la cual se pretendió que se declarara la existencia de la unión marital de hecho desde el 20 de marzo de 1989. De allí puede extraerse en torno a la convivencia que acá se estudia, la declaración rendida por la señora EDILMA

BERNAL DE DUQUE, donde informó que vivió con su consorte hasta el año de 1997, cuando se separaron, momento a partir de cual don JAIME empezó a hacer vida común con doña ÁNGELA, con quien, para el momento de rendir la declaración, vivía bajo el mismo techo (fls. 110 a 122 y 163 a 175).

Debe decirse que aquel proceso culminó con sentencia favorable a las pretensiones de la señora ISAZA, concluyendo el Tribunal, que entre la demandante y el señor JAIME DUQUE VARGAS existió una unión marital de hecho, destacando igualmente lo que el mismo causante afirmó en el interrogatorio que absolvió, donde indicó que vivió normalmente con su compañera desde 1997, cuando se separó de su cónyuge, hasta el 2001, cuando enfermó y se vio precisado a usar silla de ruedas y que, aunque vivían bajo el mismo techo, no tenían relaciones sexuales, dada la incapacidad que él padece y que es la citada la que, en todo caso, atiende sus necesidades alimentarias, de arreglo de ropa y atención de su enfermedad, pero que en lo económico, él apoya lo que le corresponde y que, en ese aspecto, la señora Isaza dependía de él completamente. De igual modo se precisó en esa oportunidad, que el que la pareja no compartiese la misma cama y habitación, podría explicarse con las mismas dolencias que padece el demandado, quien como es lógico, requiere de cuidados especiales, según se deduce de la misma condición en la que se halla, en que puede ser perturbado en su descanso y comodidad, pero que en manera alguna desnaturalizarían la continuación de la vida en común, tal como podía verse en las declaraciones del mismo demandado, en las que admitió la prosecución de la convivencia. En ese orden, se estableció que la unión marital de hecho conformada por las partes se inició el 13 de diciembre de 1993 y estaba vigente el 9 de noviembre de 2009, esto es, para las mismas calendas en que se inició dicho proceso.

Aunado a lo anterior, se advierten de folios 211 a 213 copias de los carnets de afiliación al sistema de salud del causante, ante el ISS y la Nueva EPS en calidad de cotizante e indican como beneficiaria del mismo a la señora ANGELA MARIA ISAZA GARCÍA; de folios 228 a 279 aparecen copias de las historias clínicas del causante, con relación a hospitalizaciones y atención médica, fórmulas médicas, autorización y entrega de medicamentos, equipos de oxígeno, en los cuales además de indicarse que el causante vivía en unión libre, quien acudía y firmaba como tal las mismas era la demandante ANGELA MARIA ISAZA, todas estas tienen fechas entre los años 2013 a 2016.

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, se encuentra plenamente acreditado en el

plenario que, aunque la accionante EDILMA BERNAL DE DUQUE sí convivió con el causante, no lo fue en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. Pues en su caso, está clarificado en el plenario que contrajo matrimonio con el causante en el mes de diciembre del año 1977 tal como se corroboró con la prueba documental y el propio dicho de la señora BERNAL, pero ya después de varios años, para 1997, no es posible hablar de una convivencia continua y especialmente, en esa eventualidad, de la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento del fallecimiento del causante, todo lo contrario, desde el año 1997 dejaron la convivencia cuando según la propia accionante decidieron separarse, además protocolizaron la liquidación de la sociedad conyugal, evidenciando la Sala que se rompió ese vínculo moral, solidario y con vocación de permanencia del afiliado con respecto a la accionante; por lo que, si bien es claro que convivieron como está acreditado, a juicio de la Sala, por espacio de 20 años, no es menos cierto la orfandad probatoria que permita dilucidar que después de ello, se haya mantenido entre ella y el causante ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, que es el presupuesto que busca atender esta prestación por los efectos que causa la ausencia del fallecido en la persona que lo pierde, pues de ello nada se probó, todo lo contrario, no sólo de su propio dicho pudo extraerse que sólo convivió con el causante hasta el año 1997, sino con todas las declaraciones extra proceso aportadas por ella misma y con lo que manifestó en el aludido proceso ante la jurisdicción de familia. En todo caso, debe precisarse, de haber mediado algún tipo de acercamiento familiar, este se dio como es apenas lógico porque el mismo se correspondía con la obligación filial del causante por la existencia de unos hijos en común.

Todo lo contrario ocurre con la señora ANGELA MARÍA ISAZA, toda vez que, para esta Colegiatura, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que esta sí convivió en los términos legales y jurisprudenciales antes explicados, no sólo por espacio de 5 años en cualquier tiempo, sino, hasta el momento en que falleció el señor GERMÁN GANTIVA GARZÓN. En efecto, la prueba testimonial en armonía con las declaraciones extra proceso permiten concluir que la pareja convivió desde el año 1993 hasta el 23 de febrero de 2016, en virtud de la cual procrearon tres (3) hijos, advirtiendo la sala que las versiones testimoniales, de igual modo dan cuenta de la convivencia y se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneas, además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la convivencia, de modo que son idóneas y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten

concluir entonces, que la convivencia como compañeros permanentes se suscitó con un compromiso de vida común real y con vocación de continuidad, pues la pareja no se separó sino hasta la muerte del pensionado, advirtiéndose la unanimidad en resaltarse que era la señora ISAZA GARCÍA quien estuvo al cuidado del finado en su enfermedad previa a la muerte; ello sumado a que la credibilidad que se advierte de esas declaraciones deviene de la cercanía y familiaridad de los testigos con la pareja, pues se trata de amigos cercanos a la familia e incluso de una hija del causante, a quienes les consta directamente lo afirmado en el proceso, sin que se evidencien contradicciones o yerros de bulto que conlleven a desechar de plano sus dichos, pues se insiste, no observa la sala parcialidad en favor de los intereses de la señora ISAZA GARCÍA.

Situación que también se demuestra con la prueba documental incorporada a los autos, medios de convicción a los cuales se les confiere u otorga pleno mérito, al no haber sido cuestionados u objetados, dándole absoluta certeza a esta Corporación, acerca de la ocurrencia de la convivencia con la señora ANGELA ISAZA.

Así las cosas, como la demandante pretendía ser la beneficiaria del causante y pensionado y no demostró la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento de su fallecimiento, no se da cumplimiento al presupuesto contenido en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para obtener la prestación por sobrevivencia en calidad de cónyuge supérstite. En atención a lo anterior, concluye la Corporación que el requisito fundamental para el reconocimiento de la prestación objeto de estudio, es la demostración de la convivencia real y efectiva y el perjuicio ocasionado por la ausencia del pensionado o asegurado fallecido, resaltándose que lo relevante no es la naturaleza jurídica del vínculo que haya unido a la pareja, sino que lo primordial son los lazos afectivos que se observaron en ella durante la vida del causante y al momento de la muerte. Aspectos que evidentemente no se vislumbran en el caso de marras respecto de la mencionada EDILMA BERNAL DE DUQUE, pues es claro que esos vínculos no perduraron incluso después de la separación, tal como da cuenta la prueba recaudada; aspecto que sí se denotan respecto de la señora ANGELA ISAZA GARCÍA, esto es, el vínculo dinámico y actuante de solidaridad, acompañamiento espiritual y económico hasta el deceso del afiliado.

Ahora bien en cuanto a los reparos indicados por el apoderado de la señora BERNAL DE DUQUE, en tanto y en cuanto, la señora ÁNGELA MARÍA ISAZA GARCÍA no presentó demanda de reconvención para que se le otorgara la prestación, debe decirse que resulta irrelevante tal hecho pues resulta claro desde un principio, que el

objeto del proceso no es otro que, ante la negativa del BANCO POPULAR de otorgar la prestación por existir controversia entre potenciales beneficiarias, determinar cual de las dos, tenía derecho a la prestación por sobrevivencia. Por lo que, si bien a la señora ISAZA se le vinculó como demandada, al momento de dar contestación al libelo introductorio, no sólo se opuso a las pretensiones de la actora con relación a la convivencia y otorgamiento de la prestación por sobrevivencia, sino que, también solicitó para sí el reconocimiento y pago de la misma por acreditar el aludido requisito. De tal modo, que con independencia de la forma en que se le vinculó, es claro que el debate procesal y probatorio se encaminó en el sentido de establecer cuál de las dos señoras era la beneficiaria del causante.

Por último, debe decirse en torno a lo manifestado respecto de las sentencias proferidas en la jurisdicción de familia, como quiera que no es este el estadio procesal ni la jurisdicción para controvertir la legalidad de las mismas, ni mucho menos, para ventilar la comisión de delitos. Por ende, no puede la sala hacer pronunciamiento alguno al respecto, desde luego que tampoco se desconocen las decisiones que declararon interdicto al actor antes de fallecer, pero claramente, ellas en nada influyen o desvirtúan la convivencia antes probada, máxime cuando lo que se podría decantar es que ello se hizo para tramitar la pensión de invalidez del actor, como una exigencia del ISS en su momento.

Finalmente, en lo que atañe a la orden de pagar el porcentaje de las mesadas en forma indexada, debe indicarse, que no tiene reproche alguno la condena impartida, pues al efecto su imposición no procede en forma de sanción, sino que por el contrario tal situación está dirigida a paliar los efectos negativos de la devaluación del peso colombiano por el simple transcurso del tiempo, por lo que, como las mesadas adeudadas corresponden a una fecha pretérita a ésta decisión, procede la indexación con la finalidad de que el valor de las mismas no pierdan su valor nominal constante y actualizado a la fecha en que se realice el pago, tal como lo tiene decantado la jurisprudencia laboral, en el sentido que, la indexación opera por equidad ante la devaluación de la moneda nacional, razón por la que será confirmada.

En consecuencia, se confirmará íntegramente la decisión de primer grado, por haber arribado el a quo a similares conclusiones. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

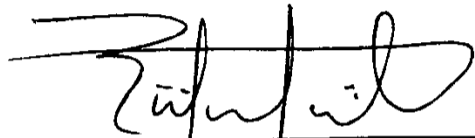
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

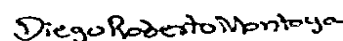
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CARLOS HERNANDO LADINO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-003-2019-0281-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS HERNANDO LADINO, pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por reunir los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, desde la fecha en que surgió el derecho; así mismo a título de indemnización de perjuicios, se ordenó el reintegro de todos los conceptos que por salud hubiere aportado al sistema, desde la fecha en que fuera desafiliado, esto es el 09 de agosto de 2018. Se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión causado desde su desvinculación del sistema, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, más los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de 1993 o en su defecto la indexación. Que se tengan en cuenta los tiempos de servicios y semanas de cotización de conformidad con el Art. 33 de la Ley 100 de 1993, más lo ultra y extra petita.

Sustentó su petición, en síntesis, indicando que nació el 9 de septiembre de 1949, afiliándose al sistema de pensiones desde el 1° de junio de 1973 al 9 de agosto de 2018, en diferentes periodos, entidades y como independiente, del 1 de junio al 21 de mayo

de 1985 como soldado auxiliar primero en el Ministerio de Defensa Nacional, del 28 de abril de 1987 hasta el 9 de agosto de 2018 con diferentes entidades privadas, desvinculándose del sistema el 9 de agosto de 2018. Indicó que presentó solicitud para el reconocimiento de la pensión el 30 de septiembre de 2010 al Instituto de los Seguros Sociales siendo resuelta de manera negativa mediante Resolución 022365 del 29 de junio de 2011, confirmada posteriormente mediante resoluciones GNR 266019 de 2013, VPR 3162 de 2014 y GNR 58730 de 215 (fls. 3 a 5).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a la prosperidad de las pretensiones, indicando que no le asiste derecho al demandante toda vez que no cumplió con el requisito de semanas cotizadas, que si bien es beneficiario del régimen de transición por haber cumplido el requisito de edad, no se debe desconocer que al no haber causado su derecho pensional al 30 de julio de 2010, fecha para la cual según el Acto Legislativo 01 de 2005 finalizó la aplicación del régimen de transición, permite concluir que perdió el beneficio de la transición y por tanto su reconocimiento pensional no puede estar determinado por la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993. Abonado a lo anterior, frente a la solicitud de tener en cuenta las semanas cotizadas durante el tiempo laborado en el Ministerio de Defensa consideró debe negarse por cuanto el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de la misma anualidad, señalan que únicamente se tendrán en cuenta, para efectos de reconocer una pensión de vejez las semanas cotizadas al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no siendo posible acumular tiempos públicos y privados para reconocer prestaciones pensionales. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento de la pensión de vejez bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990 reglamentada por el Decreto 758 de la misma anualidad», «inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios y retroactivo», «buena fe», «prescripción», «innominada o genérica» (fls. 39 a 50).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito, mediante sentencia proferida el 02 de julio del año 2020, absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, determinó que para el 01 de abril de 1994 efectivamente el actor contaba con 44 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; frente a las semanas cotizadas indicó que para el 25 de julio del año 2005, el demandante tenía 28.16

semanas, por ello, el demandante no podría acceder al régimen de transición, más allá del 31 de julio del año 2010. Frente a la solicitud de la parte actora de que se tengan en cuenta los tiempos cotizados al sector público, esto es desde el 01 de julio de 1973 al 30 de mayo de 1975 y del 01 de abril de 1976 al 01 de mayo de 1985, en el cual laboró al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, así como el tiempo servido a la Alcaldía Municipal de Soacha desde el 01 de marzo de 1992 al 30 de diciembre de 1993, acumulando en total 666 semanas, precisó que ese tiempo no era posible acumularlo por haber sido servido en el sector público, con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales a la luz del Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido que aquella eventualidad, solo se materializó en la Ley 100 de 1993, no siendo posible acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en esos términos. Frente a la solicitud de la demanda de reconocerse el derecho adquirido, precisó era improcedente pregonar titularidad de un derecho adquirido, por cuanto hasta tanto no se consolide dicha condición, el interesado cuenta con una simple expectativa, por ello no era posible en el presente caso hablar de un derecho adquirido, toda vez que el actor no cumplió los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición con antelación a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005. De igual modo, indicó que conforme a lo establecido el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, se tenía que el demandante para el 25 de julio del año 2005, al sumarle el tiempo de servicio en el Estado reunió un total de 885.44 semanas cotizadas, esto es 218.16 semanas cotizadas al ISS más 667.28 al sector público, de suerte que en ese evento si aparecería como beneficiario del régimen de transición, manteniéndolo hasta el 30 de diciembre de 2014, sin embargo, para esa fecha, el actor solo contaba el equivalente a 19 años y 3 meses, no satisfaciendo en requisito de los 20 años requeridos por dicha normativa. De igual manera, tampoco cumplía tal requisito según la Ley 797 de 2003, pues no contaba con el número de semanas requeridas en el artículo 9 de dicha normatividad, toda vez que se le exigía 1.150 semanas de cotización y este solo tenía 1.125 semanas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación; consideró para tal efecto que, por el tiempo cotizado y la edad del demandante, tiene derecho a la aplicación de la facultad extra petita, para que el juez conceda las normas más favorables a su poderdante, atendiendo sus circunstancias, esto es que se reconozca media pensión, establecida para este tipo de personas, que no logran adquirir el derecho a la pensión, por estas circunstancias.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si al demandante le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, de ser afirmativo, verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene como aspectos fuera de discusión que el demandante conforme al Registro Civil de Nacimiento que obra a folio 26, nació el 09 de septiembre de 1949, por lo tanto, se tiene que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más 40 años de edad, específicamente con 44 años y es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal. De igual modo, se tiene acreditado que el demandante cotizó un total de 459,43 semanas en COLPENSIONES desde el 28 de abril de 1987 hasta el 31 de julio de 2018 (fls. 51 a 58), a su vez se advierte que el actor prestó sus servicios como Soldado y Auxiliar Primero en Fuerza Aérea (Ministerio de Defensa) entre el 01 de junio de 1973 y el 30 de mayo de 1975, luego del 01 de abril de 1976 al 21 de mayo de 1985 (fl. 24 y Exp. Adtivo. CD fl. 51). También se encuentra demostrado en el expediente que el actor laboró para el Municipio de Soacha -Cundinamarca entre el 01 de marzo de 1992 y el 30 de diciembre de 1993 (Exp. Adtivo. CD fl. 51).

Así establecido, debe advertirse conforme a lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005 en su párrafo transitorio 4, el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos afiliados, que estando en dicho régimen, acrediten cotizadas 750 semanas a la fecha de vigencia de la citada reforma constitucional que ocurrió el 29 de julio de 2005 (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005).

En este escenario, se tiene que el demandante en total logró acreditar un total de semanas y/o tiempos de servicios al 29 de julio de 2005, así:

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS DEL PERIODO	SEMANAS	OBSERVACIONES
DESDE	HASTA			
1/06/1973	30/05/1975	729	104,14	FUERZA AEREA
1/04/1976	21/05/1985	3.338	476,86	FUERZA AEREA
28/04/1987	29/04/1988	368	52,57	ISS
06/05/1988	01/06/1988	27	3,86	ISS
16/12/1988	15/12/1989	365	52,14	ISS
18/01/1990	31/05/1990	134	19,14	ISS
06/08/1990	05/01/1991	153	21,86	ISS
01/04/1991	15/09/1991	168	24,00	ISS
23/09/1991	02/01/1992	102	14,57	ISS
1/03/1992	30/12/1993	670	95,71	MUNICIPIO SOACHA
15/04/1994	21/08/1994	129	18,43	ISS
22/08/1994	03/09/1994	13	1,86	ISS
11/04/1996	30/04/1996	20	2,86	ISS
01/05/1996	31/05/1996	30	4,29	ISS
01/06/1996	1/06/1996	1	0,14	ISS
TOTAL, SEMANAS			892	

De este modo, lo primero que se concluye es que el actor caso conservó dicho régimen transitorio hasta el año 2014 en los términos del Acto Legislativo 001 de 2005, sumado al hecho que la edad de 60 años la alcanzó en el año 2009.

Definido lo anterior, encuentra la Sala que se pretende, incluso, desde el libelo introductor, el derecho a la pensión de vejez a la luz de lo contemplado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para tal efecto la sumatoria de tiempos públicos y privados, para lo cual debe advertirse que si bien, como lo anotó el Juez a quo para denegar la prestación, en anteriores oportunidades la jurisprudencia asumía como verdad incontrastable que el requisito de semanas cotizadas debía ser únicamente satisfecho con las semanas efectivamente cotizadas al sistema general de pensiones, acogiendo la doctrina probable de la CSJ, toda vez que la H. Sala Laboral de la CSJ, sostenía, en posición mayoritaria, que la densidad de semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990, debían ser realizadas en forma exclusiva al ISS.

De tiempo atrás el magistrado ponente, sostenía que una de las razones para que se determinara la posibilidad de computar cotizaciones con tiempos públicos servidos al Estado y cotizados o no al ISS hoy Colpensiones, radica en la aplicación sistemática de la Ley 100 de 1993, en especial el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 ibidem, normas que permiten acumular para el reconocimiento de las pensiones de vejez, las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia del nuevo sistema general de pensiones, cotizadas al ISS o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores

públicos, así no existiere afiliación al sistema, forma ésta de contabilizar las semanas que debe ser tomada en cuenta para el reconocimiento pensional, incluso con base en las normas anteriores aplicables en virtud del régimen de transición.

Lo afirmaba, en razón a que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservó para quienes se benefician del régimen de transición, los requisitos de tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley, parte final que permite concluir que el análisis realizado en la aplicación sistemática de la contabilización de semanas, se constituye en un argumento válido y lógico, que permite en estos casos, aplicar el principio de favorabilidad y acoger entonces ésta interpretación, que sin duda alguna resulta más garantista para el reconocimiento de los derechos individuales contemplados en las normas de la seguridad social.

Esta inferencia, fue efectivamente asumida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, admitiendo que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales, en sentencias CSJ SL1947-2020, CSJ SL1981-2020 y CSJ SL2557-2020, y en ellas se advirtió la necesidad de preservar las garantías de las sumatorias de los tiempos públicos y privados, por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hacen parte del sistema de seguridad social, de ahí que el párrafo de dicho articulado deba entenderse para esta sumatoria, como así se expuso:

«En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultra activa de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens».

De conformidad con lo anterior, en el caso de autos, se considera hay lugar al estudio de la prestación por vejez, en aplicación de lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990. Así las cosas, se tiene que el artículo 12 ibidem, determina que los requisitos para acceder a la pensión de vejez consisten, para el caso de los hombres, haber cumplido 60 años de edad y haber cotizado 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Frente a ello, debe señalarse que el demandante alcanzó a cotizar al 31 de agosto de 2014 un total de 1.019 semanas, es decir, que se cumple con el segundo supuesto que contempla el artículo 12 del citado acuerdo, razón por la cual, se hace merecedor de la pensión de vejez invocada, como quiera que la edad de 60 años la había alcanzado el 09 de septiembre de 2009. Así pues, como el juez de primer grado llegó a disímiles conclusiones será revocada la decisión en este puntual aspecto.

Respecto de la fecha de disfrute de la prestación, se encuentra acreditado en el plenario que desde el 09 de agosto de 2018 el actor dejó de cotizar, efectuándose el retiro con su último empleador (fl. 56) siendo exigible la prestación desde esta calenda; y frente al valor de la mesada pensional, observa la Sala que las cotizaciones efectuadas no sobrepasan el Salario Mínimo Legal Mensual, por lo que sobre ese valor habrá de fijarse la primera mesada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 100 de 1993. Advirtiéndose que el demandante tendrá derecho a percibir 13 mesadas al año al haberse configurado la prestación con posterioridad al referido Acto Legislativo que las restringió a 13 a partir de su vigencia.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES esta resulta impróspera, ya que la prestación se hizo exigible a partir del 09 de agosto de 2018 y la demanda se presentó el 12 de abril de 2019, de modo que no se configuró el trienio que consagran los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS. Por tal motivo, el retroactivo pensional se calcula desde el 09 de agosto de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2020, arrojando una suma de \$26.653.464:

RETROACTIVO 13 MESADAS				
DESDE	HASTA	No. MESADAS	VALOR MESADA	TOTAL
9/01/2018	31/12/2018	5,73	\$ 781.242	\$4.476.517
1/01/2019	31/12/2019	13,00	\$ 828.116	\$10.765.508
1/01/2020	31/12/2020	13,00	\$ 877.803	\$11.411.439
TOTAL				\$26.653.464

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que en la sentencia SL2994-2019 Rad. 77729, la HCSJ SCL destacando como excepciones a los mismos, que se «ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas que no corresponden a las del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, el segundo, cuando la actuación de la AFP estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial, como por ejemplo el principio de progresividad (CSJ SL787-2013)», tal como ocurre en el caso que nos ocupa, donde la entidad demandada basada en una razón objetiva, apegada a la Constitución y la ley negó la prestación, por lo cual resulta razonable no imponer el pago de los intereses moratorios porque su conducta estuvo regida por el estricto cumplimiento de las normas que gobiernan la materia, pero en todo caso se ordenará la indexación del retroactivo pensional causado, con la finalidad de paliar el efecto negativo que genera la devaluación del peso colombiano.

Finalmente, se autorizará a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que debe realizar el pensionado. De ahí que tampoco haya lugar a la indemnización de perjuicios solicitada por este puntual aspecto.

Conforme a lo expuesto se revocará la decisión objeto de apelación. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia a cargo de la demandada ante las resultas del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, CONDENAR a la entidad demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 09 de agosto de 2018, en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente, cuyo retroactivo calculado al 31 de diciembre

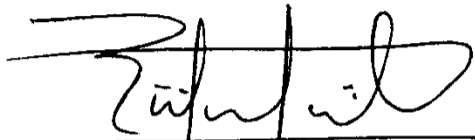
de 2014 asciende a la suma de \$26.653.464, el cual deberá indexarse al momento de efectuarse el pago. Se absuelve de las demás pretensiones, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: AUTORIZAR a la entidad accionada para que efectúe los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud que correspondan del retroactivo pensional y en lo sucesivo, conforme fue definido en la presente decisión.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte accionada, dadas las resultados del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

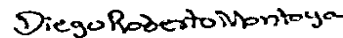
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS DEL	SEMANAS	ONSERVACIONES		
DESDE	HASTA	PERIODO				
1/06/1973	30/05/1975	729	104,14	FUERZA AEREA		
1/04/1976	21/05/1985	3.338	476,86	FUERZA AEREA		
28/04/1987	29/04/1988	368	52,57	ISS		
06/05/1988	01/06/1988	27	3,86	ISS		
16/12/1988	15/12/1989	365	52,14	ISS		
18/01/1990	31/05/1990	134	19,14	ISS		
06/08/1990	05/01/1991	153	21,86	ISS		
01/04/1991	15/09/1991	168	24,00	ISS		
23/09/1991	02/01/1992	102	14,57	ISS		
1/03/1992	30/12/1993	670	95,71	MUNICIPIO SOACHA		
15/04/1994	21/08/1994	129	18,43	ISS		
22/08/1994	03/09/1994	13	1,86	ISS		
11/04/1996	30/04/1996	20	2,86	ISS		
01/05/1996	31/05/1996	30	4,29	ISS		
01/06/1996	1/06/1996	1	0,14	ISS		
26/08/2009	31/08/2009	5	0,71			
01/09/2009	30/11/2009	90	12,86			
01/12/2009	31/12/2009	30	4,29			
01/01/2010	31/01/2010	30	4,29			
01/02/2010	31/03/2010	60	8,57			
1/04/2010	2/04/2010	2	0,29			
01/07/2012	1/07/2012	1	0,14			
01/09/2012	30/09/2012	30	4,29			
01/10/2012	31/10/2012	30	4,29			
01/11/2012	30/11/2012	30	4,29			
01/12/2012	31/12/2012	30	4,29			
01/01/2013	28/02/2013	60	8,57			
01/03/2013	31/03/2013	30	4,29			
01/04/2013	31/08/2013	150	21,43			
01/09/2013	1/09/2013	1	0,14			
01/10/2013	6/10/2013	6	0,86			
01/11/2013	30/11/2013	30	4,29			
01/12/2013	31/12/2013	30	4,29			
01/01/2014	31/08/2014	240	34,29			
01/07/2015	30/09/2015	90	12,86			
12/01/2016	31/01/2016	19	2,71			
01/02/2016	29/02/2016	30	4,29			
21/03/2016	31/03/2016	10	1,43			
16/08/2016	31/08/2016	15	2,14			
01/09/2016	31/12/2016	120	17,14			
01/01/2017	31/01/2017	30	4,29			
01/02/2017	31/12/2017	330	47,14			
01/01/2018	30/04/2018	120	17,14			
01/05/2018	25/05/2018	25	3,57			
16/07/2018	31/07/2018	15	2,14			
TOTALES		7.936	552,71			
TOTALES		1.133,71				



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de EDUAR ALBEIRO ZAMBRANO LEAL
contra CODENSA S.A. E.S.P. y PRODIEL COLOMBIA S.A.S. Rad.
110013105-004-2018-00127-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

OBJETO DE LA AUDIENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

El señor EDUAR ALBEIRO ZAMBRANO LEAL pretende se declare: que las demandadas son solidariamente responsables del reconocimiento y pago de sus derechos laborales; que entre las partes se celebró un contrato individual de trabajo por obra o labor contratada dentro de las cuales las demandadas tuvieron el carácter de empleadores con obligaciones laborales solidarias; que el término de duración de la obra o labor contratada es ineficaz y este debe entenderse como un contrato a término indefinido; que fue despedido encontrándose vigentes los términos legales de las etapas para la solución de un conflicto colectivo de trabajo, y además estando cobijado por estabilidad laboral reforzada por enfermedad; que el despido es ineficaz al no agotarse el procedimiento establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, además de ser sin justa causa debido al fuero circunstancial.

Como consecuencia de lo anterior, pretende se realicen las siguientes condenas: que se restablezca al cargo que venía desempeñando o en uno de superior categoría, se condene al pago de todos los salarios, bonos, vacaciones, prestaciones sociales y convencionales, aportes a seguridad social y todos los demás emolumentos dejados de percibir; se respete y garantice su estabilidad laboral reforzada; se condene al pago de los salarios correspondientes al trabajo realizado por tiempo extraordinario; al pago de intereses moratorios del artículo 99 – 3 de la Ley 50 de 1990; al pago de indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; al pago por daños y perjuicios morales y a la vida en relación por la suma de 100 SMMLV, al IPC a partir del momento en que cada una de las obligaciones se hicieron exigibles; al pago de intereses moratorios mensuales sobre las acreencias laborales adeudadas; condenas Ultra y Extra Petita, costas y agencias en derecho.

Como pretensión subsidiaria solicitó que en caso de que se declare que no es beneficiario del fuero circunstancial, se condene a mantener el vínculo laboral con CONDENA S.A. E.S.P. y/o a través de la empresa contratista que asumió las funciones similares complementarias, PRODIEL COLOMBIA S.A.S.

Fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó el demandante que el 29 de julio de 2016, las demandadas CODENSA S.A. E.S.P. y PRODIEL COLOMBIA S.A.S., celebraron contrato No. 5600056305; que para esa data, igualmente el demandante celebró contrato de obra o labor con la empresa PRODIEL COLOMBIA S.A.S., en el cargo de tecnólogo electricista líder. Que a partir del 7 de noviembre de 2016, le fueron asignadas funciones de “Tecnólogo puesta en marcha”, para lo cual debió realizar curso de reentrenamiento seguro en alturas, y siendo posteriormente asignado un horario de trabajo de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes. Que al trabajador le adeudan salarios por trabajos realizados en horas extras, con un último salario básico mensual de \$1.400.000, y \$400.000 correspondiente a “Plus de Seguridad”, “Plus de Cumplimiento” y “Plus de Objetivo de Producción”, los cuales no eran incluidos como parte del salario ni para el pago de aportes a seguridad social y demás adehalas de origen laboral. Resaltó que realizó las mismas labores para CODENSA S.A. E.S.P. desde el año 2014 a través de las empresas contratistas DELTEC S.A., PROING S.A., CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S y PRODIEL COLOMBIA S.A.S. siendo terminado su contrato por esta última, por finalización del acuerdo comercial con CODENSA S.A. E.S.P. según comunicación del 11 de enero de 2017.

Asimismo, señaló que el 29 de noviembre de 2016 sufrió accidente de trabajo que le ocasionó contusión en la región lumbosacra y de la pelvis, por lo cual le fueron impartidas restricciones laborales por 10 días, y que una vez culminadas las

recomendaciones médicas fue despedido, sin agotar el procedimiento establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Aunado a lo anterior, indicó que dada su condición económica y de salud, instauró acción de tutela, la cual fue resuelta por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá, quien ordenó reintegrar al demandante a un cargo igual o superior, atendiendo las recomendaciones emitidas por la ARL SURA, y a cancelar los aportes a seguridad social. Que en efecto fue reintegrado en fecha 7 de noviembre de 2017, sin que a la fecha se haya cancelado suma alguna por concepto de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

Finalmente, en cuanto a su condición como afiliado al Sindicato REDES, informó que la misma se dio el 30 de septiembre de 2015, siendo informada dicha decisión a las demandadas el 02 y 06 de octubre de 2017, y que la terminación de la relación laboral se dio cuando se encontraba vigente el conflicto colectivo de trabajo, en vigencia del fuero circunstancial establecido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 (Fls. 7 a 55).

CONTESTACION DE DEMANDA

La empresa demandada CODENSA S.A. E.S.P. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello manifestó que quien debe ser tomado como único empleador y beneficiario de todos los servicios del demandante es PRODIEL COLOMBIA S.A.S., ya que este no actuó como intermediario y su actuación fue bajo los parámetros legales. Asimismo, resaltó que entre la compañía y PRODIEL COLOMBIA S.A.S. se celebró un contrato de suministro de servicios, por medio del cual el contratista se comprometió obrando bajo su cuenta y riesgo, con libertad, autonomía técnica y administrativa, a la ejecución del contrato de cambio o instalación de medidores y concentradores.

Respecto a la solidaridad, señaló que las actividades desarrolladas por la empresa PRODIEL COLOMBIA S.A.S., son extrañas al giro ordinario de las actividades propias de CODENSA S.A. E.S.P., toda vez que su objeto es la comercialización y distribución de energía eléctrica. Propuso como excepciones, las de «inexistencia de la obligación pretendida»; «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «carencia del derecho»; «prescripción»; «falta de causa y cobro de lo no debido»; «compensación» y «genérica», finalmente llamó en garantía a la sociedad Seguros Generales Suramericana S.A. (Fls. 451 a 468).

La empresa demandada PRODIEL COLOMBIA S.A.S., contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, para ello manifestó que ha sido la única persona jurídica que ha fungido como empleadora del demandante, y

que por tal razón dio por terminado su contrato de trabajo el 11 de enero de 2017, debido a la finalización de la labor por la cual fue contratado, esto es, el contrato de suministro de servicios No. 5600016305, suscrito entre la empresa y CODENSA S.A. E.S.P.

En cuanto a la existencia del conflicto colectivo de trabajo entre el sindicato REDES y la compañía, aseveró que el mismo nunca ha existido, no tuvo conocimiento del pliego de peticiones, ni fue participe de las actuaciones que se alegan; no obstante, informó que si efectivamente existió un conflicto colectivo de trabajo con Sindicato REDES nunca recibió la afiliación formal del actor a esta organización, recordando que solo recibió una autorización de cuota sindical el 31 de octubre de 2017 fecha en la cual el demandante había sido objeto de reintegro. Aunado lo anterior, subrayó que el demandante no gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de su despido, por no encontrarse incapacitado ni en curso de un proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral. Propuso como excepciones, las de «cobro de no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»; «buena fe»; «mala fe de la parte demandante»; «pago»; «enriquecimiento sin justa causa» (Fls. 553 a 576).

Finalmente, la llamada en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. contestó la demanda oponiéndose a la declaratoria de solidaridad frente al reconocimiento y pago de derechos laborales con cargo a la póliza base de llamamiento, por cuanto se encuentra atada a la declaratoria de intermediación laboral, siendo esta figura no amparada por la póliza, anotando que solo son amparados los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista y no de los perjuicios ocasionados directamente por el asegurado como empleador, y que en el hipotético evento en que sea declarado el contrato realidad, la obligación de reconocer y pagar lo peticionado, estará a cargo de CODENSA S.A. E.S.P.

En cuanto a la declaratoria del contrato a término indefinido, argumentó que el contrato pactado de manera inicial entre PRODIEL COLOMBIA S.A.S. y el actor fue por obra o labor contratada, amparando la póliza el contrato comercial No. 560001630, cuyos extremos fueron el 21 de julio de 2016 al 7 de mayo de 2017, en razón a que las labores a desarrollar se encontraban limitadas en el tiempo, siendo improcedente extender la contratación indefinidamente. A nombre de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A propuso como excepciones, las de «inexistencia de causa pretendí por ausencia de solidaridad»; «exclusión en el pago de rubros que no sean salariales ni prestacionales»; «buena fe»; «innominada o genérica». A nombre del llamamiento en garantía, propuso como excepciones las de «inexistencia del riesgo asegurado»; «inexistencia de la cobertura frente al

incumplimiento del objeto contratado póliza de cumplimiento a favor de particulares en virtud del contrato No. 560001606»; «exclusión de cobertura relacionado con indemnizaciones de cualquier tipo extralegal»; «inexistencia de cobertura para perjuicios morales y de vida en relación»; «inexistencia de cobertura frente a obligaciones que se reclamen antes de la entrada en vigencia o después de terminada la relación con póliza de cumplimiento a favor de particulares»; «límite de valor asegurado» (Fls. 729 a 748).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 10 de agosto de 2020, absolvió a las demandadas y al llamado en garantía, de todas las pretensiones formuladas por el demandante; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas, condenó a costas al demandante por la suma de \$200.0000.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que encontró acreditado que el demandante celebró contrato de trabajo con la sociedad PRODIEL COLOMBIA S.A.S. el día 29 de julio del año 2016, bajo la modalidad de contrato de trabajo por obra o labor contratada, para desempeñar el cargo de tecnólogo electricista líder, y que su labor comprendía la realización de tareas con ocasión del contrato No. 5600056305 de mantenimiento inteligente, celebrado entre las demandadas (fol.80); que el contrato de trabajo terminó el día 11 de enero de 2017 (fol. 105) y se invocó como causa para su finalización, la terminación de la obra para la cual fue contratado el actor; que el salario convenido ascendía a la suma de \$1.400.000 (fol. 81); que el demandante promovió acción de tutela en contra de las demandadas tras considerar que había sido despedido teniendo estabilidad laboral reforzada, donde a través de sentencia del 13 de septiembre de 2017 se negó el amparo solicitado (fols. 188 a 197) decisión que fue impugnada y en sentencia del 26 de octubre de 2017 se revocó la decisión, se concedió el amparo como mecanismo transitorio y se ordenó su reintegro a PRODIEL COLOMBIA S.A.S. (fol. 201 a 205) orden que fue cumplida por la accionada el día 7 de noviembre de 2017 (fols. 212 a 214).

En cuanto a la ineficacia del término de la obra o labor del contratada observó el fallador que en la cláusula primera del contrato de trabajo se acordó que la labor contratada comprendía la realización de tareas asignadas, y aquellas para el cumplimiento del contrato No. 5600056305 (fols. 470 a 486), cuyo objeto fue el suministro de servicios correspondiente al cambio de medidores y concentradores; además, resaltó que en los interrogatorios de parte rendidos por los representantes legales de las codemandadas, estos coincidieron en declarar que entre ellos se celebró

un contrato de suministro de servicios, suscrito en julio de 2016, culminado el 30 de diciembre de esa anualidad y cuya Acta de liquidación se suscribió en mayo de 2017. Igualmente, anotó que el demandante al absolver el interrogatorio, aceptó que la obra para la cual fue contratado, terminó el 30 de diciembre de 2016, fecha en la cual finalizó también el contrato de los demás técnicos, pero que él se quedó porque tenía restricciones médicas, más una vez levantadas dichas restricciones su contrato fue terminado. Por lo anterior, concluyó que no es posible declarar la ineficacia de la terminación del contrato, por cuando fue voluntad de las partes así celebrarlo sin demostrarse vicio en el consentimiento, por lo que absolvió a las demandadas de esta pretensión.

Respecto de la estabilidad laboral reforzada, señaló lo dispuesto en las sentencias con Rads. No. SL 11411 del 2017, 53394 de 2018, comentó que de la historia clínica del actor (fols. 120 a 146) pudo evidenciar que sufrió un accidente de trabajo el día 29 de noviembre de 2016, que le ocasionó un trauma lumbar. Que el día 30 de noviembre de 2017, la ARL SURA realizó calificación de pérdida de su capacidad laboral la cual arrojó como porcentaje un total de 0% (fols. 151 a 154), que una vez impugnada la decisión la Junta Nacional emitió dictamen el 25 de julio de 2017 confirmando el dictamen emitido (fols. 890 a 894). Externó que para el 11 de enero del 2017, fecha en la que se culminó el contrato de trabajo, el actor no contaba con una pérdida de su capacidad laboral en porcentaje igual o superior a 15%, y no se encontraba incapacitado, razón por la cual no gozaba de estabilidad laboral reforzada.

A su turno en lo que tiene que ver con el fuero circunstancial invocó lo preceptuado en la sentencia con Rad. No. 23651 de 2005, y narró los siguientes sucesos: “el sindicato REDES presentó pliego de peticiones en febrero de 2013 (fols. 222 a 264) que agotada la etapa de arreglo directo, el Ministerio de Trabajo, a través de la Resolución No. 964 del 4 de marzo 2015, ordenó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento (fols. 270 a 272) acto que fue impugnado por CODENSA S.A., por lo que el Ministerio de Trabajo al resolver el recurso a través de la Resolución No. 702 de marzo 2016 revocó la decisión original (fols. 287 a 290), decisión fue apelada (fols. 273 a 286), y resuelto a través de la Resolución No. 3258 del 19 de julio de 2018, (666 a 681) ordenándose se resuelva el recurso interpuesto”.

En este punto recordó que para el día 11 de enero de 2017, el conflicto colectivo no había culminado, no obstante, consideró el fallador que el actor no es beneficiario del fuero circunstancial por las siguientes razones: “(i) la terminación del contrato se dio por la causal de finalización de la obra para la cual había sido contratado, sin ser un despido injusto. (ii), para la fecha en que se presentó el pliego de peticiones ante

CODENSA el actor no demostró que se encontrara vinculado como trabajador de las empresas demandadas, ni como afiliado al Sindicato REDES. (iii). que la afiliación al sindicato se dio el 14 de septiembre de 2015 (fol. 291), siendo notificada dicha calidad a la demandada el 06 de octubre de 2017 con posterioridad a su terminación; por lo expuesto, precisó que no es posible que el actor sea beneficiario del fuero circunstancial, y en consecuencia, absolvió a las demandadas de esta pretensión y de la pretensión subsidiaria.

Finalmente, en lo que respecta a la sanción por no consignación de cesantías, observó que de la liquidación de prestaciones sociales realizada el 11 de enero de 2017 (fols. 115 a 633) en su salario base de liquidación, se incluyeron las prestaciones sociales y demás conceptos como plus seguridad, cumplimiento y producción, sin encontrar que el salario devengado fuera superior al que se tomó para realizar la liquidación; aunado, informó que la obligación de consignar las cesantías a un fondo surge a partir del 15 de febrero de 2017, por lo que no hay lugar a la sanción dado que el rubro se liquidó y entregó directamente al trabajador a la finalización del contrato. Frente a las cesantías causadas al reintegró del demandante, y las horas extras, advirtió el A quo no encontrar evidencia de los valores causados por estos conceptos, por lo que las mismas no prosperan. Dadas las resultas del proceso, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas, condenó a costas al demandante por la suma de \$200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora presentó recurso de apelación donde solicitó se revoque la decisión tomada en primera instancia, y en su lugar se condene a las codemandadas en la forma solicitada en la demanda; para ello, argumentó que se omitió el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas y de favorabilidad, señalando que la Juez excluyó la pretensión principal que era la declaratoria de contrato de trabajo realidad entre el demandante y CODENSA, en donde PRODIEL COLOMBIA S.A.S. actuó como un simple intermediario. En cuanto a la ineficacia de obra o labor contratada, indicó que se pudo corroborar con las pruebas aportadas, que el actor realizó funciones como tecnólogo electricista inicialmente y luego como tecnólogo puesto en marcha, y que las mismas fueron supervisadas, controladas y dirigidas por el personal de CODENSA S.A., lo cual a su juicio fue demostrado con los testimonios que se aportaron, siendo funciones propias, necesarias y permanentes del objeto social de la entidad adquiriendo la condición de empleador frente al actor. En lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada,

precisó que se probó que el demandante sufrió un accidente mientras realizaba instalación de equipos de telemedida, generando graves afectaciones en su salud, agregando que la Corte Constitucional ha sido reiterativa al señalar que no se requiere calificación de pérdida de capacidad laboral o que tenga incapacidad médica vigente, para ser beneficiario del fuero de salud. En cuanto al fuero circunstancial, externó que el conflicto colectivo entre CODENSA S.A. y el sindicato REDES, se mantiene vigente en la actualidad por no haber sido resuelto por el Ministerio los recursos que se encontraban pendientes, el cual a través del pliego de peticiones se hizo extensivo a PRODIEL COLOMBIA S.A.S. y a todos los trabajadores que eran beneficiarios de dicha garantía, en consecuencia no podía ser despedido. Finalmente, en lo que tiene que ver con la reliquidación de las Cesantías, apuntó que se logró demostrar por medio de testimonios que el actor desarrollaba funciones en tiempo extraordinario y festivo, extendiendo sus jornadas de trabajo más allá de la establecida normalmente, con el único propósito de culminar las labores encargadas, por lo que a su sentir las cesantías y demás prestaciones, se deben calcular por no liquidarse al momento de la terminación de su contrato.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

La llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A., las demandadas CODENSA S.A. E.S.P. y PRODIEL COLOMBIA S.A.S. presentaron sus alegaciones, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia y se absuelva de las condenas impetradas por no encontrarse acreditadas las pretensiones de la demanda. Por su parte, la parte demandante insistió en la revocatoria del fallo proferido, y señaló que los hechos fundamento de las pretensiones, se encuentran probados de manera suficiente, pero que no obstante, no fueron debidamente apreciados por el A quo.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar como primer problema jurídico si hay lugar o no, a declarar ineficaz el contrato por obra o labor contratada suscrito entre el demandante y PRODIEL S.A.S., y asimismo establecer si el mismo obedecía a un contrato de trabajo a término indefinido, en el que su

verdadero empleador era la sociedad codemandada CODENSA S.A. E.S.P. Como segundo problema jurídico, se estudiará si el demandante goza de estabilidad laboral reforzada por salud, y en caso afirmativo si hay lugar a su reintegro. En tercer lugar, se determinará si el demandante es beneficiario de la garantía de fuero circunstancial, y en consecuencia, si su despido resulta ineficaz. Finalmente, la Sala analizará si hay lugar o no al pago de reliquidación de cesantías por horas extras.

CONSIDERACIONES

Definido como se encuentra, en primer lugar, el conflicto jurídico gravita en torno a la existencia o no de una relación de trabajo entre las partes, siendo preciso señalar que de acuerdo con las normas que regulan la prohibición de intermediación laboral, el máximo órgano de cierre de esta especialidad, ha entendido que, en cuanto esta actividad corresponde de manera exclusiva a las Empresas de Servicios Temporales, pues dicha actividad consiste en suministrar personal, de por sí ya implica intermediación laboral, práctica que sólo pueden ejercer aquellas empresas legalmente autorizadas.

También ha sostenido la mentada Corporación, entre otras sentencias, en la proferida el día 25 de septiembre de 2013, Rad 36560, que no solo es reprochable el objeto del lazo contractual con terceros beneficiarios sobre el suministro de personal, sino, además, cuando estos tienen un plazo de duración indefinido, pues de allí se infiere que se requiere del servicio prestado por el asociado con vocación de permanencia. Y más aún cuando se trata de labores o actividades que no resultan extrañas al giro ordinario y esencial de quien se beneficia del servicio. De igual forma, enseña la Doctrina de esta Corporación, que aun cuando el cumplimiento de un horario no puede sugerir de manera inequívoca o inexorable la configuración de la subordinación, si puede entenderse como «un indicio claro de ella»; máxime si a ello se suma, que el trabajador tenga que cumplir con las políticas, reglamentos y directrices que le imparte el tercero contratante dentro de su organización, lo que desvirtúa por completo que el trabajador asociado actúe de manera autogestionaria y en desarrollo de una coordinación libre más no impuesta, pues si es el beneficiario del servicio quien de manera unilateral dirige las funciones, es palpable e incuestionable su poder subordinante.

En este punto conviene precisar que los contratos asociativos de trabajo, junto con el contrato sindical y el contratista independiente, son las tres figuras a través de las cuales, se da cabida a la tercerización de servicios en el ordenamiento

jurídico colombiano. Al respecto, resulta relevante para desatar la controversia aquí planteada distinguir entre la tercerización y la intermediación laboral, pues la primera acude al mecanismo de contratación de servicios especializados a terceros o producción especializada de determinados bienes, y tiene como objeto el que las empresas ya no desarrollen un objeto social tan amplio sino que se dediquen de manera exclusiva a la actividad principal de su giro ordinario, es decir, que el actual dinamismo económico, empresarial y tecnológico, ha hecho que las empresas busquen especializarse en determinada actividad, despojándose de alguno de los procesos de la cadena de producción para que este sea asumido por un tercero especializado en determinada actividad bajo su cuenta y riesgo.

Esta tercerización de servicios, obedece principalmente a actividades secundarias, o también conocidas como actividades medio de la empresas, que no concitan la actividad principal de la empresa, a manera de ejemplo, se trata de actividades medio el transporte, publicidad, comercialización o distribución, es decir, no constituyen el eje central de la empresa, es decir, se ha concebido a la tercerización como aquella que externaliza labores colaterales y que no son esenciales para la actividad principal de la empresa, o que también se ha conocido como el «core».

En este orden de ideas, es preciso diferenciar entre lo que es la tercerización de bienes y servicios, y lo que es la tercerización laboral o intermediación del recurso humano, que se da cuando esa desconcentración del servicio recae no sólo sobre actividades colaterales, sino también sobre actividades principales de la empresa, frente a lo cual ha de decirse que tal y como está diseñado el régimen laboral Colombiano, la tercerización de bienes y servicios no se encuentra proscrita, en cambio, la intermediación laboral se encuentra prohibida, es decir, no puede haber tercerización de la mano de obra, pues ello sólo le está permitido bajo circunstancias excepcionales y taxativas a las empresas de servicios temporales.

En este contexto, en la tercerización de servicios se persigue un resultado final, con asunción de autonomía e independencia por parte del tercero especializado que presta el servicio, muy a diferencia de la tercerización laboral en la que el objeto principal es que se tercerice la mano de obra vulnerándose las garantías laborales de los trabajadores. Esto implica, se reitera, que deba distinguirse entre la tercerización de servicios u outsourcing, del envío de trabajadores a terceros. Huelga aclarar, que ambas figuras se encuentran claramente diferenciadas no sólo por la legislación colombiana, sino también por la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

Ahora bien, para aterrizar estas premisas en términos prácticos e ilustrativos, la figura de tercerización de servicios u outsourcing, se materializa cuando una empresa deja de asumir u operar una función que inicialmente desplegaba desde el interior de su organización para recurrir a un agente externo o tercero, que es especializado en ese servicio específico de la cadena de producción, bajo la particularidad que este último debe asumirlo por su cuenta y riesgo, y por ende, teniendo bajo su subordinación a los trabajadores que vincule. Esta autonomía se debe dar en todos los aspectos operativos, es decir, debe existir independencia administrativa, técnica y financiera, y el resultado final se debe traducir en la producción de un bien, o en la prestación de un servicio determinado, con utilización de sus propias herramientas, maquinaria y equipos.

Esta particular forma de externalización de procesos, o subprocesos, incluso ha sido reconocida por la OIT, bajo lo que ha denominado «Trabajo en Régimen de Subcontratación», «mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos»¹.

En este contexto, para determinar si la tercerización se ha hecho de manera correcta, es preponderante establecer si el contratista tiene la autonomía en el uso de los medios de producción, en la ejecución de procesos o subprocesos, si ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, o si por el contrario, la misma se ejerce por el contratante, si las órdenes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se debe ejecutar la labor, las imparte el contratante y si cuenta con autonomía financiera.

A partir del presente marco conceptual y normativo, y remitiéndonos a las pruebas obrantes en el plenario encontramos que el demandante desde los hechos de la demanda admite que suscribió contrato de trabajo con la empresa PRODIEL S.A.S., desde el 29 de julio de 2016, de lo cual dan cuenta los folios 80 A 92; se aportó la carta de terminación del contrato por obra o labor (fls. 105); se aportó igualmente comprobantes de los pagos de nómina durante el término de la relación laboral, así como la liquidación del contrato de trabajo (fls. 113-118); copia de entrega de herramientas, dotación y elementos de protección personal por parte de PRODIEL (fls. 94-103); copia del carné del demandante en el que se identifica como «TECNÓLOGO ELECTRICISTA LIDER - PRODIEL» (folio 77); Contrato de Suministro de Servicios No. 5600016305, celebrado entre CODENSA S.A. E.S.P. y PRODIEL COLOMBIA S.A.S. de 21 de julio de 2016 (fls. 577-609).

De acuerdo con las mencionadas pruebas, en principio, encuentra esta Colegiatura que efectivamente el demandante, en virtud de los contratos de suministro de servicios suscritos entre PRODIEL y CODENSA, sí prestó servicios personales a esta última. En tal virtud, resulta evidente que a favor del demandante opera la presunción de que trata el artículo 24 del CST, no obstante, la misma puede ser desvirtuada, si como se explicó con antelación, se demuestra por CODENSA S.A. E.S.P., que se ejerció en debida forma la tercerización de los servicios, pues como se anunció, la misma no se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico Colombiano, por el contrario, esta figura ha tenido cabida con la introducción del contrato asociativo de trabajo, el contrato sindical y la figura del contratista independiente. Atendiendo a ello, se advierte que PRODIEL S.A.S. suscribió con CODENSA S.A. E.S.P., contrato de suministro de servicios, que tuvo por objeto el suministro de los servicios correspondientes “al desarrollo de las actividades relacionadas con el despliegue de medida inteligente, entendiéndose por despliegue el cambio o instalación de medidores y concentradores para los macromedidores de medida inteligente de manera masiva sobre las dos (2) zonas definidas por EL CONTRATANTE”.

De otro lado, no se halla dentro del plenario que fuera CODENSA S.A. E.S.P. quien ejerciera tanto la subordinación técnica como disciplinaria sobre el demandante, incluso, se evidencia que quien dio por finalizado el contrato de trabajo por obra o labor fue PRODIEL S.A.S., quien realizaba el pago de los salarios, así como de las prestaciones sociales que era PRODIEL S.A.S., quien entregaba herramientas de trabajo, dotación y elementos de protección personal era PRODIEL S.A.S.; es más, los testigos recaudados Luis Quintana Zambrano y Juan David Ramos Botero, quienes fueron compañeros del demandante, manifestaron que las instrucciones eran impartidas en principio por PRODIEL S.A.S., así como las capacitaciones realizadas; que los uniformes contaban con los logos de PRODIEL S.A.S. y CODENSA S.A. E.S.P.; que los pagos eran realizados por esta misma empresa y que PRODIEL S.A.S. estaba encargada de las observaciones a través del ingeniero a cargo del proyecto.

Bajo este panorama probatorio, en sentir de la Sala, se acreditó por las demandadas que se implementó en correcta forma la tercerización de los servicios prestados por el actor, ya sea como tecnólogo electricista líder, ora como tecnólogo puesta en marcha, sin que ningún esfuerzo probatorio hubiese desplegado el demandante tendiente a acreditar las demás circunstancias en que se ejecutó la relación contractual, quedando huérfanas de cualquier respaldo probatorio las aseveraciones plasmadas en el libelo genitor en cuanto a que sus jefes inmediatos lo eran trabajadores de CODENSA S.A. E.S.P., y que fuera esta quien le impartiera las órdenes acerca de las formas o

circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debía realizar las labores a él encomendadas.

Corolario de lo expuesto, considera esta Corporación que fue acertada la decisión de la Juez A quo al absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas, y en consecuencia, no tiene vocación de prosperidad este punto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, motivo por el cual, se confirmará.

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

- FUERO DE SALUD

La Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al mes de enero de 2017 (fl.105).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan

una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas al caso concreto, considera esta Sala de Decisión que toda persona que considere encontrarse bajo el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y solicite su aplicación, ya no debe acreditar que se encuentra dentro del porcentaje de una limitación calificada siquiera como moderada, por lo que solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el estado de salud de la trabajador y el despido o la desvinculación laboral de que fue objeto y, precisar sí el empleador conocía previamente de dicha limitación.

Conforme a lo anterior, es claro para la corporación que el demandante debe acreditar que hay una limitación o afectación en su estado de salud para ejercer la labor que venía ejecutando normalmente, y que el empleador conocía de ella previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar la presunción de la

protección de la Ley 361 de 1997, lo cual es consecuente con la fuerza vinculante de las sentencias de exequibillidad de la Corte Constitucional sobre el ámbito de aplicación de la norma que se invoca y la sentencia de unificación mencionada.

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión el debate del asunto se centra en establecer, si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, el actor EDUAR ALBEIRO ZAMBRANO LEAL, se encontraba en estado de limitación física que le impidiera sustancialmente el desempeño regular de la labor para la que fue contratado; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que el demandado PRODIEL S.A.S. el día 11 de enero de 2017, entregó al demandante misiva en la cual se le informaba sobre la terminación de su vinculación por obra o labor contratada, con ocasión de la finalización del Contrato No. 5600016305 suscrito con CODENSA S.A. E.S.P. (fl.105), lo que permite concluir que desde la calenda citada hacía atrás se debe establecer si el actor contaba con algún tipo de discapacidad o disminución en su estado de salud o tratamiento alguno en virtud de la misma que lleve a inferir que su estado de salud dio lugar a la terminación de contrato de trabajo.

Así, una vez revisada la documental aportada a folios 120 a 154, es claro que el demandante sufrió accidente de trabajo en fecha 29 de noviembre de 2016, que el accidente le ocasionó “Contusión de la región lumbosacra y de la pelvis”, para lo cual le fueron recomendadas terapias de calor y frío, medicación y restricción de 10 días por incapacidad para columna (fl.126); asimismo, se evidenció que previo a la entrega de la carta de terminación de su contrato de trabajo por obra o labor por parte del empleador el 11 de enero de 2017, acreditó solo 2 días de incapacidad, entre el 19 y 20 de diciembre de 2016, con diagnóstico de “Lumbago no especificado”, situación que permite inferir que previo a la finalización de la relación laboral, el petente certificó solo 2 días de incapacidad, sin que demostrara que ello imposibilitaba la ejecución regular de sus labores (artículo 167 del CGP).

Por otro lado, si bien se demuestra dentro del plenario que al demandante se le realizaron recomendaciones médicas, lo cierto es que estas fueron por espacio de 10 días a fin de culminar con su recuperación, para lo cual le fueron asignadas labores administrativas que no requerían esfuerzos físicos por parte del actor (fl.148).

Considera la Corporación que dichos elementos probatorios no son suficientes para establecer la existencia de un nexo causal entre el estado de salud del trabajador y la terminación del contrato de trabajo, por cuanto se evidenció que las razones

obedecieron a la finalización del Acuerdo Comercial No. 5600016305, celebrado entre CODENSA S.A. E.S.P. y PRODIEL S.A.S., de fecha 30 de diciembre de 2016, lo que a su turno rompe el nexo de causalidad con la terminación del contrato, y aunque si bien se establece que el demandante habría sufrido accidente de trabajo y que se le proporcionó una serie de recomendaciones médicas por 10 días, las mismas fueron cumplidas y finalizadas con anterioridad a la terminación, con lo cual el material probatorio que obra en autos no es suficiente para declarar la protección de que trata la Ley 361 de 1997. En consecuencia, la Sala confirmará lo atinente a este punto.

- FUERO CIRCUNSTANCIAL

El artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, establece lo siguiente en cuanto al fuero circunstancial:

ARTÍCULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

En virtud de lo anterior, el trabajador no podrá ser despedido sin justa causa probada, durante la vigencia del arreglo del conflicto colectivo. Al respecto, la sentencia SL 3317 de 2019, Magistrada Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, señaló:

“Como se puede observar, el fuero circunstancial es la garantía de que gozan los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a no ser despedidos sin justa causa, entre la fecha de presentación del pliego de peticiones y la terminación de la negociación colectiva.

Esta protección es esencial para la libertad sindical, ya que evita que los afiliados a un sindicato sean despedidos selectivamente con ocasión de un conflicto colectivo y, por esa vía, se diluya el movimiento sindical. Por otro lado, le permite a los trabajadores plantear reivindicaciones laborales sin temor a ser despedidos. En tal sentido, el fuero circunstancial sienta las bases para que los interlocutores sociales entablen diálogos constructivos frente a las condiciones laborales y de empleo en la empresa, sin temor a represalias.

Ahora bien, el fuero circunstancial garantiza la continuidad laboral en la empresa, a condición de que el beneficiario del mismo observe buena

conducta y cumpla sus obligaciones laborales, es decir, que se comporte como un buen trabajador. Por consiguiente, si incurre en una justa causa de despido, la protección no opera, independientemente que esta haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones.

Se encuentra demostrado que el contrato de trabajo por obra o labor entre el actor y PRODIEL S.A.S., finalizó el 11 de enero de 2017, en virtud de la culminación del acuerdo comercial suscrito entre CODENSA S.A. E.S.P. y PRODIEL S.A.S., por agotamiento de su objeto. Acorde con lo anterior, encuentra esta Corporación, que la causa de finiquito del vínculo laboral no obedeció a una represalia en contra del trabajador, con ocasión del conflicto colectivo suscitado entre CODENSA S.A. E.S.P. y el Sindicato REDES, sino en virtud de la finalización del objeto para el cual había sido contratado el demandante.

De esta manera, no es posible acceder a la solicitud de protección del fuero circunstancial, al hallarse demostrado que la causa de terminación del vínculo laboral (11 de enero de 2017) no deviene de la presentación de pliego de peticiones, la cual data del mes de febrero de 2013; además de lo anterior, de acuerdo a como se observa a folio 291, no fue sino hasta el 2 de octubre de 2017, que el Sindicato REDES, remitió comunicación a la Empresa PRODIEL S.A.S., informándole acerca de la afiliación del demandante a la organización sindical, siendo a todas luces una fecha posterior a la fecha en que finalizó el contrato de trabajo, por lo que mal podría entenderse que la finalización fue causada por ser un trabajador sindicalizado; aunado a lo anterior, no existe prueba siquiera sumaria que permita establecer que para el 11 de enero de 2017, PRODIEL S.A.S., conocía de esta afiliación, pues aunque en el plenario se encuentran comprobantes de pago de nómina donde se observa que al actor le era descontado de su salario una cuota sindical, lo cierto es que estas corresponden a nóminas de finales de 2017 y del año 2018, data en la cual el actor había sido reintegrado en cumplimiento de acción de tutela.

Así las cosas, esta Corporación confirmará lo atinente a este punto de la apelación, pero por razones distintas a las establecidas por la Juez de Primera Instancia.

DE LA RELIQUIDACIÓN DE CESANTIAS POR HORAS EXTRAS

Se solicitó en el recurso, condenar a las demandadas al pago de reliquidación de las cesantías por haber laborado el demandante horas extras, domingos y festivos, y no haberse calculado estas como base para la liquidación de todas sus prestaciones. Señaló que las funciones cumplidas en tiempo extraordinario, se encuentran

comprobadas con los testimonios, y que estos deben ser tenidos en cuenta a fin de que se genere una reliquidación.

Referente a las horas extras, corresponde a un aspecto que la parte que las solicita está en la obligación no solo de señalar en la demanda, sino de probarlo en el juicio de conformidad con lo que al respecto prevén las normas laborales.

En efecto, la prueba de las horas extras debe ser precisa y clara, según jurisprudencia muy reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la demostración del trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, ya que no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas, pues así lo ha entendido la Alta Corporación al indicar que cuando el trabajador alega que laboró en tiempo adicional o suplementario, debe probar que efectivamente lo ha trabajado. Es así como se torna imposible para esta Sala, la deducción o inferencia de las horas extras, dominicales y festivos laborados, a fin de reliquidar las cesantías del actor, como quiera que la prueba testimonial no genera convicción de manera inequívoca y completa, ni genera certeza judicial para acoger esta pretensión.

Quiere esto decir, que es la falta de inmediatez y certeza de tal información que parezca vertida en el proceso lo que no permite dar el alcance probatorio requerido para demostrar el eventual trabajo realizado por el trabajador en tiempo suplementario y así proceder a la reliquidación de las cesantías solicitada.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

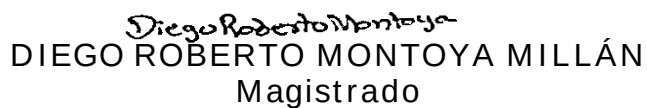
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOHNY WILSON BOSSA VASCO contra BLINDEX S.A. Rad. 11001 31 05 008 2019 00441 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

El ciudadano JOHNY WILSON BOSSA VASCO, a través de apoderado judicial, instaura demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la sociedad BLINDEX S.A a fin de dejar sin efecto la terminación del contrato laboral y/o despido indirecto efectuado por la demandada con fecha del 04 septiembre del año 2015, como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene el reintegro a un cargo que ofrezca condiciones iguales o mejores a las del cargo desempeñado hasta su desvinculación, incluyendo el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas de su nuevo cargo si ello fuere necesario, bajo la modalidad de contrato a término indefinido; se ordene a la demandada efectuar los pagos de las cotizaciones de salud, pensión y riesgos laborales en favor del demandante con un IBC sobre el promedio del último salario, en forma que no constituya una nueva afiliación, sino como el pago de cotizaciones atrasadas como consecuencia de la ineficacia del despido, en igual medida se le ordene a la demandada a pagar los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 04 de septiembre del 2015, hasta el momento de su reintegro, así como del auxilio de las cesantías, intereses de las mismas, vacaciones y prima de servicios, del mismo modo

ordenar a la accionada a reconocer pagar una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario promedio que devengaba el demandante en el momento en que fue retirado de su trabajo, conforme lo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, los dineros anteriormente reclamados debidamente indexados al momento en que se efectúe el pago, a lo ultra y extra petita, y a las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que suscribió contrato de trabajo por obra o labor, con la sociedad BLINDEX S.A. desde el 05 de febrero de 2014, desempeñando el cargo de TECNICO EN BLINDAJES siendo ejercido en las instalaciones de la demandada, relación contractual que se mantuvo por un término de un año y siete meses, momento en el cual la sociedad BLINDEX requirió al accionante para que suscribiera «ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO OBRA LABOR Y LABOR CONTRATADA» el día 04 de septiembre del año 2015. Informó que el salario pactado fue un salario básico que correspondió al salario mínimo legal mensual vigente, más comisiones por trabajos realizados, por lo que tuvo un salario promedio \$2.364.500 en el último año. Así mismo indicó que, BLINDEX S.A. previo al inicio de labores, lo envió a que se practicara examen médico ocupacional, el cual no se realizó a la terminación del contrato laboral, agregó que padece de artrosis secundaria, hipertensión esencial, lumbago no especifico, otras como degeneración especificadas de disco intervertebral, síndrome de manguito rotativo y trastorno mixto de ansiedad y depresión, lo cual fue determinado mediante dictamen de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, expedido por la Junta Nacional de Invalidez, con fecha 06 de diciembre del año 2018. Afirmó que la demandada tenía pleno conocimiento de su patología médica, toda vez que previo a la suscripción del acta de terminación de contrato, a través de un comunicado verbal, el director administrativo y financiero para esa fecha, le ofreció que si aceptaba dar por terminado de común acuerdo el contrato laboral, ellos se comprometían a seguir realizando las cotizaciones al sistema de seguridad social integral, bajo el salario promedio de los últimos 3 meses, hasta tanto recuperara por completo, bien sea su salud física y mental u obtuviera el reconocimiento de su pensión (vejez o invalidez), razón por la cual aceptó, procediendo a firmar el acta donde se estipuló que recibió satisfactoriamente el pago correspondiente a su liquidación laboral; que la terminación del contrato fue de común acuerdo y renunció a invocar causales de incumplimiento del contrato. Refirió que, la sociedad demandada incumplió el acuerdo verbal toda vez, que los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión estaban siendo reportados sobre el salario mínimo legal y no sobre el salario promedio de los últimos 3 meses, indicó que el 19 de julio de 2017, se llevó a cabo audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, en la cual compareció el señor EMILIO ENRIQUE TURIZO como apoderado de BLINDEX S.A. y por no existir animo conciliatorio por parte de la demandada, se levantó

constancia de no acuerdo. Finalmente indicó que mediante dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional fechado el 02 de marzo de 2018, expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, se determinó que la pérdida de capacidad laboral y ocupacional del demandante era del 54,08%, por enfermedad de origen común, fecha de estructuración 28 de enero de 2017, para ser apelada por la aseguradora del fondo de pensiones PORVENIR, mediante dictamen de fecha del 06 de diciembre del año 2018 el cual modificó y determinó la pérdida de capacidad laboral y ocupacional de 41.69%, enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 28 de enero de 2017; que actualmente el accionante cuenta con 49 años de edad y un capital ahorrado de \$44.850.017, en el fondo de pensiones y cesantías PORVENIR, pero no se encuentra trabajando y padece enfermedades degenerativas (fls. 03 a 15 y 95 a 111).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada BLINDEX S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las declaraciones, pretensiones o condenas solicitadas en la demanda, afirmando que el vínculo laboral fue por obra o labor contratada, que el salario pactado fue a destajo y la terminación del contrato obedeció a un mutuo acuerdo entre las partes. Por otro lado, afirma que le entregó al accionante la orden para que se practicara su examen ocupacional de retiro, pero por falta de interés de este, no asistió a la IPS; así mismo manifestó que, no es cierto que la empresa tuviera conocimiento de alguna patología sufrida por el demandante a la fecha de la terminación del contrato de trabajo; indicó que los pagos realizados al sistema de seguridad social con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo obedecieron a un error administrativo de buena fe, por parte de los trabajadores de ese momento, sin que obre prueba alguna que acredite algún acuerdo para esos pagos con posterioridad. Agregó que el demandante desempeñaba labores por fuera de la jornada de trabajo, como cantante de mariachi. Propuso como excepciones, las de «Inexistencia de obligaciones de carácter laboral a cargo de BLINDEX S.A. y a favor del accionante», «cobro de lo no debido» e «inexistencia de reportes de temas de salud pendientes del accionante, a mi apoderada» (fls.123 a 128).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 10 de septiembre de 2020, absolvió a la demandada BLINDEX S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que no había controversia frente a la relación laboral, desde el 05 de febrero del 2014 hasta el día 05 de septiembre de 2015; frente a la terminación del contrato de trabajo, recordó que el trabajador corre con la

carga de demostrar el despido, y una vez acreditado ello, se desplaza la carga de la prueba al empleador quien debe demostrar los motivos que tuvo para romper el contrato para así determinar si se puede ubicar en alguna de las causales taxativas que prevé la ley para tener como justo el despido. Explicó en tal medida, que el mutuo consentimiento no constituye un despido, y establece que este es una causa legal de la terminación del contrato en virtud de lo establecido en el artículo 61 literal D del CST. Así las cosas, explicó que en el caso en cuestión la prueba testimonial del señor NESTOR RAUL GARZON vinculado con BLINDEX S.A. en el cargo de Director Financiero cobraba fuerza, porque estuvo de manera directa el día de la contratación y de la terminación del contrato, ya que conoció las condiciones de tiempo modo y lugar, manifestando que la empresa no tenía conocimiento de la enfermedad del accionante toda vez que este se encontraba trabajando, aunado a ello afirmó que le ofreció al demandante un bono de ayuda y aportes a seguridad social, así las cosas considero que no operó ni se encuentra acreditado el despido del empleador hacia el trabajador, toda vez que la terminación del contrato fue de mutuo acuerdo como se constata con el acta de terminación aportada al presente y reconocida por el actor en las manifestaciones del interrogatorio de parte, precisando que la validez del mismo no fue objeto de debate, razón por la cual se abstuvo de dar pronunciamientos en esa dirección. Sin embargo teniendo en cuenta que la demandada realizó aportes al sistema de seguridad social con posterioridad de la terminación del contrato de trabajo, recordó la A quo que el mutuo acuerdo se encuentra acreditado para dar por terminado el contrato de trabajo, siendo viable que la parte demandada ofrezca al trabajador algún tipo de beneficio, estos no pueden entenderse como ilegales, entonces se tiene que fue el trabajador quien decidió dar por terminado el contrato de trabajo recibiendo bonificación, de modo que ello obedeció a una manera pacífica y normal de terminación del contrato, no pudiendo entenderse el pago de esta bonificación ni los demás pagos a la seguridad social con posterioridad a la terminación como un vicio del consentimiento en especial porque tal vicio en el presente asunto no fue alegado, y al no contradecir las normas legales ni los derechos irrenunciables del trabajador. Frente a las demás pretensiones propuestas por el demandante que se fundaron en la aplicación de la Ley 361 de 1997, en su artículo 26, señaló que era responsabilidad del accionante demostrar la incapacidad y que la misma haya sido informada a su empleador, precisando, que para el caso en concreto no era dable dicha aplicación porque es para situaciones en las que el trabajador es despedido, que no es el caso, además consideró que debe demostrarse que para la fecha del despido el trabajador contaba con una incapacidad de 15% situación que no aplica al presente caso, porque la fecha de estructuración es del 2 de marzo del año 2018, la cual determinó una pérdida laboral de origen común, siendo la fecha de estructuración y calificación posterior a la de la terminación del contrato laboral.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante apeló la decisión, indicando que conforme a la sentencia «C-29 de 2016» los trabajadores que se hallen en una situación de indefensión o mengua en su salud, están abrigados por una estabilidad reforzada, eso descarta que la estabilidad desaparezca ante el desconocimiento del empleador, lo anterior para referir que en el proceso no se tuvo en cuenta que la celebración del acuerdo, el cual fue establecido, promovido y persuadido por la demandada, ofreciendo beneficios para que el trabajador que estaba siendo despedido de forma indirecta aceptara suscribir la terminación del contrato, garantizándole el acceso a salud y el reintegro al mismo, lo cual quedó sustentado en los interrogatorios y testimonio, por ello no entiende por qué no se accedió al despido indirecto, en tanto así se persuadió al trabajador a firmar el acuerdo. Adicional a ello, la demandada lo tuvo vinculado hasta 180 días, en donde la EPS pagó las incapacidades y luego lo desvincularon de la seguridad social. Indicó que en el interrogatorio que se le hizo al señor NESTOR, se manifestó que a la terminación del contrato sí conocía incapacidades médicas presentadas a la empresa y que para el día del despido no se encontraba incapacitado; sin embargo, señaló que ello no quiere decir que no se encontrará en un tratamiento de identificación de su patología y sintomatología para esta fecha. Adicionalmente, insistió en que la demandada conocía esta situación, razón por la cual promovió el despido del actor ofreciéndole el pago de seguridad social y salarios. Explicó que si bien es cierto no se discutió el vicio del consentimiento al momento de la suscripción de la terminación del contrato, recordó que el juzgado tiene facultades ultra y extra petita, y el centro del debate en el proceso fue determinar si el demandado vulneró los derechos fundamentales del actor como es el derecho al trabajo. En ese sentido, sostuvo, la demandada evitó el trámite de una terminación del contrato autorizada por el Ministerio del Trabajo, con el fin de verse liberada de su responsabilidad teniendo a su cargo un trabajador con afecciones médicas. Concluyó indicando que si bien es cierto la pérdida de capacidad laboral es posterior al despido, ello no significa que la enfermedad no haya surgido con anterioridad a la fecha de estructuración, pues así lo indicaba la historia clínica completa desde mucho antes del despido del trabajador y aseguró que la demandada se abstuvo de allegar al proceso la hoja de vida completa del actor junto con el contrato y desprendibles de nómina, pese a haberlo pedido.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora, en similares términos a los indicados en la apelación,

solicitó se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a lo pretendido. la accionada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión, establecer la procedencia o no el despido indirecto alegado por el recurrente, en virtud del estado de debilidad manifiesta que presentaba al momento de la terminación del contrato y si hay lugar dar aplicación a las facultades ultra y extra petita, tanto en primera como en segunda instancia.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en el proceso no fue objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 05 de febrero de 2014 y el 04 de septiembre de 2015 según se desprende de la copia del contrato de trabajo y el acta de terminación del mismo, donde el actor desempeñó el cargo de «MET OPACOS», por lo tanto, dichos aspectos en los términos del principio de consonancia contemplado en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. se mantendrán incólumes, circunstancias que además se acreditan con las documentales visibles a folios 76 y 135 a 142 del expediente. Adicionalmente, tampoco se encuentra en discusión que el 06 de diciembre de 2018 se emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral del demandante, por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, determinándose como tal el 41.69% de PCL y fecha de estructuración 28 de enero de 2017, de origen común (fl. 82 a 87).

Ahora, debe señalarse que el demandante orienta su ataque contra la sentencia de primer grado con la intención de tener por inválido el acuerdo de transacción celebrado el 04 de septiembre de 2015 (fl. 76), por sentir presión, y por encontrarse en estado de debilidad manifiesta, en aras de configurarse un despido indirecto y por ende obtener el reintegro respectivo. En tal sentido, considera que bien no se alegaron vicios del consentimiento para invalidar el acuerdo de terminación, es decir, no fue objeto de pretensión del demandante, el Juzgador de primera instancia debió haber dado aplicación a las facultades ultra y extra petita y resolverlo, para concluir que hubo un despido indirecto.

De entrada, es claro que debe descartarse la figura del despido indirecto, pues resulta diáfano que la parte demandante no puso fin al contrato de trabajo de manera

unilateral, por manera que, tal y como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ¹, es la parte demandante quien tiene la carga de probar las razones por las cuales da, motu proprio, por terminado el vínculo contractual, lo cual no ha ocurrido en la presente causa, de ahí que deba relevarse la Sala de tal estudio.

Ahora bien con relación a la petición que ahora se realiza en torno a posibles vicios en el consentimiento, no alegados en el libelo introductor, y que a juicio de la recurrente ha debido estudiarse por parte de la a quo en virtud de las facultades extra y ultra petita, debe recordarse que las mismas tienen su génesis legal, en el artículo 50 del Código Sustantivo de Trabajo CST, el cual dispone que el Juez Laboral de Primera Instancia puede reconocer y ordenar al empleador demandado el pago de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones, que no hayan sido incluidos dentro del petitum de la demanda por parte del trabajador promotor del litigio, condicionando ésta potestad judicial a que los hechos que originan dichos derechos hayan sido discutidos y probados en el juicio laboral; y dicha facultad, también, podrá consistir en que las sumas de dinero que hayan sido deprecadas en la demanda, sean fustigadas en un mayor valor en las condenas que imponga el Juzgador, cuando con arreglo a la Ley, lo pedido por el trabajador sea inferior a lo que tiene derecho, y desde luego, siempre y cuando los rubros laborales no hayan sido pagados.

Este supuesto normativo, es lo que ha sido conocido por la comunidad jurídica como fallos ultra y extra petita; en este contexto, para desentrañar el sentido y alcance de la anterior disposición, es menester precisar cuándo se está haciendo uso de la facultad extra petita y cuando de la ultra petita. Así pues, se dice que el Juez hace uso de la facultad extra petita, cuando falla por fuera de lo pedido, es decir, un derecho que no fue solicitado por el precursor judicial, y se trata de un fallo ultra petita, cuando no obstante ir en consonancia con lo pedido este se reconoce en una cuantía superior, razón por la cual, puede decirse que estas facultades son una excepción al principio de congruencia estatuido en el artículo 281 del CGP, y en esa medida el principio de congruencia en la legislación procedimental laboral no es absoluto.

Debe tenerse en cuenta, que en todo caso la facultad extra y ultra petita, no puede vulnerar el derecho de defensa y debido proceso de la parte a quien desfavorece, que en principio no es otro que el empleador demandado, y es por eso, que el legislador ha condicionado su procedencia a que los hechos en que se fundamenta el reconocimiento del derecho no pedido, previamente tuvieron que haber sido debatidos dentro del proceso, y además, se encuentren debidamente probados, para de esta forma la parte demandada pueda controvertirlos, y en esa medida no se trata de hechos desconocidos

¹ Ver entre otras muchas la sentencias CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288-2018 y SL3288-2018

para quien le desfavorece la decisión, pues en su oportunidad pudo controvertirlos o exponer sus razones de defensa; de lo dicho, resulta irrefutable que un fallo extra o ultra petita no es sorpresivo, no se decide intempestivamente en el momento del fallo, sino que tiene un respaldo probatorio y respetuoso del derecho de defensa y contradicción, consustancial al debido proceso del cual el Juez laboral es el principal garante, en los términos del actual artículo 48 del CPT y SS.

Aunado a lo anterior, esta excepción al principio de congruencia si bien puede desbordar el «petitum de la demanda»; no puede desviarse de la «causa petendi de la demanda», pues son los hechos la esencia del debate del proceso, y los hechos que son la causa de pedir es algo inherente o de consustancial responsabilidad de las partes, de modo que para fallar extra y ultra petita, inclusive, el juez debe moverse dentro del panorama fáctico que le han delimitado o enmarcado las partes.

Con todo, las facultades ultra y extra petita son potestades del Juez de Primera Instancia, que no constituyen una camisa de fuerza, y que para el caso particular de la segunda instancia no tienen cabida, tal y como lo ha dejado decantado pacíficamente el Alto Tribunal, en entre otros pronunciamientos, en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 38010. En consecuencia, esta corporación no puede dar aplicación a tales facultades como lo sugiere la recurrente, máxime, cuando en la fijación del litigio se indicó que se determinaría si había lugar a dejar sin efecto el despido del actor, por no contar con autorización del ministerio del trabajo para tal efecto y si había lugar al reintegro y la indemnización contemplada en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es decir, no se vislumbró lo relativo a posibles vicios del consentimiento en la suscripción del acuerdo de terminación por parte del actor, marco frente al cual estuvo conforme la parte accionante.

Ahora, si en gracia de la discusión, la Sala pasara por alto tales circunstancias, tampoco habría lugar a acceder a lo pretendido. Pues si se verificara la validez de dicho acuerdo y determinase si en efecto el demandante se encontraba en estado de debilidad manifiesta y si por ello se debe presumir que fue presionada para suscribir un acuerdo de transacción para dar por terminado su contrato, debe partirse de la regla general según la cual, conforme se desprende de los artículos 1508 a 1516 del Código Civil, quien pretenda beneficiarse de la consecuencia jurídica que deriva de este supuesto fáctico, tiene la carga de demostrarlo así en el expediente, en razón a que ni el error, la fuerza o el dolo, como vicios capaces de afectar las declaraciones de voluntad contractual, pueden ser objeto de presunción legal o de derecho (CSJ, sentencia SL13202 de 9 sep. 2015 rad. 47028).

Frente al tema de la transacción, no está de más recordar que el artículo 15 del C. S. T.

autoriza la transacción de derechos inciertos y discutibles. De igual modo, el artículo 13 del esa obra legal señala que los derechos y prerrogativas estipulados en sus disposiciones, «contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores»; y en ese mismo orden, dispone que cualquier estipulación que afecte o desconozca esos mínimos «No produce efecto alguno» y, bajo el concepto de orden público (art. 14), determina que los derechos y prerrogativas contenidos en esa codificación son irrenunciables, «salvo los casos expresamente exceptuados por la ley». En tal contexto como se recordó en sentencia CSJ SL4525-2018, «existen derechos mínimos que son irrenunciables y, otros, que en virtud de normas constitucionales y legales, bien pueden ser objeto de disposición a través de mecanismos tales como la transacción o la conciliación, instituciones que de cara al principio protectorio y los fines y valores constitucionales resultan igualmente legítimas para evitar conflictos en las relaciones sociales y facilitar el saneamiento de las controversias en el marco de una justicia consensual».

Conforme al marco normativo y jurisprudencial que antecede, se constata de folios 70 y 140 copia del «ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO OBRA Y LABOR CONTRATADA» suscrita por las partes el 04 de septiembre de 2015, donde convinieron «dar por terminado el contrato por obra y labor contratada suscrito por las partes», además se indicó que se incorporaba a la misma una liquidación en la cual se advierte (fl. 141) que se otorgó una bonificación por valor de \$1.500.000, lo cual además fue admitido por el accionante en el interrogatorio de parte, así como que se le prometió, sin que quedara en el texto del acta, que se le continuaría pagando la seguridad social por unos meses más, lo cual también se corrobora con el testimonio del señor NESTOR RAUL GARZÓN, es decir, que dicha suma y los pagos al Sistema de Seguridad Social, fueron una adehala adicional al valor de las prestaciones sociales finales, tal como se deduce de la mencionada liquidación.

Ajustándose, según evidencia lo anterior, a lo dispuesto en el literal b) del artículo 61 del C S del T., luego, a juicio de la Sala dicho acuerdo de voluntades, reviste las características propias de una transacción. De igual modo, no sobraría decir que lo acordado dentro de la transacción referida no trataba derechos ciertos e indiscutibles, precisamente por la naturaleza del pago y/o bonificación extra salarial, más los referidos aportes, los cuales desde luego no están proscritos en una transacción.

Retomando el tema de la validez de la misma, el artículo 2470 del Código Civil establece quienes tienen capacidad para transigir, señalando para el efecto que solo puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. De igual modo, resulta claro que no cualquier circunstancia que se presente en o con

ocasión de un acto jurídico ha de ser calificado como un vicio del consentimiento por no estar una parte involucrada, a posteriori, de acuerdo con él, pues se requiere que al momento de ocurrir el hecho o acto jurídico, el vicio de que adolece se presente o influya determinadamente en el juicio o sobre el ánimo de una persona, o que este genere la imposición de una fuerza tal que repercuta en la libre voluntad de la víctima alterando de manera notable o sustancial su leal y prudente juicio.

Al respecto, vale indicar que en principio no quedó demostrado que la aludida convención haya sido suscrita en presencia de alguno de los vicios antes anotados, pues al efecto, en el acervo probatorio, sólo reposa prueba documental que no da cuenta de ésa situación, lo que si aparece diáfano en el cuerpo del acto transaccional es la aceptación voluntaria y libre de apremio por parte del demandante, la cual es expresada con su rúbrica en este documento, sin que aparezca manifestación alguna frente a que fue engañado u obligado a suscribirla y por lo tanto no puede considerarse como inválida a fin de anularla, pues no se evidencia algún tipo de vicio en el consentimiento en la persona del hoy demandante.

Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que lo que se estaba transigiendo por las partes, era la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, situación que, se insiste, no se erige como un derecho cierto ni indiscutible, aunado a que es una facultad que está legalmente respaldada, en el ya citado literal b) del artículo 61 del CST. En ese orden, tampoco le asistía razón a la recurrente en torno a establecer una posible anulación de dicho acto, por vicios del consentimiento.

En otro giro, como ya se anunció en el caso de marras se encuentra por fuera del debate jurídico la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, así mismo, que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 06 de diciembre de 2018 emitió dictamen donde se determinó que el demandante tuvo una pérdida de capacidad laboral del 41.69%, por padecer de «Artrosis secundaria de otras articulaciones», «Hipertensión esencial (primaria)», «lumbago no especificado», «otras degeneraciones especificadas de disco intervetebral», «Síndrome de manguito rotatorio» y «Trastorno mixto de ansiedad y depresión», todas enfermedades de origen común, con fecha de estructuración 28 de enero de 2017 (fls. 82 a 87).

No obstante, la inconformidad del recurrente gravita en que tal hecho fue el móvil que condujo a que al actor haya firmado dicho acuerdo restándole validez, para evitar solicitar autorización para el despido ante el Ministerio del Trabajo, según los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ello sin embargo, a juicio de la Sala no se constituye en causal que dé lugar a invalidar la transacción suscrita entre las partes, máxime

cuando el contrato terminó por mutuo acuerdo dos años atrás y no obedeció a un despido.

Aunque no se desconoce que la citada disposición normativa establece que ninguna persona limitada físicamente, puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su estado de salud, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo, siendo por ello que el alcance de la Ley 361 de 1997 según la H. Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en su doctrina ha señalado, en síntesis, que la garantía prevista en la citada disposición legal, fue concebida a fin de disuadir los despidos discriminatorios, esto es, aquellos fundados en el «prejuicio, estigma o estereotipo de la discapacidad del trabajador». Significa lo anterior que «los despidos que no obedezcan a la situación de la discapacidad del trabajador sino a una razón objetiva, son legítimos», ello, en virtud a que lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio, por lo que de invocarse y acreditarse en el juicio la justa causa legal excluye que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y por tanto, en esos casos no resulta obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido o la ocurrencia de una causal legal de terminación contractual laboral enerva, en principio, la presunción discriminatoria (CSJ SL1360-2018).

En suma, lo relevante es que el estado de salud del trabajador no se constituya como un factor de discriminación en las relaciones laborales, y que ésta sea la causa que motiva el despido o el finiquito del vínculo, pues de ser así, se garantiza la protección laboral reforzada contenida en la Ley 361 de 1997.

Empero, tales preceptos tanto normativos como jurisprudenciales en el caso de marras no son aplicables, pues no se encuentra conexidad alguna entre el hecho de que el demandante estuviere calificada por la JNCI donde se le diagnosticó una determinada PCL, lo cual vale decir, ocurrió mucho más de un año después de haberse suscrito el pacto de terminación del contrato por mutuo acuerdo, de modo que no hay concomitancia alguna o proximidad entre uno y otro hecho que conlleve a darle aplicación a la presunción contenida en la mencionada disposición, así como tampoco se demostró por parte del accionante haber presentado incapacidades o restricciones laborales con proximidad a la terminación del contrato; por lo tanto, el dictamen con la pérdida de capacidad laboral antes mencionado por sí solo no quebranta ni le resta validez al acuerdo transaccional, mucho menos permite presumir que se constituyó por el un vicio en el consentimiento, pues la parte actora no aportó ningún medio probatorio orientado en ese sentido, salvo, como ya se dijo, la mencionada prueba documental y su propio dicho en el interrogatorio de parte rendido. Advirtiéndole al demandante que no puede alegar su propia incuria en torno a la práctica de pruebas o

aquellas que echa de menos en la alzada, pues nada dijo al momento de clausurarse el debate probatorio.

Así las cosas, la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su totalidad. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

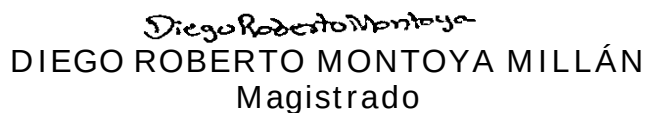
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de IVAN EBROUL VILLAMIZAR
MENDOZA contra LAFAM S.A.S. Rad. 110013105-019-2018-00314-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos dentro del expediente de la referencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

El señor IVAN EBROUL VILLAMIZAR MENDOZA pretende se declare que prestó sus servicios a la sociedad LAFAM SAS, entre el día 14 de marzo de 2014 y el día 31 de enero de 2018; se declare que la relación laboral con la demandada fue en realidad un contrato laboral; como consecuencia de ello se condene a la demandada a pagar las siguientes sumas de dineros y conceptos: cesantías \$22.000.000, intereses de las cesantías \$2.640.000, primas de servicios \$22.000.000, vacaciones \$11.000.000; se condene al pago de la indemnización moratoria por el valor de \$19.063.200; se condene al pago de la indemnización moratoria por no consignación de cesantías por todo el tiempo laborado; se condene a la devolución de aportes cancelados a salud, pensión y riesgos laborales en cuantía de \$13.493.000; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que inició labores de optometría con la demandada LAFAM SAS, el 14 de marzo de 2014, mediante la modalidad de prestación de servicios, hasta el 31 de enero de 2018. Mencionó que las

labores se ejecutaron en forma continua e ininterrumpida en el horario de 10:00 am a 7:00 pm todos los días de lunes a sábado, y dos domingos al mes, descansando el día siguiente. Que las labores estaban bajo la coordinación de la Jefe Regional y de la Directora de la tienda ubicada en el almacén Jumbo de la 30 de la ciudad de Bogotá y era de esta última, de quien recibía órdenes y la programación de turnos correspondientes a su labor en el mes. Así mismo señaló que los salarios devengados fueron los siguientes: año 2014 \$3.000.000, año 2015 a 2016 \$3.900.000, año 2017 y 2018 \$5.538.065, cancelados de manera mensual. Sostuvo que las labores prestadas fueron de manera subordinada, cumpliendo orden de la empresa y cumpliendo la programación de turnos de la misma, que debía asistir a las capacitaciones programadas presencialmente, y los elementos para realizar sus funciones de optómetra eran suministrados. Refirió que la demandada de mala fe, lo obligó a cambiar de modalidad su contrato, de prestación de servicios a oferta comercial. Que como consecuencia de ello, ha cancelado sus aportes a seguridad social en salud y en pensión durante toda la relación laboral, sin que se le cancelaran sus prestaciones sociales y vacaciones, ni se le entregó el estado de sus aportes a seguridad social o parafiscales (Fls. 2 a 13).

CONTESTACION DE DEMANDA

La empresa demandada LAFAM S.A.S. contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, para ello manifestó que el demandante no tiene ni ha tenido ningún tipo de relación laboral con la entidad, acordándose la existencia y desarrollo de un contrato de prestación de servicios y la ejecución de una oferta mercantil por la prestación de servicios profesionales de optometría, que la prestación se ejecutó con plena autonomía e independencia por parte del demandante hasta el 31 de enero de 2018 y quien durante varios años y en vigencia de los mismos recibió a satisfacción las sumas acordadas como pago de sus servicios, sin ningún tipo de objeción o reclamación verbal ni escrita, por lo que a su consideración no tenía la obligación de reconocer y pagar auxilio de cesantía, intereses de las cesantías, prima de servicios y vacaciones, por lo cual, concluyó que no es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción», «inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado»; «cobro de lo no debido», «buena fe», «las demás que el juzgado encuentre probadas y declare de oficio» (Fls. 144 a 168).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 24 de julio de 2020, declaró que entre las partes existió una relación laboral vigente desde el

14 de marzo de 2014 hasta el 31 de enero de 2018, desempeñándose como último cargo el de Optómetra y con una última remuneración la suma de \$5.477.520; como consecuencia de lo anterior, condenó a LAFAM SAS a cancelar al actor las siguientes sumas y conceptos: \$15.523.126 por concepto de auxilio de cesantías; \$1.575.775 por concepto de intereses de las cesantías, \$11.571.460 por concepto de prima de servicios, \$10.095.373 por concepto de vacaciones; \$13.370.207 por concepto de devolución de los pagos realizados a seguridad del mes de marzo de 2014 al 31 de enero de 2018; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas por el demandante; declaró probada la excepción de buena fe, parcialmente la de prescripción y cobro de lo no debido.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, argumentó que se acreditó la prestación personal del servicio del demandante a favor del demandado desde el 14 de marzo de 2014 hasta el 31 de enero de 2018, como optómetra, devengando como último salario la suma de \$5.538.065. Que lo anterior también se constató con el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la LAFAM S.A.S quien admitió que el demandante prestó sus servicios en diversos puntos de la entidad, y de la testimonial rendida por trabajadores y ex trabajadores de la entidad demandada, quienes fueron enfáticos en manifestar que el demandante cumplía las funciones como optómetra en algunas de las tiendas de la demandada, resaltando el horario y las funciones específicas realizadas por el demandante en los eventos en los que estuvieron bajo su administración, y que todas las declaraciones concuerdan en que el demandante prestó sus servicios de manera personal en las tiendas que le correspondían, atendiendo a los clientes de LAFAM SAS en las instalaciones designadas por la demandada. Así mismo aclaró que la parte demandada no acreditó la autonomía del demandante en cuanto a la prestación de sus servicios, toda vez que, de las pruebas testimoniales practicadas a los testigos aportados por esta, indicaron las diferencias entre los optómetras prestacionales y los de planta, siendo los últimos vinculados mediante contrato de trabajo, subrayando que en esencia la labor ejecutada por el demandante era la misma en lo que se refiere a la atención de los clientes designados por LAFAM SAS. Respecto de los turnos asignados acusó que aunque los testigos indicaron que los turnos de trabajo asignados al actor eran acuerdos voluntarios dependiendo de la disponibilidad, lo anterior no posee soporte probatorio, contrario sensu, observó que de los cuadros de asignación de turnos arrojados, se constataba que el funcionario de la empresa demandada que remite el correo designaba a la parte demandante los puntos a realizar su prestación del servicio sin evidenciar su participación en esa decisión. Por lo expuesto, destacó no se acreditó la no subordinación, pero si la remuneración, explicando que para la configuración del contrato realidad no necesariamente se deben de cumplir con las mismas funciones de los trabajadores de planta, por lo que declaró

que entre las partes existió una relación laboral vigente entre el 14 de marzo de 2014 hasta el 31 de enero de 2018, desempeñando como último cargo el de Optómetra. En lo que refiere a la excepción de prescripción la declaró parcialmente probada respecto de las primas e intereses de las cesantías causadas con anterioridad al 25 de mayo del año 2015 y las vacaciones causadas con anterioridad al 25 de mayo de 2014, y declaró prescritas el auxilio de las cesantías y las indemnizaciones reclamadas, contrario sensu, los aportes a seguridad social por ser los mismos imprescriptibles. Finalmente, en lo que refiere a las indemnizaciones moratorias del artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consideró que la entidad demandada actuó de buena fe al cancelar las sumas que consideraba le debía como contraprestación de sus servicios al actor, como lo fue el pago de honorarios, bajo el convencimiento de que la relación estaba precedida de un contrato de prestación de servicios, por lo que las declaró no probadas, frente al desembolso de los aportes al SSSI argumentó que el pago de estos emolumentos fueron acreditados por el actor, razón por la cual halló procedente su devolución.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante la apeló de manera parcial respecto a las indemnizaciones del artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Para tal efecto, esgrimió que sí existió mala fe por parte de la demandada dado que se demostró la existencia de una relación laboral entre las partes y la misma se cobijó bajo un contrato de prestación de servicios. Aunado a ello, indicó que no se puede hablar de un contrato de prestación de servicios con un optómetra teniéndose conocimiento que los mismos no pueden salir de las instalaciones a prestar sus servicios de forma ocasional o por prestación de servicios dadas las características del mismo. Además, indicó que de acuerdo lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia, en torno a que si existió una relación laboral y se obviaron los pagos a seguridad social se debe de condenar a la sanción moratoria por no registrarse dichos pagos.

A su turno la apoderada judicial de LAFAM S.A.S, también apeló la sentencia, solicitando su revocatoria. Para ello, argumentó no estar de acuerdo con la ponderación dada a las pruebas, por no ajustarse al material probatorio aportado al proceso, sin ser evaluados los testimonios aportados en especial el de Karen Valderrama; que el demandante tenía conocimiento, estaba de acuerdo y era capaz de entender la suscripción de los contratos de carácter comercial con la entidad (prestación de servicios y la oferta mercantil) y sobre los mismos no emitió pronunciamiento e inconformidad alguna. Como ausencia de subordinación señaló el hecho de ofrecer vinculación al actor mediante contrato laboral, siendo la misma rechazada por ser más favorable estar en una relación de carácter comercial, y el negarse a suscribir las

planillas de asistencia siendo un incumplimiento de las obligaciones sin obtener ningún tipo de repercusiones; precisó, los anteriores hechos fueron probados con los testimonios y el interrogatorio de parte rendido. Adicionalmente, sostuvo que se deben de evaluar otros factores de subordinación como lo son el cumplimiento de órdenes, estar sujetos a algún proceso disciplinario o estar subordinado al reglamento interno del trabajo, lo cual se probó en este caso, no era así. Finalmente indicó que los correos electrónicos aportados no fueron valorados correctamente, no siendo objeto de pronunciamientos, así como sobre las tachas formuladas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada presentó alegatos en similares condiciones a las consignadas en su contestación de demanda y recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión. Por su parte, en términos similares a los de la alzada, el extremo actor solicitó se acceda a las sanciones no ordenadas en primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a la materia objeto de reproche por la demandada, establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo del demandante con la persona jurídica aquí demandada, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, determinando específicamente si la accionada logró desvirtuar la presunción contenida en el art. 24 del CST. De ser afirmativa la relación laboral, se determinará si hay lugar al pago de las sanciones consagradas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

CONSIDERACIONES

Definido como se encuentra, que el conflicto jurídico gravita, en primer lugar, en torno a la existencia o no de una relación de trabajo entre las partes, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos, normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

A su vez, el artículo 23 del C.S.T., para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la presencia de sus tres elementos estructurales a saber: La prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, durante todo el tiempo de celebración del contrato y un salario como retribución del servicio. Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado y no es objeto de controversia que el demandante efectivamente prestó su servicios personales a favor de la sociedad demandada como optómetra, tal como se ratifica con las pruebas arrimadas a los autos, en especial el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandado, los testimonios rendidos, las certificaciones expedidas por LAFAM a folios 29 y 30, así como la oferta mercantil y aceptación de la misma vista de folios 56 a 66, por ello resulta evidente que la prestación personal del servicio se encuentra acreditada, razón por la cual, tal como se determinó en la decisión de primer grado, se activó la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de conformidad con el artículo 24 del C.S.T., por lo tal motivo, le correspondía a la parte demandada desvirtuarla, lo cual se pasará a estudiar a continuación.

Pues bien, en los términos contractuales pactados, se acredita la oferta mercantil presentada por el demandante el 01 de febrero de 2017 para la ejecución y desarrollo de servicios profesionales de optometría favor de la accionada LAFAM SAS, sin embargo, como justamente lo que se predica es la declaración de un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, es necesario seguir auscultando el acervo probatorio, con la finalidad de determinar si a pesar de la suscripción del

aludido texto contractual, en la realidad material de su ejecución se observaron los elementos configurativos de un contrato de trabajo.

Al efecto se tiene que además de las aludidas certificaciones y contratos, a folio 31, se evidencia captura de pantalla de correo electrónico fechado 14 de octubre de 2016, dirigido a Mario Alfonso Acosta, Director de Tienda, por parte de Diana Dussán Cruz, Senior HR Business Partner, donde se señala que «el Doctor Iván Villamizar trabaja 8 horas» y se recomienda «hacer agenda para el doctor Villamizar mañana». De igual modo, de folios 32 a 55 y 68 a 86, se aportaron capturas de pantalla e impresiones de correos electrónicos relacionadas con la programación semanal de turnos.

De igual manera, se agregaron de folios 185 a 297 certificados de retención en la fuente efectuadas al actor por parte de la demandada y cuentas de cobro por servicios prestados, por parte del actor.

Ahora bien, como prueba testimonial, se llamó a testificar a los siguientes:

LEIDI JULIETH DIAZ SAENZ, directora de tienda de LAFAM, vinculada desde noviembre de 2016, conoció al demandante por laborar como optómetra para la accionada en el local de JUMBO DE LA CALLE 80, donde desempeñó funciones de optómetra, atención a clientes, diligenciamiento de formularios. Señaló que el optómetra por contrato de trabajo cumple horarios, usa uniformes y responde por todas las actividades de temas de dirección científica; mientras que el optómetra por prestación de servicios no está vinculado a la empresa, sino que realiza turnos, sin usar uniforme, tampoco participa de las actividades de la tienda, como inventario, ventas, Kardex de lentes de contacto, líquidos, etc. Señaló que en la tienda de Jumbo Calle 80 señala que habiendo biométrico no era marcado por el demandante, señaló que no cumplía 8 horas pues a veces era más corto o se extendía en razón a su contrato prestacional sin que en algún momento hubiera problemas; la testigo indico que no impartía órdenes a los vinculados por prestación de servicios, mientras que los optómetras que están vinculados por contrato de trabajo sí debían seguir las indicaciones. En cuanto a las mallas indicó que nunca programó al doctor Iván pues él le informaba conforme a su disposición los días que trabajaría y ella solo reportaba; que el actor portaba una bata que ella solicitaba, pero no era tenía logo de LAFAM sin que fuera obligatorio que la suministraran y en caso de no dotarla, el doctor hacia uso de una propia. Por otro lado, que nunca se le abrió algún proceso disciplinario ni alguna sanción; que no le fue encargado ningún trámite de pagos, tampoco realizó algún tipo de calificación al optómetra contrario a lo que si ocurre con los vinculados por contrato de trabajo; verbigracia, la cantidad de consultas. En cuanto a las horas de almuerzo,

señaló que los optómetras contratados por prestación de servicios pueden disponer del momento en que van a tomar su almuerzo, mientras que los médicos vinculados por contrato de trabajo, deben respetar el agendamiento de citas. Tendiente a si en algún momento las directivas regionales le impartieron ordenes al señor Iván, señaló la testigo que nunca presenció ninguna orden impartida al doctor y tampoco se le envió a alguna capacitación o se le hizo partícipe de algún premio o reunión de fin de año; aseguró que el señor Iván nunca fue el encargado de la tienda y si en algún momento la abrió fue por un favor solicitado de la testigo. Agregó que, si bien el señor Iván enviaba indicadores, no realizó el «PAMEC», que es un es un complejo de normas e informes que generan los optómetras que tienen que rendir ante Secretaria de Salud. Reitero, las funciones del doctor Iván fueron las de realizar consultas y consolidar información, mientras que el optómetra que tiene contrato laboral presenta más funciones pues ellos maneja la tienda para hacer aperturas y cierres, manejar usuario y el modelo de ventas, indicadores para realizar el «PAMEC», tienen a su cargo la responsabilidad del consultorio, realizan ventas y registran las mismas en la página de la tienda, en algunas ocasiones participan de las jornadas de aseo; funciones que no desempeñó el señor Iván y en razón a su contrato no podía ni se logró que fuera director científico por lo que no tenía la posibilidad de recibir visitas de la Secretaria de Salud. De igual modo, la testigo señaló que esa tienda trabajaba solo con el doctor Iván como optómetra, pero que, pese a su profesión no podía ser director científico pues por mandato de la secretaria, este director es una figura que se plasma en un contrato para recibir las visitas y que debe ser optómetra. De otro lado, señaló que la tienda puede estar sin optómetra dependiendo de la disponibilidad del personal pues puede estar la tienda sin optómetra sin algún tiempo específico de ausencia; además, mencionó el nombre de otros optómetras que hacían remplazos y la razón de contratarlos era por el cubrimiento del optómetra en caso de ausencia. Refirió que la Secretaría de Salud, hizo una visita donde se pide información específica de la tienda y que dirigió una empleada de la empresa, resaltando que no hay relevancia en el «PAMEC» pues esto se solicita a la empresa directamente, pues es una información que se recopila de toda la empresa, datos que para la tienda mencionada realizó el doctor Iván y los otros optómetras realizaban la propia, respondiéndole cada uno a la empresa. La testigo respondió que la razón por la que le entregó las llaves de la tienda al doctor fue mediante un favor que le solicitaba la misma. Finalmente, señaló que los usuarios o clientes que atendió el doctor eran propiamente de la empresa, LAFAM; en cuanto a los días que el doctor Iván prestó sus servicios a LAFAM, señaló que él informaba sobre los días que asistiría a la tienda LAFAM de Jumbo Calle 80 pues concurría a su vez a la tienda de Metrópolis y para la misma empresa, sin tener conocimiento de si prestaba sus servicios en otra empresa; que esta programación estaba a cargo de la persona de dirección regional encargada.

La señora RUTH ESTER REYES CELIS, señaló conocer al actor desde el año 1980 por ser amigos y posteriormente como colegas, trabajando ella para LAFAM, pero sin recordar el año o tiempo laborado (testigo tachado por la accionada). Indicó que conoce del vínculo laboral entre el señor Iván y LAFAM pues en varias ocasiones ella iba a sus diferentes puestos de trabajo para llevarle algún tipo de información familiar o profesional, narrando la testigo que, entre las visitas efectuadas al optómetra, vio que él portaba uniforme que constaba de una camisa con distintivo, pantalón al parecer azul, la bata y el estuche, cumpliendo un horario. Así mismo señaló que el doctor Iván le informó de su inconformismo por el pago pues no le pagaban las consultas mientras que a los otros doctores sí, estando solamente él como optómetra en la tienda. Informó que las visitas que realizó al trabajo del señor Iván fueron para el periodo de enero de 2014 y 2018, sin tener alguna frecuencia entre sus visitas.

KARIN VALDERRAMA CACERES, quien manifestó laborar en la empresa CRUZ VERDE, en el área de ventas, indicó conocer al demandante porque hacía turnos como optómetra en LAFAM, donde laboró previamente como Gerente Regional, desde el 03 de septiembre de 2013, hasta el 06 de septiembre de 2019. Que el actor se desvinculó hace aproximadamente año y medio; que mientras coincidió con él doctor Iván, ejercía las funciones de control u operación de las tiendas, en lo referente a la venta. Que la diferencia entre un optómetra vinculado mediante prestación de servicios y uno vinculado mediante contrato laboral, eran varias, porque el vinculado por contrato tiene un horario, debe usar uniforme, es director científico respondiendo por la tienda frente a la Secretaría de Salud, y el que no está vinculado trabajaba sólo por turnos, precisando, las funciones específicas del doctor Iván, eran las de realizar consultas y la atención del paciente. Que un optómetra vinculado, tiene múltiples obligaciones, ser Director Científico de la tienda, llevando los registros debidos frente a la secretaría de salud, cumple un horario, debe portar debidamente el uniforme, tiene capacitaciones que debe cumplir, se establecen metas en número de atención de pacientes y en indicadores importantes para la compañía. Que si un optómetra vinculado por contrato llega tarde, deja de cumplir las metas y deja de ir a trabajar, se procede con un proceso se hace el llamado a descargos, lo cual no ocurrió con el señor Iván, pues esos procesos no aplican para las personas que trabajaban por turnos, si en algún momento llegaban tarde, lo que hacía era contactarlo para conocer si se iba a presentar o no, para reemplazarlo, pero para ellos no aplicaba ningún proceso. Indicó, que en alguna ocasión, le solicitó que llegará a otra tienda para que no se cruzaran dos optómetras en la misma tienda, sin embargo, si le hubiera dicho que no, no pasaba nada, porque eran ellos quienes elegían a que tienda querían ir; que los prestacionales eran muy puntuales en la labor que prestaban en la consulta, añadió que siendo administradora de empresas, le sería imposible decirle a un optómetra como realizar su consulta, sólo

aseguraba un buen servicio. Dijo que el actor no tenía uniforme; que cuando se iba a dar por terminada la figura de los prestacionales, al actor se le planteó vincularse mediante contrato de trabajo, sin embargo, no era de su interés, en su sentir (de la testigo), porque él perdía al aceptar un contrato de trabajo, por un lado, la libertad de los turnos, y la remuneración era diferente. Agregó, en las diferencias que hay en los optómetras que trabajan con contrato laboral, a ellos se les hace un reconocimiento económico por cada consulta que realizan dependiendo del tipo de consulta, a los prestacionales simplemente se le realizan el pago por día y que el señor Iván no le manifestó la inconformidad con el pago de las consultas; que ella era la encargada de las programaciones y que visitaba las tiendas un máximo de 2 meses al mes y las veces que ella fue, nunca le vio uniforme, adicional a ello, era la encargada de hacer la solicitud de los uniformes, asegurándose que el personal cumpliera con el uniforme. Mencionó que, cuando el demandante no quería, no se presentaba a trabajar, adicional a ello, no alcanzó a estar a cargo de la tienda durante un año donde el doctor Villamizar estaba, porque a los gerentes regionales los van rotando de zona. Que las programaciones las hacía Pilar Rodríguez y Valentina Barajas; que el actor debía usar la bata por la Secretaría de Salud. Con relación a la apertura de la tienda, señaló que normalmente hay un director, y si se daba por parte del accionante, era por la relación que tenía el director con el optómetra, si tenían la confianza podía llegar a ocurrir.

Por su parte, la señora ODILIA DEL PILAR RODRIGUEZ, indicó ser formadora en ópticas LAFAM, manifestó conocer al actor porque fue un optómetra prestacional que ella agendaba para la compañía para cubrir turnos, desde octubre de 2017 a enero de 2018, tiempo en el cual manejo la programación. Que realizaba la programación dependiendo de las necesidades de las tiendas, todo lo manejaba vía telefónica, aunque el doctor Villamizar siempre cubría los puntos que él quería, indicando qué punto quería cubrir y cuál era su disponibilidad. Que el parámetro para realizar la programación de los optómetras prestacionales, consistía en que le llegaba la programación desde el regional de las tiendas que necesitaba cubrir con los días que necesitaba cubrir y hacía el agendamiento, puntualmente con el actor cubría siempre el mismo punto, Jumbo Calle 80, porque en ese punto no tenían un optómetra fijo y el entraba a cubrir consulta. Ante el interrogante de, si en las ocasiones que le programó, lo hizo en un lugar diferente a Jumbo calle 80, señaló que en el mes de enero la tienda no estaba abierta por lo que cubrió Chapinero, Portal 80 y Metrópolis, donde sólo enviaban únicamente a prestacionales, precisando que a los optómetras por contrato laboral no se programan, se contratan y están en un turno y sus días compensatorios lo cuadran con el director de la tienda; que el manejo de su agenda era con el regional, y cuando él no iba buscaba otro optómetra que cubriera el turno al que él no había asistido. Indicó, el optómetra directamente vinculado con la compañía, tenía un

contrato, adicional portaba el uniforme de la empresa, cuadraba sus días compensatorios, un prestacional le decía cuando quería agendar, cuando no, y cuando quería cubrir; que en la tienda donde cubría el doctor Iván no tenían que marcar biométrico. Dijo que las cuentas de cobro se las entregaba directamente al doctor Villamizar al director de la tienda, mediante correo electrónico. Que no tuvo conocimiento que al actor lo programara un director de tienda, pues esto no estaba permitido, el contacto era directamente con ella, no con el director de tienda. Agregó, que la última vez que tuvo contacto con el actor, le ofreció la posibilidad de contrato de trabajo, más o menos hacia el mes de enero de 2018, y la respuesta del señor Iván fue que en ese momento no estaba interesado, sin indicarle la razón. Que ello se le ofreció, porque el proceso iba a cambiar y el agendamiento por prestacionales iba a ser mucho más reducido, haciéndole el ofrecimiento a todos los optómetras prestacionales, vinculando efectivamente aproximadamente a 3 optómetras. Que el actor no hacía el PAMEC, sino el director científico de la tienda, el cual debe ser un optómetra y con contrato directo con la compañía; precisó, las diferencias en cuanto a funciones del señor Iván a un optómetra vinculado por contrato de trabajo, era que al señor Iván se agendaba para hacer consulta y el optómetra con contrato directamente con la compañía, tienen a cargo otras funciones, como control de calidad; el actor debía llevar historias clínicas del paciente, como todos los optómetras; los usuarios los manejan los médicos prestacionales; indicó que la directora regional no fungía como jefe del accionante, porque es la jefe de los optómetras vinculados por medio de un contrato. Indicó además que no sabía si usaba uniforme, pues nunca lo vio en tienda, pero tampoco supe que le hubieran enviado una dotación y no tendrían por qué, ya que esta se envía después de firmado el contrato; agregando que la señora Karin Valderrama programaba los optómetras vinculados directamente con la compañía.

A su turno, la testigo DIANA CATALINA ZAMORA FRANCO, señaló ser empleada en el área de Recursos Humanos de Ópticas LAFAM, desde al año de 2014; refirió no conocer al demandante personalmente, pero si tiene conocimiento de él pues está a cargo de los procesos de selección. En cuanto a las diferencias entre un optómetra vinculado bajo contrato laboral y otro por prestación de servicios indicó que los que están vinculados directamente con la compañía, cuentan con un contrato de trabajo, acarrean deberes y obligaciones, tienen derecho a beneficios, salarios y comisiones, participan en concursos de la parte comercial, están bajo subordinación; mientras que los optómetras que tienen contrato por prestación de servicios cumplen con ciertas actividades específicas, no están bajo subordinación pues no siguen los protocolos de la empresa, no tienen beneficios directamente pues no tienen comisiones. De esta manera, al señor Iván nunca se le inició un proceso disciplinario pues estos procesos pasan por ella. Que Las cuentas de cobro si pasaron por recursos humanos y las

programaciones las manejaba la persona a cargo del proceso y su misión era contactar a los optómetras prestacionales para cubrir algún turno; señaló que los prestadores de servicio no cuentan con un uniforme, pero sí se le dio una bata, por imagen de la empresa, no obstante, no se siguió el protocolo de dotar a los empleados con un uniforme. Por otro lado, informó que los empleados si rotan entre las tiendas que no es continúa sino por algún motivo de licencia o permiso pues el optómetra por prestación de servicios no está atado a una tienda específica y se solían indicar estas rotaciones porque por motivos de preferencias de los doctores no asistían a algunas tiendas, verbigracia a las del sur. Preciso, el señor demandante no podía ser director científico en razón a la naturaleza de su contrato ya que ellos realizan actividades como la atención de sus consultas y el diligenciamiento de las mismas. La testigo indicó en cuanto al proceso del actor, todo lo mencionado le consta pues es el proceso que se sigue en todos los trámites con los prestadores de servicio. Señaló no tener información del porqué si era el doctor quien disponía de los días que laboraba, le pagaban todo el mes, pues esto no lo manejó; en cuanto a la diferencia a la atención a las clientes entre el optómetra prestador de servicios y el director científico, mencionó, es en cuanto a la capacitación en el área comercial y que cumpla con el protocolo de ventas, responsabilidad que no tiene que cumplir el optómetra por prestación de servicios pues a él no se le capacita ni se da lugar a sanción; indicó que conociendo la razón social de la empresa y el cargo del actor de optómetra por prestación de servicios, pero que esta razón social está vinculada a quienes son vinculados directamente por la empresa, además no lo es posible afirmar si cumplió o no con todas las visiones de la empresa.

ALEXANDER GAVIRIA OROZCO, quien manifestó haber trabajado en LAFAM SAS, por espacio de dos (2) años siete (7) días, de marzo-abril de 2015 a abril de 2017 en el cargo de Director de Tienda, explicó que el señor demandante recibía ordenes suyas, que como compañeros de trabajo usaba su uniforme distintivo, que él (testigo) el encargado de realizar la malla horaria, donde el actor tenía que cumplir un horario como cualquier otro empleado en el punto de venta. Que al señor Iván Ebroul le tocaba ir a otros puntos de la empresa a cumplir turnos, precisando, bajo su cargo en LAFAM estuvo en varios centros comerciales, por ejemplo Portal 80, asistió a varias capacitaciones de la empresa, porque se lo ordenaban y debía cumplir con las capacitaciones que daba LAFAM, recordando una de ellas en el «Hotel Sonesta» donde fueron todos los optómetras, y al menos una capacitación en las instalaciones de LAFAM en la principal; recordó que la orden que él tenía (el testigo), era que el optómetra o los optómetras, tenían que cumplir con un horario y con unas asignaciones mensuales, precisando, no sabía que tipo de contratos tenían, no sabía como era la situación, pero sí recuerda que tenía cumplir el horario, llevar una planilla de vencimiento de productos, revisar los productos que llegaban en la tienda, cumplir con

una serie de citas durante la jornada laboral, común y corriente, además, él tenía sus compensatorios, los cuales acumulaba en 2 o 3 días, a veces o en ocasiones normal. Mencionó que como director de la tienda, el principal vínculo era lograr una meta comercial, por tanto todas las personas que estaban ahí debían cumplirla, colocaban un horario común y corriente como cualquier otra persona cumplía una hora de entrada, su hora de almuerzo; recordando particularmente, el actor casi no salía a almorzar e iba a consignar los dineros del arca de la empresa o atendía las llamadas telefónicas, e incluso, dijo tener fotografías donde está el procedimiento de la empresa interno, donde él tenía que cumplirlo incluso con el parlamento que tenía la empresa para atender a los clientes, también recordó el cambio de varios jefes que cuando hacían la visita a él también lo calificaban como un empleado más. Indicó, que para él como jefe directo de LAFAM y del establecimiento no existía ninguna diferencia, es decir, los horarios eran los mismos, se tenía que colaborar con los procedimientos internos de la empresa, la revisión de los productos que llegaran a la tienda, los inventarios de las 6:00 am, que el actor debía estar ahí presente, contestaba el teléfono y atendía las visitas del regional que calificaba la gestión del punto de venta. Que una vez, les dieron un premio, pues los colocaban a competir con otras tiendas. Que no recuerda que el actor se haya ausentado de su trabajo, pues incluso estando enfermo estaba ahí presente. Dijo además, saber que en algunos domingos el demandante trabajaba en otras ópticas bajo la supervisión de otros directores, pero en la tienda que él dirigía, sí sabía que estaba atendiendo personal y atendiendo las funciones normales de un empleado. Mencionó que había varias mallas horarias, la de los 7 días y él estaba los 6 días, colaborando como cualquier otro empleado, participando en los concursos que realizaba la empresa, contestando llamadas, atendiendo personal. Que cuando él salía de la tienda, el actor siempre estaba presente a la tienda; que él solicitaba ayuda en la agilización citas, revisando el vencimiento de los productos ópticos, que su función era hacer que el demandante fuera una persona productiva para la empresa, pues la empresa exigía que fuera bastante productiva la jornada de todos los empleados. Agregó que también le solicitaba al actor colaboración con la limpieza del consultorio, cuando tenían visita de presidencia de las directivas de la empresa que son bastante exigentes del tema locativo, le daba órdenes respecto del tema del uniforme, el cual tenía el logotipo de la empresa; que esos eran parámetros de la empresa, ese procedimiento ya estaba inventado, no tenía que recurrir a nada que fuera subjetivo, el horario tenía que ser acorde con el de la tienda, en ocasiones los domingos no iba porque la tienda no se abría, pero de resto el hoy demandante estuvo presente como un empleado más; que él independientemente de ser el Jefe de la tienda, no sabía qué tipo de contrato tenía. Informó igualmente que en caso de necesidad la Regional coordinaba con él y le decían que necesitaban al demandante en X tienda, por lo que éste debía irse. Asimismo, mencionó que los pagos los hacía la empresa, área de recursos humanos. Que las

cuentas de cobro, le correspondía al área de recursos humanos. Refirió igualmente, cuando una persona no llegaba, tenía que presentar una justificación, si no se daba, tenía lugar al conducto regular, por medio de recursos humanos o descargos o un llamado de atención verbal o escrito, pero él actor siempre llegó temprano, puntual. Señaló cuales eran los elementos de trabajo, como el inmobiliario, el puesto de trabajo, tenía un computador, el distintivo de optómetra, su cartón. Que ellos se encargaban de llevarle el paciente que llegaba a la empresa LAFAM, no un cliente personal. Que hubo un momento en que la empresa casi no tenía optómetras y les tocaba apoyar en otras tiendas, como apoyo, de resto cuando había personal él demandante estaba ahí presente.

Declaró la señora DIANA IVETH MARTINEZ CHAPARRO, quien fue administradora de un punto de LAFAM, entre febrero de 2016 y septiembre de 2017, en el punto de venta de Jumbo y luego a Avenida Chile. En tal sentido, manifestó que el demandante llegó en junio o julio de 2016 a Yumbo, como optómetra del punto, compartieron 8 meses, después no compartimos sitio de trabajo. Indicó que ellos tienen una malla de turnos, que ella como administradora de punto, tenía la potestad de asignar malla de turnos; que el actor asistía dos domingos, los otros dos domingos el optómetra que era asignado para el punto lo hacía en la regional, el turno normal siempre se cumplía. Que sus turnos eran las ocho horas laborales, la normal, las contrataciones se hacían directamente de la central, pero todos tenían que hacer el turno estipulado en el punto. Que el actor tenía llaves, incluso en dos oportunidades él la ayudó a abrir la puerta, pues ahí estaban siempre los instrumentos, cada punto tiene su consultorio y pues el actor siempre iba y revisaba y verificaba que todo estuviera, pero era del punto de venta. Que las personas que tenían asignadas en el punto de venta eran las que se atendían personal, nada adicional; que él nunca dijo que días o no deseaba laborar, siempre estaba con su bata en el punto atendiendo, con el logo de la empresa. Que la malla de turnos la realizaba ella, eran 4, por lo general ella hacía las mallas, pero siempre había un turno de 8 horas que se estipulaba allí, el punto estaba dentro de una tienda grande, tenían que estar acorde con la tienda de Jumbo, trataban que el cubriera todo el turno laboral para cubrir la mayor parte del tiempo que estuvieran allí. Indicó que la regional colocaba los dominicales, los dominicales que el demandante no estaba en la tienda, lo tenía que colocar la regional, tenía que cubrir el punto con un optómetra para realizar la labor. Que en caso de que no asistiera, tocaba avisar a la regional, para que asignara una optómetra, porque los puntos no se pueden dejar sin optómetra, precisó, como administradora ella no tenía la potestad de hacerlo, eso lo hace directamente la regional de LAFAM. Indicó que en dos ocasiones ella llegó tarde, pidiéndole el favor al accionante que abriera el punto, porque la tienda se abría o se abría a la hora estipulada. Que en el local de Jumbo había unos equipos grandes

que estaban pegados; que el actor, era el que siempre asistía de lunes a sábado y dos domingos al mes; que el demandante no trabajaba para otra empresa; agregando que sus funciones eran el manejo del punto, inventarios y cumplimientos de venta.

El testigo MARIO ALFONSO ACOSTA GODOY, director de tiendas en ópticas LAFAM, vinculado hace 5 años, expresó igualmente conocer al demandante en el año 2016, en el mes de marzo, en el punto del Portal de la 80, que era esporádico, porque acompañaba en reemplazos cuando la optómetra fija del punto tenía que tomar sus compensatorios, pues él laboraba en Jumbo de la calle 80, que fue unas 5 o 6 veces al punto en el transcurso de ese año; que desempeñó el rol de optómetra por prestación de servicios y cuando hacía reemplazos su labor era de consulta de optometría de los pacientes que se acercaban a la óptica. Que atendía a los pacientes y prestaba el servicio de optometría, que la diferencia con la persona fija era la sujeción al horario, la fija tenía que cumplir horarios, que la diferencia más grande que hay entre un optómetra por prestación de servicios y de punto, que realiza las labores científicas, es responder ante las autoridades como la Secretaria de Salud, control de los dispositivos médicos de la tienda. Que él, como director del punto no le daba órdenes, porque el origen de sus servicios era profesional. Que ellos dependían de la programación que se hacía por parte de recursos humanos; que la cuenta de cobro la tenían que pasar directamente a la empresa para hacer el cobro; que el actor utilizaba uniforme, el cual no existía, que la bata era la prenda que tenía que utilizar, para distinguirlos del resto de la tienda, que no existía el biométrico, la asistencia se tomaba a través de una planilla, donde ellos ponían una firma para su cuenta de cobro; los que estaban vinculados por contrato de trabajo no llevaban esa planilla, solo para prestadores de servicios; que en el caso de que un optómetra por contrato de trabajo no se presentara se hacía el proceso disciplinario por parte de recursos humanos; que en el caso del actor si no se presentaba o llegara tarde, se informaba pero no había ninguna consecuencia; que él no era calificado, ni tenía metas, que como optómetras de tienda los objetivos se les miden por temas de errores de consulta y formulación y el número de consultas, solo por contrato de trabajo únicamente. Que tuvo conocimiento que en dos oportunidades se le hizo propuesta al actor para que se vinculara directamente con LAFAM, la última se hizo a través de la regional Karin Valderrama, la cual rechazó porque era más rentable por prestación de servicios, por lo que devengaba, que no estaba obligado a cumplir horarios. Se puso de presente el folio 31 del expediente, relacionado con el cumplimiento de horario, frente a lo cual indicó que ese horario era el que se le sugería hacer, pero que no era obligatorio.

Debe indicarse que frente a dicha prueba testimonial no prosperan las tachas propuestas, como quiera que no se aprecia ánimo de favorecimiento a una u otra de las partes, siendo contestes y creíbles en su testimonio. Con relación a los interrogatorios practicados a las partes, nada puede extraerse en favor de los intereses de la otra parte en los términos del artículo 191 del CGP.

De conformidad con lo anterior, del acervo probatorio y dando aplicación al principio de libre formación del convencimiento (art. 61 CPTSS), en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, según las cuales es dable la apreciación de los distintos medios probatorios en aras de fundamentar la decisión en aquellos elementos de prueba que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la verdad real al juzgador, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, la Sala puede colegir, inicialmente, que al actor en vigencia de su vinculación jurídica le fue impuesto el cumplimiento de horarios, siéndole impuestas órdenes por parte de quienes fungían como directores de punto u oficina, sin que hubiere distinciones entre los empleados de planta, de igual manera los equipos y elementos de trabajo en general eran proporcionados por la accionada, aspectos estos que para la Sala de Decisión demuestran la existencia de una verdadera relación laboral, pues si bien puede afirmarse que el cumplimiento de horario no demuestra directamente una relación laboral, lo cierto es que dicha conclusión no se puede sostener cuando se evidenciaron órdenes dirigidas a prestar los servicios para los cuales fue contratada, optometría, pues el actora no tomaba decisiones a su libre albedrío en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debía prestar dicho servicio, situación que contraría la autonomía del contratista, lo que evidencia la existencia de la subordinación jurídica, elemento indicativo de la existencia del contrato de trabajo.

En ese orden, debe decirse igualmente, que no resulta dable indicar como lo señala la recurrente por pasiva, que por el hecho que el demandante en desarrollo del contrato no haya formulado inconformidad alguna o no haya presuntamente aceptado prestar el servicio mediante contrato de trabajo, deba tenerse como un hecho cierto e inamovible que la relación fue de carácter civil y/o comercial, pues la connotación de laboral se la da la forma en que se prestó el servicio, sin que los derechos que de allí surjan puedan catalogarse como renunciables. En tal medida, contrario lo que sostiene la pasiva, a la Sala no le queda duda que la prestación del servicio por parte del demandante se dio en el marco de un contrato de trabajo, sin que haya resultado probado que el servicio se prestó sin subordinación alguna, la prueba testimonial valorada de forma integral, da cuenta que incluso los que fueron sus jefes inmediatos, los directores de oficina, claramente indicaron la impartición de órdenes, no sólo frente al cumplimiento de horarios sino en la forma y cantidad en que debía desarrollar las

labores, sin que por el hecho de no haberse demostrado procesos disciplinarios en su contra, pueda inferirse independencia o autonomía en el cumplimiento de su labor.

La valoración integral del acervo probatorio, incluidos los correos electrónicos donde se precisa el cumplimiento de horarios, frente a los cuales debe decirse no fueron desconocidos por la accionada, aunado a ello, si bien es cierto tal prueba no fue aportada conforme a las previsiones de la Ley 527 de 1999, no por ello debe desecharse de tajo, pues de acuerdo a la doctrina especializada, según puede verse en la sentencia T-043 de 2020, a este tipo de pruebas se les ha concedido el valor de prueba indiciaria, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba, de ahí que, claro es que aunque dichas capturas de pantalla aportadas, relacionadas con los horarios y turnos, al no tenerse certeza sobre su autoría o de quien provienen no pueden dárseles un valor probatorio absoluto, sin embargo, no puede perderse de vista que lo allí contenido confrontado con lo referido por los testimonios de los señores ALEXANDER GAVIRIA OROZCO, DIANA IVETH MARTINEZ CHAPARRO, adquieren relevancia en aras de demostrarse que el demandante no era autónomo en la forma en que debía prestar el servicio. Vale señalar, que por ejemplo el testimonio del señor MARIO ALFONSO ACOSTA GODOY en este punto, indicó que el actor laboraba en su punto de atención, cuando lo remitían por turnos, pues se encontraba asignado a otro, verbigracia el de los anteriores testigos.

Vale precisar frente a dicha prueba testimonial, que se le imparte pleno valor probatorio y credibilidad en particular al de los testigos ALEXANDER GAVIRIA OROZCO y DIANA IVETH MARTINEZ CHAPARRO, quienes por ser compañeros y jefe en su momento del actor les consta con precisión lo dicho frente a las funciones ejercidas por el actor, en virtud de las órdenes que le impartían para el cumplimiento de las funciones de optometría que este realizaba. De igual manera, no pasa por alto la Sala que los testigos arrimados por la accionada, si bien fueron contestes en señalar cuales eran formalmente las diferencias en la contratación por servicios y laboral, lo cierto es que de ellos no puede extraerse en forma precisa las funciones que realizaba el actor en cada tienda, lo que sí efectuaron los anteriores testimonios.

De otra parte, no puede pasarse por alto que dicha relación contractual no fue efímera ni fugaz, sino, antes por el contrario, duradera y prolongada, lo cual, implica la continuidad y regularidad de una relación de trabajo personal y desdice de un contrato de prestación de servicios, que se caracteriza por ser temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y solo el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido (CC C-614 de 2019).

Al respecto, vale la pena traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL4143-2019, donde se explicó con claridad las características de las modalidades contractuales objeto de litis:

«Cuando el contratista es una persona natural, este convenio se encuadra en el marco genérico de los contratos de prestación de servicios. Y sobre el particular, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo. (Subrayas al margen).

En este sentido, dando alcance a este último aserto del Alto Tribunal, estima la Sala que ello fue lo que ocurrió en el presente caso, pues dichas acciones de supervisión, vigilancia e imposición de horarios, se desbordaron al punto de desfigurar la contratación, que por demás se mantuvo al menos casi cuatro años. Así pues, antes que revelar signos de autonomía e independencia, la prueba analizada en su conjunto y bajo el prisma de un sereno juicio crítico, muestra una conducta propia de un empleador que determina la jornada de trabajo y el salario de su trabajador, esto es, contiene en toda su dimensión la expresión de impartir órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, que se corresponden con la subordinación jurídica que distingue al contrato de trabajo.

Así las cosas, se concluye que la celebración formal de un contrato de prestación de servicios no resulta suficiente para probar que se prestaron sus servicios de manera autónoma e independiente, pues del análisis conjunto de la prueba y dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 CN), se descarta la autonomía e independencia que proclama la accionada, por el contrario, se evidenció subordinación jurídica de la parte actora respecto de la demandada en la ejecución de sus labores. De tal modo, la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia

de contrato de trabajo, sustentada en la demostración de la relación de trabajo personal, lo cual impone la confirmación de la decisión de primer grado.

En ese orden de ideas y al estar demostrada la existencia del contrato de trabajo en los términos expuestos y al no haberse presentado de manera puntual en el momento procesal correspondiente, reparo alguno respecto de las condenas fulminadas en la oportunidad procesal correspondiente, no es dable adelantar juicio de valor alguno sobre los conceptos o montos que en contra de la demandada fueron fulminados, por lo que se confirmará en su integridad las señaladas en la sentencia de primer grado.

Indemnización moratoria contempladas en los artículos 99 de la Ley 50/90 y 65 del CST.

Finalmente, en lo que refiere a estas sanciones, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, las indemnizaciones moratorias pedidas, tienen un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de Abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

En el caso concreto la buena fe no se encuentra acreditada en razón a que pese haberse ejecutado en la realidad un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad, lo que se demuestra por parte de la demandada, contrario a lo que concluyó la a quo, es un actuar con la finalidad de ocultar la existencia de la relación laboral, desconociendo las prerrogativas que este concede a un trabajador dependiente, en las circunstancias que quedaron descritas, circunstancia que da lugar a la imposición de las referidas sanciones.

En tal sentido por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, teniendo en cuenta los salarios indicado en primer grado y que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las acreencias exigibles a 25 de mayo del año 2015, sin que ello haya sido objeto de reparto en la alzada, se condenará a las siguientes sumas:

Las del año 2014 (25/05/2015 al 14/2/2016)	Salario	Valor sanción
260 días	\$3.000.000 (\$100.000 diarios)	\$ 26.000.000
Las del año 2015 (16/2/2016 al 14/2/2016)	Salario	Valor sanción
359 días	\$3.900.000 (\$130.000 diarios)	\$46.670.000
Las del año 2016 (16/2/2017 al 14/2/2017)	Salario	Valor sanción
359 días	\$3.900.000 (\$130.000 diarios)	\$ 58.217.833

Las del año 2017, debían pagarse directamente al trabajador a la terminación del contrato de trabajo, que lo fue el 31 de enero de 2018 con la liquidación final de prestaciones sociales; y por concepto de sanción moratoria por no pago de las mismas, la demandada adeuda un día de salario por cada día de retardo, desde el 1º de febrero de 2018 hasta el 31 de enero de 2020, toda vez que el salario devengado es superior al salario mínimo legal para la época (\$5.477.520), que dividido entre 30 corresponde a \$182.584 diarios, lo cual arroja un total de \$131.460.480,00 (=\$5.477.520/30*720). En lo sucesivo la demandada está obligada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir del 1º de febrero de 2020 hasta que se realice el pago de las acreencias por prestaciones sociales adeudadas.

Corolario de lo expuesto, se adicionará parcialmente la sentencia de primera instancia y se condenará al pago de las sanciones antes mencionadas. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

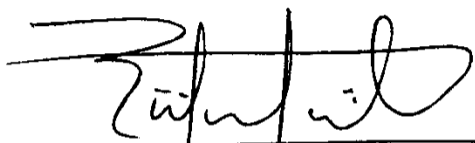
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia objeto de estudio, en el sentido de CONDENAR a la demandada LAFAM SAS, a reconocer y pagar la suma de \$130.887.833 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías; y la suma \$131.460.480,00 por concepto de sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales a la terminación del contrato causadas desde el 1º de febrero de 2018 hasta el 31 de enero de 2020. A partir del 1º de febrero de 2020 y hasta que se realice el pago de las acreencias por prestaciones sociales se CONDENA al pago de intereses moratorios sobre las mismas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

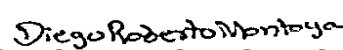
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de GUMERCINDO FERREIRA
IRARICA contra SEGURIDAD NAPOLES LTDA Rad. 110013105-021-2017-
00647-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de
Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el
Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de
junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre
de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto
por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el
Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

El señor GUMERCINDO FERREIRA IRARICA instauró demanda ordinaria en
contra de SEGURIDAD NAPOLES LTDA, solicitando se declare que la sociedad
demandada no pagó las prestaciones sociales y vacaciones conforme al salario real
devengado, durante todo el tiempo servido; se declare que la demandada durante el
tiempo de servicio pagó una remuneración de manera mensual, habitual o periódica
de auxilio de transporte adicional a lo devengado como salario. En consecuencia, se
reliquiden los valores por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima legal
y vacaciones por el tiempo servido. Se condene al pago de la indemnización moratoria
contemplada en el artículo 65 del CST, la indexación de las sumas, costas y agencias
en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que ingresó a laborar
con la sociedad demandada el 01 de enero del año 2014, en el cargo de escolta,
devengando un salario mínimo legal mensual vigente, mediante contrato a término
fijo inferior a un año, por cuatro meses; indicó, que durante el tiempo servido le fue

pagado de manera mensual, habitual o periódico un rodamiento o auxilio de transporte adicional a lo devengado como salario. Que el contrato terminó unilateralmente por parte del empleador el día 30 de abril de 2017, sin embargo, las prestaciones sociales junto con las correspondientes vacaciones no fueron liquidadas con el salario base de liquidación real (fls. 2 a 7 y 65 a 70).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada SEGURIDAD NAPOLES LTDA contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que las prestaciones sociales y las vacaciones si fueron canceladas de conformidad con el ingreso real percibido por el trabajador, sustentó que el pago que se hacía era por rodamiento de un vehículo de propiedad del trabajador y por tal razón no constitutivo de salario, existiendo un contrato de arrendamiento que así lo señala, no existiendo lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, toda vez que fueron canceladas de acuerdo al salario percibido, como tampoco hay lugar a la reliquidación y pago de vacaciones, habida cuenta que ya fueron canceladas, por tal razón se opone y dice que tampoco hay lugar a la sanción moratoria. Propuso como excepciones de fondo las de «falta de causa sustantiva para la acción»; «cobro de lo no debido»; «buena fe» y «pago» (fls.90 a 93).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 09 de julio de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo a termino fijo entre el señor GUMERCINDO FERREIRA y la sociedad SEGURIDAD NÁPOLES LIMITADA el cual estuvo vigente entre el 01 de enero de 2014 al 30 de abril de 2017, condenó a la sociedad SEGURIDAD NÁPOLES LIMITADA a pagar las diferencias por concepto de cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones, debidamente indexados; así mismo condenó a la demandada al pago por concepto de indemnización moratoria causada desde el 01 de mayo de 2017 hasta el 30 de abril de 2019 por la suma de \$46.323.360. Condenó a la sociedad demandada a efectuar el pago de las diferencias por concepto de aportes a seguridad social en pensión que le corresponde al demandante incluyendo la sanción que establece el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2016 a 30 de abril de 2017.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis indicó, luego de aludir al artículo 127 del CST de que todo pago que se efectuó de manera habitual, continua y retribuya directamente el servicio prestado, debe ser considerado salario para todos los efectos

legales, ya sea una suma de dinero o en especie, mediante la cual se enriquezca el patrimonio del trabajador, mientras todo lo que se entregue para el cabal cumplimiento de sus obligaciones no constituye salario. De igual manera precisó que los pactos de desalarización no tienen la capacidad de desnaturalizar el salario. En ese orden, concluyó que en el presente caso, el demandante percibió en forma habitual y periódica, valores superiores al salario mínimo que tenía incidencia salarial pues el trabajador podía disponer de dichas sumas y emplearlas para satisfacer las necesidades a través de la figura del salario, así mismo destacó que la demandada aceptó que el auxilio de rodamiento era de manera habitual o periódica, además, según folio 59 se indicaba que se devengaba un salario mensual básico más un auxilio adicional de transporte, no haciéndose referencia a que este mismo fuese un arrendamiento.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandada apeló, considerando que el acuerdo o consenso entre empleador y trabajador para establecer que el contrato de rodamiento y el auxilio que de ahí se derivaba no era constitutivo de salario, tenía por objeto compensar al trabajador por poner su vehículo a disposición de la empresa.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio y no presentaron alegatos de concusión.

La parte actora, sin embargo, solicitó que se declare desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada, teniendo en cuenta que dentro del término otorgado para la presentación de los alegatos en esta instancia, no lo sustentó ni recibió copia del mismo.

Frente a dicha solicitud, de entrada, se rechaza esta por ser, a todas luces, improcedente, como quiera que la accionada presentó y sustentó el recurso de apelación oportunamente, una vez se notificó en estrados de la sentencia de primera instancia, según el artículo 66 del CPTSS, que expresamente así lo consagra; sin que, por el hecho de no haberse presentado alegatos en este estadio procesal, deba declararse desierto, dado que no existe normatividad alguna en materia laboral que así lo disponga.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos legales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si como consecuencia del contrato de trabajo celebrado entre las partes, el auxilio de transporte o rodamiento constituye o no factor salarial.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2014 y el 30 de abril de 2017, lo cual se evidencia del contenido del contrato visible a folios 11 y 113-114, la copia de la carta de terminación del contrato emitida por la empresa, la liquidación del mismo y la respectiva certificación (fls. 51, 59, 112).

Ahora bien, para resolver el problema jurídico propuesto, la H. Sala Laboral de la CSJ, ha definido en la sentencia radicada al No. 46167 del 29 de julio de 2015 (SL9827-2015), que con la modificación del artículo 15 de la Ley 50 de 1990 se estableció la posibilidad que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario.

A juicio de la aludida Corporación, no obstante dicha facultad, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del CST, para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen o no salario (Ver entre otras, la sentencia CSJ SL1798-2018, rad. 63988).

Ahora bien, se encuentra probado en el proceso que el salario pactado al momento de suscribirse el contrato, fue el mínimo legal mensual vigente, y de ello dan cuenta los desprendibles de nómina aportados (fls. 12 a 23 y 98 a 103), sin embargo, según certificación laboral emitida por la accionada, que reposa a folio 59, se verifica que el

demandante percibía además de la aludida asignación salarial, horas extras y auxilio de transporte, un «auxilio adicional no constitutivo de salario ni carga prestacional de UN MILLON DE PESOS M/CT (\$1.000.000)», monto que en efecto era percibido mensualmente según se advierte de los extractos bancarios que reposan de folios 24 a 49 por «PAGO DE NÓMINA SEGURIDAD NAPOLES»; no obstante, la accionada arguye que el mismo no era constitutivo de salario, pues tenía por objeto compensar al trabajador por poner su vehículo a disposición de la empresa.

Al respecto, considera la sala que tales pagos deben ser estudiados a la luz del análisis efectuado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, además de lo expuesto, en lo enseñado en la SL5159 del 14 de noviembre de 2018, en la cual consideró lo siguiente:

«3.2. CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO.

Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.

3.3. LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018).

3.4. LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

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

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

[...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa. Al respecto, en sentencia CSJ SL8216-2016 la Corte señaló: Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante».

En este escenario, la Corporación considera que el pago por concepto de auxilio de transporte discutidos en este juicio en efecto es de carácter salarial, tesis que se funda en el hecho de la causación permanente de los mismos y a que estos se reconocían como retribución directa de las labores desempeñadas por el demandante, tal y como se desprende de lo dicho por los testigos, ALEXANDER LÓPEZ CHALÁ y DEIVY CÁRDENAS VÁSQUEZ, compañeros de trabajo del accionante, quienes al unísono indicaron que dicho pago era mensual y que el contrato de arrendamiento no existía, ni tenían conocimiento que el actor tuviere vehículo. Aunado a ello, del examen de las pruebas documentales arrimadas al expediente, ninguna da cuenta del porqué se

pagaba dicho auxilio, echándose de menos por supuesto el presunto contrato de arrendamiento de vehículo, de modo pues, que aparte de lo dicho por la accionada, no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de esos pagos.

La anterior tesis, es decir que dichos pagos se circunscriben a la regla general de que todo lo que percibe el trabajador es salario y a falta de prueba en contrario, eran conceptos que estaban orientados a retribuir directamente la actividad laboral del demandante, esto es, la labor de escolta y no para mejorar las condiciones del trabajador, es la que se desprende de la prueba aportada al plenario; aunado a lo anterior, el reconocimiento de estos valores no fueron eventuales, sino mes a mes, reafirmandose que eran habituales, periódicos y permanentes.

De igual manera, considera la sala que la demandada no demostró, conforme a las reglas del artículo 167 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, que esos recursos reconocidos y pagados fuesen empleados o destinados exclusivamente al transporte del actor, situación que permite concluir que la pasiva tomó una porción, más del 50% del total de los ingresos del actor, y los designó como auxilio para ocultar su verdadero carácter de salario.

Así las cosas, y al encontrar demostrado que el auxilio adicional de transporte constituye factor salarial por cuanto los mismos se causaban como retribución directa de la prestación del servicio del actor, aunado al hecho que su reconocimiento era habitual, y que el empleador no demostró que esos recursos reconocidos fuesen empleados en el transporte del demandante, son razones más que suficientes por las cuales se confirmará la decisión de primera instancia, siendo procedente la reliquidación ordenada y frente a la cual, no se efectuaron reparos por el recurrente.

Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

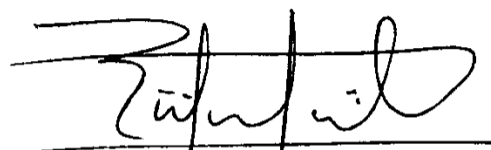
RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

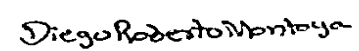
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por KIENER NUÑEZ contra
PEDRO AGUSTIN OSPINA CLEVES Rad. 11001 31 05 026 2019 00154 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 07 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES

El ciudadano KIENER NUÑEZ a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de PEDRO AGUSTÍN OSPINA CLEVES, con la finalidad que se declare la existencia de una relación laboral por medio de un contrato verbal de trabajo, desde el 15 de febrero de 2013 y el cual a la fecha de presentación de la demanda se encontraba vigente; que se declare que el demandado incumplió con sus obligaciones laborales y de seguridad social, al no pagar las prestaciones sociales y tampoco afiliarlo al sistema de seguridad social; omisión que le impide recibir una pensión que cubra el riesgo por invalidez. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a PEDRO OSPINA al pago de la pensión de invalidez en los términos señalados en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, así como al pago de todas las prestaciones sociales correspondientes a los años 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018; al pago de la indemnización por no consignación de las cesantías de los años 2013 a 2017; y al pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró mediante un contrato verbal desde el 15 de febrero de 2013 con el señor PEDRO OSPINA, en el cargo de administrador de una finca, cumpliendo un horario laboral de lunes a sábado de 7:00 am a 5:30 pm, y de forma habitual sábados en la noche, domingos y festivos; que entre otras, sus funciones eran fumigar, guadañar, podar el césped, arreglar las cercas, recoger frutas de la finca, devengando el salario mínimo.

Señaló que el 22 de enero de 2018, fue ingresado al hospital Federico Lleras Acosta, por un dolor de glúteo secundario, debido a una caída, y dado de alta el 02 de febrero. Agregó que el 27 de febrero mediante consulta externa de medicina física y rehabilitación, le diagnosticaron disminución de la fuerza muscular en todas las extremidades, sin diagnóstico ni tratamiento específico; posteriormente realizan hallazgos compatibles con lesión motoneuronal superior. Que el 25 de mayo de 2018, es diagnosticado con una disminución permanente de la fuerza muscular de 2/5 distal y 3/5 proximal en las 4 extremidades, realizándose un diagnóstico de ESCLEROSIS LATERAL AMIOTROFICA. Que el día 09 de septiembre de 2018, se lleva a cabo calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual arrojó un porcentaje del 90.5%, de origen común; posteriormente el 25 de septiembre de 2018, el fisiatra Julio Giraldo, valoró su pérdida de capacidad laboral, en 100% de carácter permanente, informando que el paciente requiere ayuda de terceros para su supervivencia.

Sostuvo que el demandando al conocer la enfermedad del señor KIENER NUÑEZ, trató de liquidarlo con fecha de retiro del 12 de julio de 2018; no obstante, los valores pagados en la liquidación no corresponden a la realidad y fueron cancelados de manera incompleta (fls.04 a 12, 98 a 99, 138 y 139).

Es de anotar, que en fecha 29 de julio de 2019, el señor KIENER NUÑEZ falleció, siendo solicitada la sucesión procesal el 17 de febrero de 2020 (fls. 146-147).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial, el Señor PEDRO AGUSTIN OSPINA CLEVES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Fundamentó su oposición al señalar que el actor fue autónomo e independiente en todas las actividades desplegadas en la finca, no siendo dependiente ni trabajador, ya que no existió una relación laboral, si no que se trataba de una persona de confianza, a quien se le encargó el manejo de la finca gozando de plena autonomía para realizar sus actividades. Adicional a ello, manifestó que para la procedencia de la indemnización reclamada por salud, el actor debió notificar de su estado de salud, situación que no se configuró. Propuso como excepciones las de «Inexistencia de la relación laboral», «prescripción», «compensación», «Buena fe», «Cobro de lo no debido», y las «Innominadas». (fls.127 a 138).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 07 de octubre de 2020, absolvió al demandado PEDRO AGUSTIN OSPINA CLEVES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la parte demandante en suma de \$600.000.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que se encuentra ampliamente probada la prestación personal del servicio, y que la misma no fue desvirtuada por la parte demandada. Ahora bien, en cuanto a los extremos temporales de la relación laboral, señaló que de las declaraciones de los testigos no se lograron determinar las fechas. En lo referente a las declaraciones extrajuicio, indicó que estas no pueden tener valor probatorio por cuanto las manifestaciones de los declarantes eran las mismas, y lo único que cambiaba era la fecha y el nombre, siendo insuficiente para establecer el motivo por el cual estas personas conocían los extremos temporales con tal exactitud. Finalmente, en cuanto a los documentos que reposan a folios 27 al 29 del expediente, señaló que no eran concluyentes para establecer los extremos ni el salario devengado por el actor, ya que como se demostró la labor del Sr. Núñez no era continua sino por días, sin conocer siquiera las jornadas en las que trabajaba o si el salario correspondía al mínimo o a algún otro tipo de remuneración.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante apeló la decisión, indicando que no se le dio valor probatorio a los testimonios y a las pruebas documentales, donde se establece que el 15 de febrero de 2013, el demandante entró a trabajar con el señor PEDRO OSPINA; igualmente, señaló que no se le dio valor a las declaraciones extrajuicio, y que aunque no fue solicitada su ratificación, insiste en que debieron ser tenidas en cuenta. Para concluir, señaló que se encontraron demostrados los 3 elementos del contrato de trabajo, y asimismo que la presunción operaba en favor del demandante, de tal forma que no existe duda que en el presente caso sí existió contrato de trabajo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado del demandante presentó los siguientes alegatos de conclusión:

Se ratificó sobre los puntos de apelación, y a su vez manifestó que debe darse valor probatorio a las declaraciones extrajuicio, así como a la documental que estableció el

pago de \$4.200.000 al demandante como adelanto de liquidación. Igualmente, señaló que no se le debe dar credibilidad al testigo HECTOR, como quiera que su testimonio no fue concreto, sino que se limitó a decir que el demandante trabajaba en muchas fincas, sin establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Por lo anterior, solicitó al Tribunal que si no se conocen con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, pero se conoce al menos el mes y año, se tome como extremo inicial el último día del respectivo mes, y para el extremo final el primer día del mes que se acredite.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo entre el Señor KIENER NUÑEZ (QEPD) y PEDRO AGUSTIN OSPINA CLEVES, y de ser así, si se demostraron los extremos temporales del mismo.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. 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. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son: la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales «carga procesal de quien demanda pues sin ello es imposible liquidar cualquier acreencia que de ella pueda surgir (artículo 167 CGP)», le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que, con el acervo probatorio allegado, concluye esta Corporación que se tiene por acreditado que el demandante efectivamente prestó sus servicios personales al señor PEDRO AGUSTIN OSPINA CLEVES, lo cual se extrae de la prueba testimonial recaudada de los señores JOSÉ ALBERTO OSPINA CLEVES y HECTOR MENDEZ, quienes fueron contestes en afirmar que en efecto, el demandante se dedicaba a tareas como limpieza, podas, barrido, recolecta de frutos, arreglo de cercas, entre otros, en las instalaciones de la “huerta” o finca de OSPINA CLEVES. Conforme a tal acreditación, la parte actora cuenta a su favor con la presunción contenida en el artículo 24 del CST, es decir, que debe presumirse de entrada la relación laboral que reclama y como ella es de carácter legal admite prueba en contrario, no obstante, no existe prueba alguna que la haya derruido, pues por el contrario, del interrogatorio de parte al demandado y de las pruebas testimoniales antes mencionadas, se pudo constatar que el Sr. Núñez (QEPD), era uno de los tantos trabajadores que iban a la finca y que prestaba sus servicios tanto en la finca del demandado como en la de su hermano.

Ahora bien, debe recordarse que la aludida presunción legal otorga tan sólo una ventaja probatoria al trabajador, pero en ningún momento lo exonera de manera absoluta de la carga de probar los hechos en que funda sus pretensiones, pues en todo caso le corresponde acreditar además de la prestación personal del servicio, todas las demás circunstancias que rodearon la relación laboral, tales como, el salario, la jornada de trabajo, el hecho de despido, y como se debate en este juicio, en particular, los extremos temporales que se ejecutó el contrato de trabajo, tal como lo señaló recientemente la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL2608-2019, en la que recordó:

«[...] no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

[...] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar

ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros».

A efectos de lo anterior, los testimonios recaudados sólo precisan la prestación del servicio, empero, frente a los lapsos temporales en que se pudo desarrollar esta, no logran precisarlos, por ejemplo, el señor JOSÉ OSPINA CLEVES, expresamente indicó que las labores eran esporádicas y que una vez cumplía la tarea, se le pagaba por lo que hubiera hecho; además, señaló que el señor demandante prestaba estos servicios hace “aproximadamente” 4 o 6 años, sin establecer un lapso con exactitud. Por su parte, el testigo HECTOR MENDEZ, señaló que lo veía trabajando en la finca del Señor OSPINA CLEVES, pero que las mismas tareas las cumplía en las fincas vecinas; aunado a lo anterior, agregó que el también en ocasiones lo contrataba para recoger mangos, y que lo realizaba por días en aquellas temporadas en que había cosecha. En tal sentido, los dos testimonios no resultan suficientemente determinantes para establecer los extremos que señala la parte actora.

Estima conveniente esta Corporación precisar que a pesar de que, con las pruebas recaudadas se evidencia que existió una prestación del servicio por parte del actor, los medios de convicción también dan cuenta de la vicisitud advertida por el juez a quo, tal es que en efecto, no se demostraron los extremos temporales invocados por el actor, e incluso, ni siquiera en otros diferentes, pues aunque reposa en el plenario documental a folios 27 y 65, de donde se desprende que al demandante le realizaron unos pagos por los años 2014, 2015, 2016, 2017 y hasta junio de 2018, lo cierto es que al encontrarse que la prestación era por días y, en ocasiones, de acuerdo al dicho de los testigos, no se requerían los servicios del Señor KIENER NÚÑEZ (QEPD), no podría establecerse con exactitud las fechas en las que efectivamente este habría prestado sus servicios en la finca de OSPINA CLEVES.

En síntesis, para esta Sala de Decisión, si bien se presume que el accionante sí prestó sus servicios personales para el demandado, y que no fue desvirtuada la presunción establecida en el artículo 24 del CST, es preciso indicar que frente al tiempo reclamado no está acreditado un aspecto de fundamental importancia a la hora de definir un juicio como el que ahora se resuelve, a saber: durante qué período o períodos ocurrió la prestación del servicio, pues si no obra prueba cierta que así lo establezca es imposible liquidar las acreencias que de tal prestación se pudieron haber derivado.

Es claro que en aplicación de los principios generales que regulan la actividad probatoria, es menester que quien afirma un hecho corre con la carga de probarlo a través de los mecanismos consagrados como idóneos por la ley para tal efecto, so pena de infringir el principio *ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI* y propician como consecuencia de dicha infracción que las resultas del fallo pudieren resultarle favorables. Así entonces, la ausencia de material probatorio le indica a la Sala que el actor no probó suficientemente el hecho en que basó su acusación, por lo que sus pretensiones al respecto no pueden ser acogidas.

Al respecto ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia en Casación del 31 de Mayo de 1947 (“G. del T.”, T. II, Pág. 156), como jurisprudencia admitida y reiterada lo siguiente:

“Sabido es que en materia probatoria es principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: *ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI*, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas, ha sido tenida como conforme con la razón y con los demás elementos dictados de la justicia. Siendo que la prueba es el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.”

Y en Sentencia del 17 de Marzo de 1.951 (“G. del T.”, t. IV, Pág. 144, se expresa:

“El principio que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas tiene validez general en el Derecho Laboral Colombiano, que ha creado un conjunto de reglas para facilitar ciertamente la demostración en juicio de los hechos debatidos, inspirándose al efecto en los principios propios de esta nueva disciplina jurídica, pero sin que los juzgadores puedan producir decisiones en conciencia. Por esto ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el nuevo derecho no implica relevo de pruebas, es tanto más valedera cuanto que existe un Código Procesal del Trabajo que regula la manera de hacer valer en juicio los medios legales de pruebas y del sistema probatorio que rige esta clase de litigios, lo cual justifica la producción de los fallos conforme a las reglas de derecho establecidas y no en conciencia”.

“Hay prestaciones que pueden librarse judicialmente en condiciones sumamente ventajosas para el trabajador, desde el punto de vista de la carga probatoria, porque sólo requieren la demostración de la existencia del contrato de trabajo con sus modalidades de tiempo servido y salario devengado y la de su terminación para que proceda el reconocimiento de los derechos que surgen de aquellos solos hechos, tales como los de cesantía y vacaciones disfrutadas”.

Por lo expuesto, y atendiendo al precedente hilado por el órgano de cierre, claro es, que correspondía a la parte actora la demostración de los hitos temporales en que prestó sus servicios, lo cual brilla por su ausencia e imposibilita al juez laboral realizar declaratorias y fustigar condenas sobre elucubraciones o meras especulaciones sin soporte probatorio; siendo estos motivos más que suficientes para confirmar la decisión adoptada en primera instancia.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

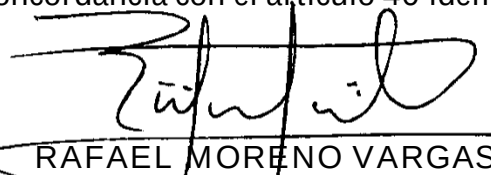
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

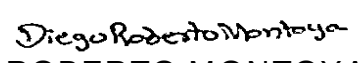
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de DIANA DEL PILAR LOPEZ BERNAL
contra SERDAN S.A. Rad. 11001 31 05 026 2019 00274 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

La señora DIANA DEL PILAR LOPEZ BERNAL, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de SERDAN S.A., mediante la cual solicitó se declare que es beneficiaria de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, al contar con calificación de 40.46% de pérdida de capacidad laboral. Como consecuencia de lo anterior, pide se condene a la demandada a reintegrarla a sus labores o a un cargo de mejores condiciones, y se le ordene cancelar los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 30 de noviembre de 2018 hasta su reintegro en marzo de 2019.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que inició su vínculo laboral con la empresa SERDAN LTDA, desde el 30 de octubre de 2009, en el cargo de operaria de aseo, en las instalaciones de la empresa cliente de la demandada, AVIANCA. Que para el 28 de noviembre de 2014, presentó molestias en el hombro derecho, y que al asistir al médico le fue diagnosticado “Ruptura del Manguito Rotador, con limitaciones de flexión de 45 grados”; posteriormente, para el año 2015

al persistir sus dolores, su médico tratante evidenció que la actora sufría por “lesión a nivel manguito rotador derecho con gran limitación funcional, restricción de arcos de movilidad de forma pasiva hasta de 90 grados”, por lo que comenzó a ser tratada en clínica del dolor y en espera de cirugía. Que para el año 2017, y ante incapacidades medicas prolongadas, la Señora López Bernal, fue remitida para calificación, la cual arrojó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 40.46%. Que en marzo de 2017, fue sometida a cirugía de manguito rotador, continuando con rehabilitación y tratamiento, con fuertes dolor acentuados por su carga laboral. Que en agosto de 2018, la actora refiere dolor en antebrazo izquierdo, e inicia proceso de análisis y exámenes a fin de diagnosticar patología. Que en el año 2018, a pesar de haber sido reubicada laboralmente, sus dolores persistieron, y fue diagnosticada con “tendinitis de flexores de carpo izquierdo”, siendo despedida más adelante, en fecha 30 de noviembre de 2018. Que el 25 de enero de 2019, presentó acción de tutela donde solicitó el reintegro, el cual fue concedido por el Juzgado 32 Civil del Circuito, en fecha 20 de marzo de 2019, siendo reintegrada el 30 de marzo del mismo año (fls.99 a 107).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada SERDAN S.A. contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones; para ello argumentó que el contrato laboral con la accionante fue terminado por la culminación de labor u obra contratada y que para el momento de la terminación, se encontraba laborando con normalidad. De esta manera, afirmó que la actora no era sujeto de estabilidad laboral reforzada, actuando esta entidad de forma legal y autónoma, surtiendo todos los efectos para tal terminación, siendo claro, a su juicio, que el contrato de trabajo de la demandante no terminó por su estado de salud. En cuanto a los salarios y prestaciones dejadas de pagar, señaló que no se pueden causar pues no hubo prestación personal del servicio; igualmente en lo atinente o de la indemnización aludida en la demanda, pues señaló que esta se causa con ocasión a la discriminación que han hecho los empleadores a sus trabajadores por razones de salud y que en el caso de la demandante no se presentó exclusión alguna. Propuso como excepciones «terminación del contrato de trabajo por terminación de la labor u obra», «inexistencia de la estabilidad laboral reforzada», «pago», «compensación», «no discriminación a la actora por su estado de salud», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «la genérica» (fls. 147 a 152).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 05 de junio de 2020, absolvió a la sociedad demandada de las pretensiones incoadas en su contra,

y condenó en costas y agencias en derecho a la demandante DIANA DEL PILAR LÓPEZ BERNAL y en favor de la demandada, en la suma de \$800.000.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, siempre que exista una causa legal de terminación del contrato, pues quien alega una justa causa, enerva la condición discriminatoria. Asimismo, señaló que se encontró demostrado que la ejecución del contrato de trabajo de la actora, sería por el término que durara la oferta comercial entre SERDAN S.A. y AVIANCA para la prestación del servicio de aseo, oferta comercial que llegó a su fin el 30 de noviembre de 2018, y que habría sido informada a SERDAN en octubre del mismo año, cuando AVIANCA puso en su conocimiento que no había sido seleccionado para continuar ejecutando el contrato de operarios de aseo. En conclusión, al no encontrar demostrado que la demandante hubiere sido despedida en razón de su limitación, sino en una causa legal de terminación contemplada en el Art. 61 del C.S.T., no había lugar a reintegro.

APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante, apeló la decisión considerando para tal efecto que si bien la Corte Suprema de Justicia ha señalado que existiendo causal objetiva no se está bajo estabilidad laboral reforzada, en el presente caso sí debe examinarse pues la ley además de proteger al empleado de discriminación, también salvaguarda la dignidad propia de la persona en condición de discapacidad. Por lo tanto, en su parecer, la desvinculación de la demandante sí vulneró los derechos y la integración de la actora, pues es una persona de edad avanzada y que depende netamente de sus ingresos. De esta manera, pidió se analice más a fondo esta sentencia, desde los derechos fundamentales de la demandante.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

El apoderado de la sociedad demandada SERDAN S.A., solicitó se confirme la sentencia en todas sus partes, manifestando que se encuentra demostrado que el contrato de trabajo de la demandante, se encontraba atado al contrato de prestación de servicios entre AVIANCA y SERDAN S.A., y que al momento en que AVIANCA no requirió más de los servicios, el contrato de la demandante no podía permanecer en el tiempo sin objeto ni causa. Añadió además que el contrato de trabajo de la actora,

finalizó por una causa legal que nada tuvo que ver con la situación de salud de la misma.

Por su parte, el apoderado de la demandante insistió en que el contrato de trabajo de la demandante fue finalizado por la sociedad SERDAN LTDA, con total conocimiento de su estado de salud, y posibilidad de reubicarla en otro cargo para darle continuidad a su contrato.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si la aquí demandante es beneficiaria de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al momento de la terminación de su contrato de trabajo, y de ostentar tal calidad, habrá de verificarse todos los puntos objeto de controversia en la litis.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo por obra o labor, donde la actora ocupaba el cargo de operario de aseo integral, en el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2018, como así se evidencia del contenido del contrato en comento visible a folios 153-154, de la copia de la carta de terminación del contrato emitida por la empresa según folios 55 y 164, y de la liquidación del mismo (fls. 165). Igualmente, se encuentra demostrado que la demandante, presentaba afectaciones en su estado salud, aproximadamente desde el 28 de noviembre de 2014 (fls. 18-40), y que a raíz de estas afecciones e incapacidades prolongadas, fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en fecha 25 de enero de 2017, con pérdida de capacidad laboral de un 40,46%, enfermedad de origen común, y fecha de estructuración 10 de junio de 2016 (fls.41-45).

Descendiendo al problema jurídico, la Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de

moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse única y exclusivamente a estas escalas porcentuales para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al mes de noviembre de 2018 (fl.55 y 164).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación o afectación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, y esta no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una causa objetiva para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver

menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Clarifica la Sala de Casación Laboral, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto este precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario, en ese evento, que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual solo le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la causa legal y objetiva, so pena de que se declare la ineficacia del despido. Concluye, en síntesis, así la Corte:

- a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.
- b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.
- c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión el debate del asunto se centra en establecer, si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, la actora DIANA DEL PILAR LÓPEZ BERNAL, se encontraba en estado de limitación física que le impidiera sustancialmente el desempeño regular de la labor; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que la demandada el día 30 de noviembre de 2018 entregó a la demandante misiva en la cual se le informaba sobre la terminación de su contrato de trabajo, en razón o con

ocasión a que la labor para la cual habría sido contratada había concluido, esto es, la ejecución del contrato comercial suscrito entre la Empresa Cliente Avianca y Serdan S.A. (fl.55 y 164), lo que permite concluir que desde la calenda citada hacía atrás se debe establecer si la actora contaba con algún tipo de discapacidad o disminución en su estado de salud o era sujeto de tratamiento alguno en virtud de la misma que lleve a inferir que la actora era beneficiaria de la presunción de discriminación y que por ello su estado de salud eventualmente dio lugar a la terminación de contrato de trabajo.

Teniendo claro lo anterior, una vez revisada la documental aportada a folios 18-40, es claro que la demandante desde el año 2014, se encontraba diagnosticada con ruptura del manguito rotador derecho, y que previo a la finalización del vínculo laboral con la sociedad SERDAN, había tenido incapacidades prolongadas, se había sometido a diversos tratamientos y a una cirugía de hombro. En ese orden de ideas, del anterior barrido probatorio, se palpa con meridiana claridad, que la demandada tuvo conocimiento del estado de salud de la actora y que había sido asistida en sus dolencias en procura de su recuperación.

Ahora bien, los motivos que adujo la empleadora y por los que considera que la decisión obedeció a una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo, se fundamentó en que la labor u obra para la cual fue contratada había terminado, frente a lo cual, encuentra la Sala que el contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada suscrito el 30 de octubre de 2009, tenía el siguiente objeto: «El objeto de la obra o labor contratada consiste en la ejecución de las actividades eficaces, propias al cargo operativo – aseo integral, destinadas al cumplimiento de la prestación del servicio y todas las actividades complementarias para el cliente AVIANCA S.A. Por lo anterior, el objeto del presente contrato de trabajo se circunscribe al tiempo en que la labor descrita se encuentre vigente, de acuerdo a la duración e intensidad de la misma y por tanto el trabajador se obliga a cumplirla para SERDAN S.A. Por lo que acepta y conoce de manera expresa que la misma se encuentra sujeta a ser reducida y/o suprimida de acuerdo con las necesidades del servicio y/o por el tiempo que dure la oferta comercial No. OSS091-/09 suscrito(a) entre SERDAN S.A. y AVIANCA S.A., o por la vigencia de los contratos comerciales que modifiquen o sustituyan los documentos comerciales antes mencionados.» (fls. 153-154).

Para la verificación de la oferta comercial, se allegó «Contrato de Prestación de Servicios de Outsourcing Integral de Aseo y Cafetería a Nivel Nacional N° 10605017-01 celebrado entre Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA S.A. TAMPA CARGO S.A.S. y COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. SERDAN

S.A.» (fls. 169-196), de donde se desprende la existencia de una relación de tipo comercial, para la prestación del servicio de aseo y cafetería a nivel nacional, bajo las instrucciones impartidas por AVIANCA y en las instalaciones determinadas por esta, las cuales serían cumplidas por el contratante, en este caso SERDAN S.A.

Para los efectos de la terminación, se aportó OTRO SI #4 «Al Contrato de Prestación de Servicios de Outsourcing Integral de Aseo y Cafetería a Nivel Nacional N° 10605017-01 celebrado entre Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA S.A. TAMPA CARGO S.A.S. y COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. SERDAN S.A.» (fls. 196-197), de donde se deja ver en su cláusula cuarta, que la duración del contrato sería hasta el 30 de noviembre de 2018, e igualmente, que al vencimiento del termino pactado el contrato de prestación de servicios de aseo y cafetería se entendería terminado, y no renovado sino por acuerdo previo y por escrito de las partes, de tal modo que del mismo puede determinarse la terminación de la obra para la cual se contrató a la demandante, pues la fecha de finalización de la prestación del servicio para la empresa AVIANCA S.A., corresponde en efecto a la misma fecha en que finalizó su contrato de trabajo.

Así entonces, considera la Sala que la parte actora no logró establecer un nexo de causalidad entre su patología y la terminación del contrato, ya que se encuentra demostrado que la finalización del vínculo laboral obedeció a una causa legal y objetiva, y de manera exclusiva se dio por la finalización de la obra para la cual había sido contratada, situación que fue ratificada por la testigo Ruth Natalia Moreno Moreno, quien señaló que al finalizar el contrato comercial con AVIANCA, se le había terminado el contrato laboral a más de 250 personas incluida la señora López Bernal, toda vez que AVIANCA era su cliente más grande, y al terminar el vínculo comercial con esta, desaparecía el objeto contractual con ese contingente de trabajadores; además agregó que aunque contaban con otros contratos de aseo, estos servicios estaban activos con anterioridad al 30 de noviembre de 2018, razón por la cual no podían reubicar a todos los trabajadores que habían sido desvinculados por la finalización de ese servicio.

Por tanto, teniendo en cuenta el anterior material probatorio, concluye diáfamanamente la Corporación que la entidad demandada logró probar que no existió nexo de causalidad alguno entre la terminación del contrato de trabajo de la demandante y su situación de salud, con lo que la presunción de discriminación, queda descartada.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se

confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

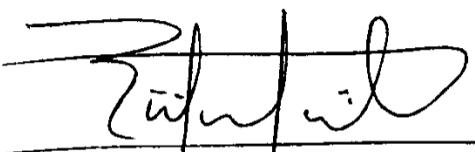
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

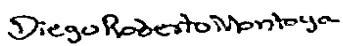
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de AURA PATRICIA FAJARDO VARGAS
contra LARKIN LIMITADA. Rad. 11001 31 05 029 2018 00503 01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados judiciales de las partes, la Sala de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir los recursos de apelación interpuestos por las partes respecto de la sentencia proferida el 22 de julio de 2020, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el art. 66A del CPTSS.

ANTECEDENTES

La señora AURA PATRICIA FAJARDO VARGAS, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra LARKIN LIMITADA, a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con fecha de inicio 02 de julio de 2013 y finalización el 20 de septiembre de 2016, donde ocupó el cargo de subgerente. Asimismo, solicitó se declare que los valores recibidos como contrato de arrendamiento, constituyen salario, y que se declare que fue despedida sin justa causa y en estado de limitación física, conocida por el empleador. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pidió se tengan en cuenta los valores pagados por contrato de arrendamiento, como constitutivos de salario; se le reintegre al mismo cargo que venía desempeñando y se condene al pago de la indemnización del art. 26 de la Ley 361 de 1997, y al pago de los salarios, prestaciones, y aportes en seguridad social, dejados de percibir entre la fecha de su despido y su reintegro.

De manera subsidiaria, solicitó se condene a la demandada al pago de salarios no cancelados por valor de \$114.784, \$120.241, \$126.262, \$135.368, e igualmente se condene a la demandada al pago de los aportes en seguridad social sobre la suma de \$4.564.000 correspondientes a contrato de arrendamiento, y al pago de cesantías e intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones por aquellos valores constitutivos de salario que no fueron liquidados. Finalmente, de manera subsidiaria, solicitó le sea reconocida y pagada indemnización por despido sin justa causa, sobre las sumas que constituyen factor salarial; las anteriores sumas debidamente indexadas y aplicando la sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa LARKIN LTDA, durante el periodo comprendido entre el 02 de julio de 2013 hasta el día 20 de septiembre de 2016, en el cargo de subgerente, con una jornada laboral de lunes a viernes de 7:25 a.m. a 6:00 p.m. Que como salario se pactó la suma inicial de \$10.000.000, pero que el empleador para disfrazar el salario real devengado, determinó que la suma de \$3.870.000, se pagaría simulando un contrato de arrendamiento de vehículo de placas BJH-713, propiedad de la demandante, además de la suma de \$1.130.000 en bonos Sodexo. Señaló que, la demandada, de mala fe, no canceló a la trabajadora todos los valores correspondientes a su salario, y no consignó las cesantías de forma íntegra al Fondo Nacional del Ahorro, así como los intereses de cesantías, primas y vacaciones, al no encontrarse incluidos todos los factores salariales. Que para el año 2014, el salario de la demandante incrementó y asimismo, incrementó también el contrato de arrendamiento y el pago en bonos Sodexo. Señaló también que para el año 2015, comenzó a sufrir fuertes dolores en su cadera, siendo diagnosticada con “Lumbago con Ciática”, por lo que fue incapacitada por 3 días; igualmente indicó que posteriormente fue sometida a terapias para el manejo de “Bursitis Petrocanterica de Cadera derecha”, siendo comunicada su condición de salud al empleador el 14 de diciembre de 2015. Que en razón de sus padecimientos, le fue programada intervención quirúrgica, pero que antes de que esta fuera llevada a cabo, fue despedida en fecha 20 de septiembre de 2016, sin justa causa y con conocimiento de sus limitaciones físicas por parte del empleador (fls.105 a 142).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada LARKIN LIMITADA contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la actora, al considerar que carecen de fundamento jurídico y fáctico. En cuanto a los hechos, señaló que el salario de la trabajadora era de \$5.000.000, que el contrato de arrendamiento del vehículo propiedad de la demandante, en primer lugar era un contrato de carácter comercial y que no tenía la

finalidad de remunerar el trabajo realizado por ella, sino de reponer los gastos en los que esta había incurrido para su movilización y el desgaste sufrido por el vehículo por su uso. Insistió que a la fecha de finalización del contrato de trabajo, canceló a la Sra. FAJARDO VARGAS los salarios y prestaciones devengados y que siempre le fueron cancelados todos los emolumentos en su favor, en concordancia con el salario pactado. En cuanto a la condición de salud de la demandante, señaló que no le consta y que debería ser probada en juicio. Para finalizar, en lo atinente al despido sin justa causa, aclaró que a la demandante le fue cancelada suma correspondiente a indemnización del art. 64 del C.S.T.

Propuso como excepciones «improcedencia de la estabilidad laboral reforzada y de la improcedencia del reintegro laboral», «terminación del contrato de trabajo, amparado en la legalidad», «exclusión de factor salarial y/o sueldo», «libertad de contratación y autonomía de la voluntad» y «pago total de las obligaciones» (fls. 347 a 363).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 22 de julio de 2020, decidió declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo en aplicación del art. 26 de la Ley 361 de 1997, y ordenó el reintegro de la demandante al mismo cargo que desempeñaba para la fecha 20 de septiembre de 2016; de la misma manera, condenó al pago de \$43.500.000 por concepto de indemnización de 180 días, contemplada en la Ley 361 de 1997, al encontrar que la demandante es sujeto de especial protección por encontrarse en estado de debilidad manifiesta por su estado de salud, del cual tenía conocimiento su empleador, de acuerdo a las pruebas aportadas al plenario. En cuanto a los factores salariales, determinó que los bonos sodexo pass, al no estar excluidos del salario de manera específica y como lo indica la norma, esto es en calidad de bono de alimentación, y de acuerdo con los arts. 127 y 128 constituía factor salarial, determinando la suma real de salario en cuantía de \$7.230.000; asimismo, en cuanto a las sumas recibidas por concepto de contrato de arriendo de vehículo de propiedad de la demandante, el Juzgado determinó que no constituía factor salarial al encontrar que este se encontraba excluido de acuerdo a lo preceptuado por el art. 128 del C.S.T. Por último, condenó en costas a la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$5.000.000, por haber sido vencida en juicio.

APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación parcial, únicamente en lo atinente al contrato de arrendamiento de vehículo como factor

salarial, manifestando que dicha figura burla las prestaciones sociales y los derechos laborales de la trabajadora. Asimismo, señaló que debe tenerse en cuenta que la empresa demandada nunca recibió el vehículo en el que supuestamente se movilizaba la demandante, pues de acuerdo al testimonio del señor Víctor Hugo Fajardo Vargas, quien utilizaba el automotor era él, y además señaló a partir de qué fecha usaba dicho vehículo. Aunado a lo anterior, señaló que el representante legal en su interrogatorio, habría confesado que la empresa adquirió un carro último modelo marca Ford, que era en efecto, en el que se movilizaba la señora FAJARDO VARGAS, lo que indica que el valor del contrato de arrendamiento no correspondía a gastos de desplazamiento como lo indicó la Juez de primera instancia. Para finalizar, afirmó que otro indicio de que el mentado contrato no habría nacido a la vida jurídica y que en realidad dichos pagos eran constitutivos de salario, es que el valor comercial del vehículo, era mucho menor en relación con el supuesto contrato de arrendamiento, y que además se encuentra probado que el valor del contrato aumentaba conforme aumentaba el salario de la demandante.

Por su parte, el apoderado judicial de la Sociedad LARKIN LTDA interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia proferida en su totalidad. Para fundamentar su apelación, señaló que en cuanto al reintegro y a la condena de indemnización de 180 días de la Ley 361 de 1997, existe una carencia absoluta de discapacidad por parte de la demandante, ya que a la fecha de finalización del contrato de trabajo no se encontraba calificada, y además podía desempeñar sus funciones, sin encontrarse excluida del mercado laboral. Acorde con lo anterior, señaló que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que para encontrarse cobijada por la estabilidad laboral reforzada, la demandante debía tener una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, lo que no corresponde al presente caso, pues esta no contaba con calificación de médicos, ni de EPS, ni de la Junta de Calificación. Agregó, que al despido de la trabajadora se le canceló indemnización por despido sin justa causa, dejando ver la buena fe de la empresa. En lo concerniente a los salarios, señaló que sí existe pacto de exclusión salarial sobre los bonos sodexo pass (auxilio de alimentación), y que estos nunca fueron pagados en efectivo sino en bonos; además afirmó que fue la misma trabajadora quien autorizó sus propios pagos y que conociendo su contrato laboral, nunca evidencio ningún tipo de inconformismo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de

la Seguridad Social, el apoderado de la demandada presentó los siguientes alegatos de conclusión:

En síntesis, manifestó que la sentencia de primera instancia se encuentra alejada de manera considerable del pensamiento de la Corte Suprema de Justicia, al declarar la señora Juez, sin encontrarse probado, la ineficacia de la ruptura del contrato de trabajo bajo la premisa de una limitación física por parte de la señora Aura Patricia Fajardo. Igualmente, en lo atinente a los bonos sodexo pass, reiteró que no eran constitutivos de salario, en atención a que las partes pactaron como remuneración la figura jurídica de flexibilización salarial.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación, en primer lugar, determinar si los valores cancelados a la demandante, denominados “Bonos sodexo pass” y los recibidos por contrato de arrendamiento de vehículo, constituyen factor salarial. Por último, determinar si la aquí demandante es beneficiaria de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al momento de la terminación de su contrato de trabajo, y como consecuencia, si hay lugar a su reintegro y al pago de la indemnización contemplada en esta ley.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2013 y el 20 de septiembre de 2016, como así se evidencia del contenido del contrato en comento visible a folios 6-9, la copia de la carta de terminación del contrato emitida por la empresa según folio 21, así como la liquidación del mismo (fls. 23).

Por otra parte, tampoco es objeto de controversia que en el transcurso de la relación laboral, la demandante ostentó el cargo de Subgerente, pues así se desprende de los documentos antes referidos y de los testimonios e interrogatorios de parte practicados, así como que la actora a la finalización del vínculo contractual terminó devengando como salario básico la suma de \$5.913.000 según se aprecia de la certificación salarial y liquidación (fls. 19 y 23), y que además recibía la suma de \$1.337.000 en bonos sodexo pass y \$4.564.000 por concepto de arriendo de vehículo propiedad de la demandante (fls. 10-11 y 13-20).

Los artículos 127 y 128 del C.S.T., definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ, ha señalado en las sentencias radicadas con los números 84485 del 14 de octubre de 2020 (SL4342-2020) y 68303 del 14 de noviembre de 2018 (SL5159 de 2018), estimó lo siguiente:

“Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.

Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.

Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

De acuerdo al estudio desplegado en sede extraordinaria se concluye que la prima extralegal acá denominada «PNO CONST. SAL» constituye salario ante la ausencia de pacto expreso, sumado a la imposibilidad de establecer su finalidad, de modo que

debe seguirse la regla general que pregona que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales.

Aquí, conviene recordar que es al empleador a quien corresponde demostrar la destinación específica de cada pago, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida, carga que acá no se verificó (CSJ SL5159-2018 y CSJ SL12220-2017)."

A juicio de la aludida Corporación, no obstante dicha facultad, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del C.S.T. para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen salario (Ver entre otras, la sentencia CSJ SL1798-2018 de 16 de may. 2018, rad. 63988).

Descendiendo al caso que nos ocupa y como ya se refirió en el problema jurídico referenciado con anterioridad, la sinopsis del caso se circunscribe a establecer si los denominados Bonos sodexo pass y las sumas recibidas por concepto de arrendamiento de vehículo, son constitutivas de salario. Al respecto, se observa que a folios 10-11, yace contrato de arrendamiento del vehículo BJH 713, suscrito entre el Señor JUAN MANUEL NIÑO BARRIOS quien ostenta la calidad de Gerente de Larkin Ltda. y la aquí demandante AURA PATRICIA FAJARDO VARGAS, mediante el cual estableció un valor a pagar de \$3.870.000 para el año 2013, por arriendo del automóvil Daewoo Modelo Cielo BX, color Gris centella.

Por otra parte, de la celebración del contrato de trabajo entre las partes (fls. 6-9), y en su contenido se suscribió la cláusula quinta bajo las siguientes condiciones:

«EXCLUSIÓN SALARIAL: Las partes acuerdan expresamente que las sumas de dinero que el empleador entregue al trabajador a título de reintegro de gastos de movilización o desplazamiento, auxilios de habitación y alimentación no constituyen salario de ningún tipo y se realiza por mera liberalidad del empleador, con la

finalidad de que con los mismos se pueda dar cumplimiento de las funciones asignadas».

Con base en lo expuesto, es claro que la aquí demandada dentro de su reglamentación interna ha sostenido que los montos recibidos por contrato de arriendo de automotor (gastos de movilización o desplazamiento) y bonos sodexo pass (auxilio de alimentación) no constituyen salario, sin que ello quiera decir que tal disposición deba ser avalada como tal al presente asunto sin una previa ponderación probatoria que así lo determine, según lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias reseñadas en antelación.

Para el efecto y de conformidad con las reglas de la sana critica en los términos y con el alcance previsto en el artículo 61 del CPL, de las documentales que reposan dentro del plenario, más exactamente las allegadas por ambas partes y que refieren a los certificados de salarios expedidos por LARKIN S.A. (fls. 13-20), se evidencia que a la demandante en el transcurso de la relación laboral, la cual fue por el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2013 y 20 de septiembre de 2016, se le mantuvo pagos constantes en bonos sodexo pass y recibía mensualmente los valores correspondientes a pago de arriendo de vehículo, los cuales como se observa en la documental mencionada, aumentaban en igual proporción en la que aumentaba el salario de la demandante.

Es así que del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada Señor Julio Rodríguez, éste manifestó en cuanto al contrato de arriendo de vehículo de propiedad de la demandante, que se trataba de un requerimiento de la compañía para contratar a sus empleados, toda vez que los funcionarios debían contar con carro para proceder a su arriendo y así pudieran dar cumplimiento a las labores que les asignara la empresa. Igualmente manifestó que al ser el carro de la demandante un carro modelo 1996, no era aceptado por la compañía por ser demasiado antiguo, y que por esta razón prestó su nombre y crédito a fin de que la actora comprará un vehículo nuevo, el cual fue un Ford de placas HJK808, que en efecto era el vehículo en el que se movilizaba la Sra. FAJARDO VARGAS.

Por su parte, el testigo Guillermo Bayona Restrepo – Revisor Fiscal de la demandada, traído a instancia de la parte demandada, manifestó de igual manera que dentro de la empresa manejaban una forma de salario denominada compensación flexible, razón por la cual a los gerentes y a la parte comercial, se les exigía tener carro para poder realizar sobre este el mentado contrato de arrendamiento.

Por último, del interrogatorio de parte surtido a la demandante señora Aura Patricia Fajardo Vargas, se desprende que en efecto para suscribir su contrato laboral, debió allegar la tarjeta de propiedad de vehículo, y así poder cumplir con el requisito consistente en un contrato de arrendamiento de automotor. Asimismo, señaló que no necesitaba que le cancelaran gastos de movilización ya que su cargo no requería desplazamiento, y que cuando debía desplazarse a otros lugares, lo hacía fuera del país y por lo tanto viajaba en avión; además agregó que en ocasiones cuando viajaba y debía tomar transporte, la empresa le retornaba el dinero en viáticos o le generaba un anticipo para costear estos gastos.

Ahora bien, en lo atinente a los pagos de bonos sodexo pass, encuentra la Sala que no hay mayor información, más que las certificaciones expedidas por la empresa, que dan cuenta que la actora recibió de manera mensual los siguientes valores: \$1.184.000 mensuales para el año 2015 y \$1.337.000 para el año 2016.

En conclusión, encuentra esta Corporación que la decisión adoptada por la Jueza a quo en lo atinente a los pagos recibidos por concepto de arrendamiento de vehículo, habrá de ser revocada, y en lo referente a los bonos sodexo pass como auxilio de alimentación, será confirmada. Lo anterior, como quiera que se logra evidenciar que los pagos eran emolumentos que retribuían de manera directa la actividad laboral, y al no mediar pacto de exclusión salarial conforme lo ordena la norma, esto es de manera expresa y sin asomo de duda respecto de la destinación específica de estos, serán considerados salario.

De manera específica, la Sala se refiere al contrato de arrendamiento, y recalca que en virtud del principio de la realidad sobre las formas, y en atención a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia traída a colación, no interesa la denominación que se le dé a los pagos recibidos, ni si se hizo uso de una herramienta legal para acordar un pago extrasalarial, que a todas luces resulta constitutivo de salario, ya que lo que interesa es la verdadera destinación de estas sumas. Es lo que también aquí ocurre con los bonos sodexo pass, ya que se logró establecer que aunque se le llamaba auxilio de alimentación, esto no fue pactado de manera expresa en el contrato de trabajo ni en algún Otro Si allegado al plenario, y en la única parte donde se observa que se menciona que no eran constitutivos de salario, es en las certificaciones laborales, lo cual obviamente no corresponde a un acuerdo entre las partes, que goce de aceptación y que haya sido consensuado previo a su imposición.

Aunado a lo anterior, no es de recibo para esta Sala, las exigencias de la empresa demandada para con sus futuros empleados, al establecer que debían contar con un vehículo, a fin de suscribir contrato de arriendo, supeditando y condicionando el vínculo laboral, y enmascarando los valores recibidos por sus empleados en los denominados “Contrato de Arrendamiento” o “Auxilio de Movilidad o Rodamiento”, que de una simple operación matemática, se logra ver que supera ostensiblemente el 40% del valor permitido por Ley, para ser excluido de salario.

Es por lo que se puede concluir que los valores recibidos por la demandante por contrato de arrendamiento de su propio vehículo y el valor de los bonos recibidos como sodexo pass, son constitutivos de salario de acuerdo a lo previsto en los arts. 127 y 128 del C.S.T., y a lo reiterado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, razón por la que habrá de procederse como ya se mencionó arriba, esto es, a revocar el no reconocimiento de las sumas de dinero percibidas como pago de contrato de arrendamiento, dado su carácter de factor salarial, y a confirmar todo lo concerniente a los bonos sodexo pass como parte del salario, estableciendo la suma real de salario de la señora AURA PATRICIA FAJARDO VARGAS, en cuantía de \$11.814.000.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al mes de septiembre de 2016 (fl.21).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde

su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas al caso concreto, considera esta Sala de Decisión que toda persona que considere encontrarse bajo el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y solicite su aplicación, ya no debe acreditar que se encuentra dentro del porcentaje de una limitación calificada siquiera como moderada, por lo que solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el

estado de salud de la trabajador y el despido o la desvinculación laboral de que fue objeto y, que el empleador conociera previamente de dicha limitación.

Conforme a lo anterior, es claro para la corporación que la demandante debe acreditar que hay una limitación o afectación en su estado de salud para ejercer la labor que venía ejecutando normalmente, y que el empleador conocía de ella previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar la protección de la Ley 361 de 1997, lo cual es consecuente con la fuerza vinculante de las sentencias de exequibillidad de la Corte Constitucional sobre el ámbito de aplicación de la norma que se invoca y la sentencia de unificación mencionada.

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión, el debate del asunto se centra en establecer, si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, la actora AURA PATRICIA FAJARDO VARGAS se encontraba en estado de limitación física que le impidiera sustancialmente el desempeño regular de la labor; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que la demandada el día 20 de septiembre de 2016, entregó a la demandante misiva en la cual se le informaba sobre la terminación de su contrato laboral a partir de esa fecha, y con lugar a pago de la indemnización por despido sin justa causa (fl. 21), lo que permite concluir que desde la calenda citada hacía atrás se debe establecer si la actora contaba con algún tipo de discapacidad o disminución en su estado de salud o tratamiento alguno en virtud de la misma que lleve a inferir que su estado de salud pudo dar lugar a la terminación de contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez revisada la documental aportada a folios 51-71, es claro que la demandante desde el año 2015, venía presentando fuertes dolores y afecciones en la cadera derecha, y que previo a la entrega de la carta de finalización de su contrato de trabajo, se encontraba ad portas de ser sometida a cirugía de artroscopia de cadera, la cual de acuerdo a lo manifestado por su médico tratante Diego José Márquez Cifuentes, quien sirvió como testigo, fue ordenada después de realizar tratamientos y terapias de manejo de dolor por varios meses. Aunado a lo anterior, de los correos electrónicos allegados como pruebas al proceso por ambas partes (fls. 30-95 y 336-346), se pudo establecer que su empleador conocía los tratamientos a los que se sometió y además conocía de la cirugía que estaba esperando y para la que faltaban pocos días al momento en que fue despedida.

En ese orden de ideas, del anterior barrido probatorio, se palpa con meridiana claridad, que la demandada siempre tuvo conocimiento del deficitario previo estado de salud de la actora, por lo cual considera esta Sala de Decisión que no podía ser

despedida o terminado su contrato sino con previa autorización del Ministerio del Trabajo; pues el empleador aquí demandado tuvo conocimiento del estado de limitación física que soportaba la demandante al momento de terminar el contrato de trabajo el 20 de septiembre de 2016.

Así las cosas, concluye diáfanaamente la Corporación que la entidad demandada no logró probar una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo de la demandante, con lo que la presunción a su favor queda confirmada en la medida que se acredita el nexo causal entre el previo estado de salud deficitario de la demandante que era de conocimiento de la empleadora y la terminación del vínculo laboral, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta lo señalado en cuanto a los factores salariales previamente estudiados, esta Sala modificará el valor determinado por la primera instancia, para la indemnización de 180 días de que trata el art. 26 de la Ley 316 de 1997, tomando como salario la suma de \$11.814.000, y arrojando la suma de la indemnización la suma de \$70.884.000.

Por lo expuesto, se revocará el numeral sexto de la sentencia apelada, y se modificarán los numerales segundo y tercero de dicha providencia, de acuerdo a las razones antes expuestas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal sexto de la sentencia apelada, para en su lugar DECLARAR que los valores recibidos por concepto de contrato de arrendamiento de vehículo y bonos sodexo pass, constituyen factor salarial, conforme lo motivado.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de ORDENAR a la sociedad demandada LARKIN LTDA. reintegrar a la demandante AURA PATRICIA FAJARDO VARGAS, identificada con la C.C. 51.896.343, al cargo que desempeñaba o a uno superior, a partir del momento de la terminación del contrato de trabajo, es decir, del día 20 de septiembre de 2016, tomando como base salarial la suma de ONCE MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL PESOS (11'814.000), de conformidad con las razones expuestas.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de CONDENAR a la demandada LARKIN LTDA pagar en favor de la demandante AURA

PATRICIA FAJARDO VARGAS, la indemnización prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, correspondiente a 180 días de salario, la cual arroja la suma de SETENTA MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$70'884.000), de acuerdo a lo previamente expresado.

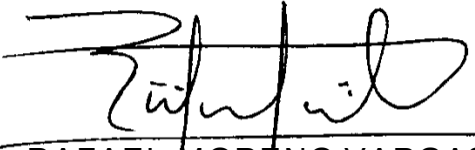
CUATRO: CONDENAR a la demandada LARKIN LTDA pagar a la señora AURA PATRICIA FAJARDO VARGAS, las sumas que correspondan al devengo desde el momento en que fue despedida, hasta el momento en que se efectúe su reintegro, tales como salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos laborales a que haya lugar, y los correspondientes aportes a seguridad social, teniendo en cuenta que el salario real devengado por la demandante es de ONCE MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL PESOS (11'814.000).

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

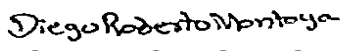
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ
GAVIRIA contra PROTELA S.A. Rad. 110013105-027-2015-00916-02.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ GAVIRIA instauró demanda ordinaria en contra de la EMPRESA PROTELA S.A., con la finalidad de que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido entre el 05 de septiembre de 1974 al 20 de diciembre de 1989; en consecuencia, se condene a pagar al demandado las sumas adeudadas por concepto de cesantías e intereses de las mismas, aportes de la seguridad social integral en salud y pensión, compensación en dinero de las vacaciones, indemnización por despido sin justa causa. Igualmente, se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, desde el periodo comprendido entre el 07 de diciembre del 2000 y el 20 de diciembre del 2013. Se declare que el empleador dio por terminado el contrato unilateralmente y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de los excedentes de los salarios dejados de cancelar, los salarios insolutos, las cesantías e intereses de las mismas, prima de servicios, aportes a seguridad social integral en salud y pensión, la compensación en dinero de las vacaciones, el pago de las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos no remunerados, la indemnización por despido sin justa causa. De otro lado, se condene al reintegro del valor de los montos que se descontaron sin autorización del

demandante por concepto de arriendo simulado; así mismo, conforme a lo probado, se condene a lo ultra y extra petita y al pago de los gastos y costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que tuvo un primer vínculo laboral a término indefinido, desde el 05 de septiembre de 1974 hasta el 31 de diciembre de 1989. El trabajo se realizó de manera personal y subordinada bajo el cargo de logístico de ventas y cuyas funciones eran varias, también fungió como jefe de depósitos y determinados despachos, visitas a clientes y depósitos de telas. Su jornada laboral era de lunes a viernes de 7:00 am a 5:30 pm y en algunas oportunidades hasta las 7:00 pm y los sábados de 7:30 am a 12:30 pm, una vez al mes. El salario devengado para el año de 1974 era de 5.000 pesos pagados mensualmente, integrado por un salario base más el 25% por concepto de comisión sobre las ventas. Para los posteriores años el salario mensual tuvo incrementos, sin embargo el 25% adicional por concepto de comisión sobre las ventas, fue igual para todos los años siguientes. De esta manera, el salario para el año 1976 fue de 7.000 pesos, para el año de 1977 fue de 8.000 pesos; para el año de 1978 fue de 500.000 pesos; para el año de 1979 fue de 1.500.000 pesos; para el año de 1980 fue de 2.500.000 pesos. Posteriormente, desde el año de 1981 hasta 1984 el salario mensual tuvo un incremento de 500.000 pesos cada año y el año de 1985 mantuvo el mismo salario del año 1984. Luego, desde el año 1986 volvió a incrementar el salario por un valor de 500.000 hasta el año de 1989. El 31 de julio de 1981, fue requerido por el gerente general de la empresa, exigiéndole firmar carta de renuncia, ordenándole también constituir una empresa con el nombre de RODIMOLA, para disfrazar la realidad laboral ya que sus ingresos estaban incrementando, aumentando los costos de prestaciones sociales que eran retroactivos, así como el pago de pensiones y que, de no hacerlo, sería despedido. Pese lo anterior, desde el 31 de julio de 1981 siguió laborando bajo las mismas condiciones inicialmente pactadas sin solución de continuidad, hasta diciembre de 1989 por su renuncia. De esta primera relación laboral, asegura, no le pagaron aportes a pensiones y salud, cesantías, intereses de cesantías, la compensación en dinero de vacaciones, ni primas con ocasión al aumento de sus ingresos, todo lo anterior desde 1981 hasta el 31 de diciembre de 1989. Si bien, la demandada le pagó el valor de los salarios en depósitos a la sociedad constituida por el demandante, no obstante, no existió solución de continuidad desde el 05 de septiembre de 1974 y se continuó con la relación de subordinación desde mayo de 1981 en adelante. Por los argumentos expuestos, observó la mala fe del empleador ya que ignoró sus derechos laborales constituyendo figuras jurídicas para desconocer una realidad laboral. Aunado lo anterior, el señor CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ GAVIRIA celebró contrato de trabajo con PROTELA, el 13 de enero de 1997, para prestar sus servicios en los países de Ecuador, Perú y Bolivia, labor para la cual el empleador le instaló una oficina en la ciudad de Quito Ecuador.

Posteriormente, el 01 de diciembre del 2000 firmó nuevo contrato laboral, hasta el 20 de diciembre del 2013, el cual ejecutó de forma personal, subordinada y con remuneración; cuyas funciones fueron varias, alguna de ellas fue la de definir los sitios de entrega de la mercancía ya sea en frontera terrestre en Ipiales o marítima en Perú y Bolivia. Sin embargo, para finales de noviembre y principios de enero del 2000, se le dio la orden de renunciar a su contrato laboral, para suscribir uno comercial y seguir trabajando para PROTELA, pero bajo las mismas condiciones que se iniciaron en el año de 1997 y años subsiguientes; para esto, es llamado hacer una conciliación, donde se acordó como tal la suma de \$36.490.000 que ya fue cancelada. Que el 13 de diciembre del año 2000, se le informa que le deben hacer un reajuste por concepto de retención en la fuente, sobre la suma objeto de conciliación y además de otros reajustes, anulando así el cheque dado en Conciliación y entregándole otro por un valor inferior. Para el mismo año y con motivo de la orden dada de renuncia, el empleador empezó a crear una figura bajo el nombre de corretaje comercial, el cual se lo hacen suscribir el 01 de febrero de 2001; no obstante la firma, continuó con su labor subordinada, cumpliendo el horario y con remuneración desde el 07 de diciembre del año 2000, hasta el 20 de diciembre de 2013, fecha en que el empleador termina unilateralmente el contrato y sin justa causa, igualmente el 02 de mayo de 2005 da por terminado el supuesto contrato de corretaje comercial. Así mismo, le exigen firmar un nuevo contrato de corretaje el 25 de julio de 2005, para el cual se constituye otra empresa jurídica denominada «RODRIGUEZ MOLANO Y CIA LTDA», con la cual se seguiría simulando la realidad laboral. Sin embargo, era PROTELA era quien designaba las ciudades para las cuales el demandante desempeñaría su labor, mediante diversas funciones, siendo específica la de director de ventas de ropa exterior. En cuanto al salario, este tuvo variaciones desde el año 2000 hasta el 2013; donde el pago del salario se dio de manera habitual, no existió solución de continuidad frente a la subordinación y pago del sueldo. De otro lado se le adeudan las sumas por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud; excedentes de salarios dejados de cancelar; salarios insolutos; cesantías e intereses de las mismas; prima de servicios; compensación en dinero de vacaciones; pago de las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos no remunerados; indemnización moratoria. Los valores anteriormente mencionados fueron causados desde el 07 de diciembre del año 2000 hasta el 20 de diciembre del año 2013. Adicionalmente, ambas partes pactaron una comisión del 5% del valor de las ventas facturadas y pagadas, más todas las prestaciones de ley pero sin prestaciones sociales y gastos de correría y cuya comisión fue disminuida unilateralmente al 2,5%; que el empleador le suministró los elementos e infraestructura necesaria para el desempeño de sus funciones en los países señalados. Agregó, haber sido premiado como el mejor vendedor de PROTELA. Que la oficina de Bogotá donde el demandante prestaba sus servicios, estaba dotada de muebles y era PROTELA quien asumía los

pagos de servicios y gastos de teléfono. De igual manera, durante los años 2011 y 2012, se le redujo el ingreso constituyéndose salarios insolutos (fls.1 a 27).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada PROTELA S.A. contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, advirtiendo la ausencia del vínculo contractual, pues no puede vincularse al proceso y atribuir situaciones que no corresponden a la realidad, aprovechándose de las relaciones comerciales que tuvo con la demandada, solicitando condenas por conceptos que nunca se han causado. Por lo anterior, argumentó que el contrato de trabajo con fecha del 05 de septiembre de 1974 y hasta el 31 de mayo de 1981, se terminó por renuncia voluntaria del trabajador y fue liquidado sin reclamación alguna. El vínculo laboral aludido entre la partes del 01 de junio de 1981 al 31 de diciembre de 1989, resulta inexistente pues no hubo ninguna prestación por parte del demandante y por ende no hubo subordinación ni pago de remuneración alguna. Efectivamente durante el periodo comprendido entre el 05 de septiembre de 1974 hasta el 31 de mayo de 1981 hubo una prestación de servicios subordinada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, donde se le cancelaron los salarios, los aportes a seguridad social en salud y pensión y las prestaciones sociales aludidas como adeudadas; además, para la terminación del contrato por parte del empleado se le canceló la liquidación sin algún tipo de reclamo por parte de él. Que siendo inexistente el contrato laboral aducido, no hubo subordinación alguna desde el 01 de junio de 1981 y el 31 de diciembre de 1989, no hubo remuneración alguna y por ende no existió la obligación de la demandada a pagar aportes al sistema de seguridad social integral, ni tampoco indemnización por despido sin justa causa ya que tal vínculo nunca existió; de otro lado, la jornada laboral de la parte actora fue de lunes a viernes de 8:00am a 5:30pm y por las razones anteriormente expuestas. Agrego que, en caso de cualquier reclamación respecto de estas pretensiones ya están prescritas.

En cuanto a la vigencia de un segundo contrato laboral, comprendido entre el 07 de diciembre del año 2000 hasta el 20 de diciembre del año 2013, argumentó con rotunda oposición que ese vínculo nunca existió, contrario a lo que afirmó la mala fe el actor ya que nunca hubo ningún acto de subordinación ni dependencia, tampoco se canceló salario, ni ningún concepto laboral, por lo que no existe ninguna prueba fáctica o jurídica para declarar la existencia de un contrato laboral a término indefinido. De otro lado, el contrato de arriendo comercial, se ejecutó en legal forma, sin que jamás se hubiere reclamado como simulado; no obstante, sin reconocer derecho alguno, precisó que esta pretensión debía elevarse ante un Juez Civil y no Laboral. Propuso como excepciones previas, las de «Cosa Juzgada», «Prescripción», y como perentorias, las de «Inexistencia de las Obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de

PROTELA S.A.», «cobro de lo no debido», «buena fe de la demandada», «mala fe del demandante», «compensación» y «genérica» (fls. 882 a 925).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 01 de septiembre de 2020, declaró que entre las partes existieron cuatro contratos de trabajo a término indefinido que estuvieron vigentes desde el 05 de septiembre de 1974 hasta el 31 de mayo de 1981, del 20 de diciembre de 1996 hasta el 30 de noviembre del 2000, desde el 01 de febrero de 2001 hasta el 30 de mayo de 2005 y desde el 25 de julio de 2005 hasta el 20 de diciembre de 2013. Por otro lado, condenó a PROTELA S.A. a pagar al señor CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ GAVIRIA las sumas de \$91.556.820 por concepto de cesantías, \$5.634.999 por concepto de intereses de cesantías, \$18.423.187 por concepto de prima de servicios, \$17.438.924 por concepto de vacaciones y la suma de \$58.443.286 por concepto de indemnización por despido sin justa causa. Igualmente condenó a PROTELA S.A. a pagar la suma de \$136.026.980 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías; también la condenó al pago de los aportes a seguridad social en pensiones del demandante, comprendidos entre el 01 de febrero de 2001 y el 30 de mayo de 2005 y entre el 25 de julio de 2005 al 20 de diciembre de 2013, en la proporción que corresponda pagar al empleador; así mismo, la condenó a pagar la suma de \$321.112.872 por concepto de indemnización moratoria y a partir del 22 de diciembre del 2015, los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera, hasta que se efectúe el pago. De otro lado, declaró como parcialmente probada la excepción de prescripción y como no probadas todas las demás incoadas por la demandada. Por último, condenó en costas a la demandada y a favor del demandante por un valor de \$30.000.000 como agencias en derecho y se negaron las demás pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que conforme al material probatorio aportado, entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, vigentes del 05 de septiembre de 1974 y el 31 de mayo de 1981 y entre el 20 de diciembre de 1996 y el 30 de noviembre de 2000, por medio de los cuales el actor se desempeñó como Secretario del Departamento de Ventas y Vendedor, los cuales fueron terminados unilateralmente por decisión del actor, liquidados por la demandada. Frente al periodo comprendido entre 01 de junio de 1981 y el 31 de diciembre de 1989 el actor no demostró la prestación personal del servicio. En cuanto a la pretensión del demandante de declarar la existencia de un contrato laboral entre el periodo de 01 de diciembre del 2000 y el 20 de diciembre del 2013, encontró probado que las partes suscribieron un contrato de corretaje el 01 de febrero de 2001 cual estuvo vigente hasta el 31 de mayo de 2005, que finalizó por decisión de la empresa, posteriormente el 25 de

julio de 2005, el demandante en calidad de representante legal la sociedad Rodríguez Molano y Cía., celebró contrato de intermediación comercial o de corretaje con la demandada, que finalizó el 20 de diciembre del 2013 por decisión de PROTELA. Por esto y en razón a los términos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó que mediante los contratos de corretaje demuestran la prestación personal del demandante y a favor de la demandada, precisando que si bien el segundo de ellos, fue firmado entre PROTELA y la sociedad «RODRIGUEZ MOLANO Y CIA LTDA», lo cierta era que dicha compañía había sido constituida por el mismo demandante al día siguiente de haber finalizado el contrato de corretaje como persona natural, manteniéndose las mismas cláusulas y pactadas en el primer contrato de corretaje, pero era el demandante quien debía rendir informes. En consecuencia, operaba en favor del demandante la presunción que la prestación fue subordinada y correspondiendo a la demandada desvirtuarla, sin embargo, no se presentó ninguna prueba para ello, por el contrario, las pruebas aportadas concluían que sí existió un vínculo subordinado, bastando leer las funciones o principales responsabilidades de mercadeo. Así las cosas, no era permisible que los contratos de corretaje suscritos, se hayan impuesto una serie de obligaciones que desdibujaron la independencia que debía tener el actor, como lo es la condición que una vez el corredor haya cumplido con sus labores de intermediario termina su labor, que para el presente caso no se cumplió. Igualmente, encontró probado que conforme a los correos electrónicos, que encontró válidos en razón del peritazgo efectuado sobre los mismos, varios funcionarios de PROTELA requerían al demandante para el cumplimiento de diversas gestiones con el fin de dar por satisfechas la entrega de las telas, o hiciera lo posible para el pago de las misma. Adicionalmente, encontró que, dentro del contrato de corretaje, los honorarios se causan una vez el corredor haya encontrado a las partes, lo cual tampoco se vio en el presente caso, desvirtuando una vez más la definición del contrato corretaje, por el contrario, se condicionó la comisión la concreción del contrato entre el vendedor y comprador, lo que obligó al demandante aceptar el contrato de corretaje. En tal medida, precisó que no era dable celebrar este tipo de contratos con vocación de permanencia para suplir funciones de personal de planta, pues conforme a lo dicho por el representante legal de la demandada en esta había personas que cumplían las mismas funciones.

Establecido lo anterior, indicó con relación a las pretensiones derivadas de las relaciones laborales, que, frente al contrato de trabajo del 05 de septiembre de 1974 al 31 de mayo de 1981, no se concedían toda vez que el demandado acreditó haber pagado los aportes a seguridad social en pensiones a favor del demandante. De otra parte, el demandante no solicitó el pago de ninguna acreencia laboral para el segundo periodo de trabajo que estuvo vigente desde el 20 de diciembre de 1996 y el 30 de diciembre del

año 2000. Respecto al tercer y cuarto contrato, indicó con relación a la excepción de prescripción, que la demanda fue presentada 3 años después de la terminación del vínculo contractual, estando prescritos los derechos laborales surgidos y reclamados en el proceso, a excepción de los aportes al sistema general en pensiones, toda vez que son imprescriptibles. Por otro lado, el último contrato que inició el 25 de julio de 2005 al 20 de diciembre de 2013 y que la demanda se había presentado el 29 de octubre de 2015 se encuentran igualmente prescritos los derechos laborales causados con anterioridad al 28 de octubre de 2012, sin que operasen frente al auxilio de cesantías y las vacaciones al año 2011. Como quiera que la demandada no demostró el pago de las acreencias pedidas por el demandante, se condenó a su pago teniendo en cuenta para su cálculo el promedio anual de los salarios y los comprobantes de pago allegados al proceso. No se condenó a la demandada por los excedentes de salarios toda por no contarse con elementos de juicio para determinar los valores que se generaron a favor de PROTELA con ocasión a la labor efectuada por el demandante, como comisiones.

De otro lado, condenó a PROTELA al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones para la administradora a la cual se encuentre afiliado el demandante, entre el periodo comprendido del 01 de febrero de 2001 y el 30 de mayo de 2005 y el 25 de julio de 2005 al 20 de diciembre de 2013, en la proporción que correspondía pagarle al demandante calculado sobre los salarios que encontró probados. De otro lado, no se condenó al pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, toda vez que el contrato de trabajo ya había finalizó y no pueden cobrarse de manera retroactiva; respecto al salario suplementario, no se demostró que el trabajador hubiese laborado en horas nocturnas ni en una jornada superior a la máxima legal. Frente a la indemnización por despido sin justa causa, indicó que la demandada dio por terminado de manera unilateral del contrato de trabajo y sin justa causa, por lo que halló procedente su pago. En lo que refiere a la sanción por no consignación de las cesantías, así como a la contemplada en el artículo 65 del CST, precisó que al proceso no se arrió prueba alguna de razones atendibles ni justificables para no consignar ni pagar los salarios y prestaciones, hallando procedente su pago. Por otro lado, no se condenó a pago por concepto de devolución de montos por concepto de arriendo simulado pues esta es una cuestión de naturaleza civil.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandada apeló la decisión, considerando que no existieron cuatro contratos de trabajo entre las partes, ya que los contratos de corretaje están con todos los requisitos y en la realidad se desarrollaron como está preceptuado por la legislación comercial, que las instrucciones que se dan en un contrato comercial a veces tienden a confundirse con un contrato de

trabajo, por lo cual la Jurisprudencia se ha pronunciado en torno al principio de la primacía de la realidad, arguyendo que debe aplicarse con mucho cuidado, deben darse situaciones que conlleven a la existencia de un contrato de trabajo realidad, pues no basta solo con probarse la prestación de un servicio o que se dio una remuneración, sino que debe hacerse un análisis de las presuntas ordenes en cuanto a tiempo, modo de trabajo y sometimiento a reglamentos, circunstancias que no estuvieron presentes en el caso, además el demandante no presentó en ningún momento alguna reclamación, ni tampoco se presentaron los elementos de un contrato de trabajo. Respecto a la subordinación, mediante Jurisprudencia se ha mencionado que esta no procede de manera automática sino que por el contrario debe darse desde el inicio del vínculo entre los contratantes una prestación de servicios dentro de los establecimientos del beneficiario de los mismos, pues tales situaciones no solo pertenecen al contrato de trabajo. Respecto a los correos mencionados por la señora Juez, se consideró que por la misma naturaleza del contrato de corretaje, se presentaban instrucciones específicas que deben ser valoradas de manera contextualizada para cada caso, ya que estas no representan un vínculo de dependencia y no se puede entonces concluir que hubo una relación de subordinación o una relación de trabajo. Frente a los cálculos y valores impuestos a la demandada derivados del contrato de corretaje no deben acarrear a la demandada. Por otro lado, los dictámenes periciales que se tomaron en cuenta, no respetan las normas procesales, ya que los correos electrónicos aportados con la demanda y estudiados posteriormente por los peritos, no son auténticos pues entre el interrogatorio y el dictamen fueron incongruentes pues los peritos no acreditaron totalmente la idoneidad de los dictámenes, verbigracia, uno de ellos, Salvador Gómez, aseguró que muchos de los mensajes no pudieron ser abiertos y tampoco aclaró cuales correos se lograron abrir y cuales no; tampoco se mencionó acerca de la autenticidad de los mismos; de esta manera la juez acreditó como auténticos unos correos que no lo son, pues no cumplieron los estándares legales para acreditarlos como prueba pericial y no se puede a partir de estos formular una condena contra la demandada, adicionalmente, estos medios electrónicos deben contar con una firma digital, requisito que tampoco fue tenido en cuenta para aprobar el dictamen pericial, por lo anterior, la decisión no fue precedida de la sana critica. Por último, las condenas impuestas se causaron sobre un contrato que terminó por decisión unilateral del trabajador y cuya indemnización fue realizada y frente a los contratos de corretaje, la empresa se encuentra a paz y salvo pues también la demandada se movió dentro de una relación comercial, además porque el demandante nunca hizo alguna reclamación. Por lo anterior y teniendo en cuenta que la compañía siempre actuó de buena fe no debió aplicarse la sanción moratoria de manera automática, se solicita revocar la sentencia. Igualmente consideró que no se hizo el trámite correspondiente a la prueba de la solicitud de desconocimiento de documentos, no se le hizo trámite legal conforme al

artículo 272 del CGP. Por ello, consideró que el fallo es opuesto a derecho, con análisis probatorio equivocado, además que debe declararse totalmente la prescripción, no de manera parcial, por ello debe revocarse y contrario a la decisión de primera instancia, se condene en costas a la parte demandante.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión. La parte accionada en similares términos a los señalados en la alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia por ser ilegal la declaración de los contratos laborales comprendidos desde el 1° de febrero de 2001 a el 31 de mayo de 2005 y entre el 25 de julio de 2005 hasta el 20 de diciembre de 2013, con las consecuentes condenas impartidas, reiterando la invalidez de los dictámenes periciales practicados. Por su parte, el demandante solicitó se confirme la decisión de primer grado, al haberse demostrado la subordinación laboral.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a las materias objeto de reproche por la demandada, establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo del demandante con la persona jurídica aquí demandada, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, determinando específicamente si la accionada logró desvirtuar la presunción contenida en el art. 24 del CST. De ser afirmativa la relación laboral, se determinará si hay lugar al pago de las sanciones consagradas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

CONSIDERACIONES

Definido como se encuentra que el conflicto jurídico gravita en primer lugar en la existencia o no de una relación de trabajo entre las partes, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos, normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

De conformidad con lo establecido por el artículo 23 del C.S.T., para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la presencia de sus tres elementos estructurales a saber: La prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, durante todo el tiempo de celebración del contrato y un salario como retribución del servicio. Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado y no es objeto de controversia que el demandante estuvo vinculado mediante contratos de trabajo desarrollados entre el 05 de septiembre de 1974 y el 31 de mayo de 1981 y desde el 20 de diciembre de 1996 y el 30 de noviembre de 2.000, sobre los cuales no hay discrepancia sobre su terminación y el pago de las acreencias que de allí surgieron. Por tanto, frente a ese lapso de tiempo nada se dirá en esta instancia.

Con relación al tiempo que es objeto de debate en esta sede judicial, esto es, del 1° de febrero de 2001 al 31 de mayo de 2005 y del 25 de julio de 2005 hasta el 20 de diciembre de 2013, se tiene que el demandante efectivamente prestó su servicios personales a favor de la sociedad demandada bajo la figura de corretaje comercial, tal como se ratifica con las pruebas arrimadas a los autos, en especial el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, los testimonios rendidos, las certificaciones expedidas por PROTELA S.A. de folios 462 a 467, así como el contrato aportado de folio 73 a 75 y 79 a 81, 944 a 946, por ello resulta evidente que la prestación personal del servicio se encuentra acreditada, razón por la cual, tal como se determinó en la decisión de primer grado, se activó la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de conformidad con el artículo 24 del C.S.T., por lo tal motivo, le correspondía a la parte demandada desvirtuarla, lo cual se pasará a estudiar a continuación.

Pues bien, en los términos contractuales pactados, se acreditan los contratos de corretaje comercial, inicialmente suscrito por el actor como persona natural y luego como representante legal de la sociedad Rodríguez Molano y Cía. Ltda., obligándose principalmente a «relacionar a PROTELA con clientes potenciales y/o activos manejados por el CORREDOR para la celebración de negocios de suministro de telas en tejido de punto fabricados por PROTELA, en todas sus líneas... en el territorio de las Repúblicas de Ecuador, Perú, Bolivia y Panamá; para lo cual desarrollará una estrategia de cobertura de ventas de estos productos, en forma exclusiva, entendiéndose esta exclusividad en el sentido de que no podrá ofrecer a ningún título productos de otra marca equivalentes o similares a los de PROTELA», en el segundo de ellos las obligaciones consistían igualmente en «relacionar a PROTELA con clientes potenciales y/o activos manejados por el CORREDOR para la celebración de negocios de suministro de telas en tejido de punto fabricados por PROTELA, en todas sus líneas... en el territorio de las Repúblicas de Chile, Argentina, Perú, Bolivia, Panamá, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Honduras y República Dominicana; para lo cual desarrollará una estrategia de cobertura de ventas de estos productos, en forma exclusiva, entendiéndose esta exclusividad en el sentido de que no podrá ofrecer a ningún título productos de otra marca equivalentes o similares a los de PROTELA», también, en ambos contratos se indicó que no implicaban ningún tipo de relación laboral, sin embargo, como justamente lo que se predica es la declaración de un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, es necesario seguir auscultando el acervo probatorio, con la finalidad de determinar si a pesar de la suscripción del aludido texto contractual, en la realidad material de su ejecución se observaron los elementos configurativos de un contrato de trabajo.

Al efecto, se tiene que además de las aludidas certificaciones y contratos, a folio 1016, se evidencia CD que contiene una serie de correos electrónicos relacionados con captura de pantalla de correo electrónico fechado 14 de octubre de 2016, dirigido a Mario Alfonso Acosta, Director de Tienda, por parte de Diana Dussán Cruz, Senior HR Business Partner, donde se señala que «el Doctor Iván Villamizar trabaja 8 horas» y se recomienda «hacer agenda para el doctor Villamizar mañana». De igual modo, de folios 32 a 55 y 68 a 86, se aportaron capturas de pantalla e impresiones de correos electrónicos relacionadas con la programación semanal de turnos.

De igual manera, se agregaron de folios 185 a 297 certificados de retención en la fuente efectuadas al actor por parte de la demandada y cuentas de cobro por servicios prestados, por parte del actor.

Ahora bien, como prueba testimonial, se llamó a testificar a las siguientes personas:

José Danilo Rozo Hernández, quien manifestó conocer al demandante, por haber laborado en PROTELA, de 1975 a 1976, luego hasta 1989, precisando que el actor se desempeñó como vendedor, pero no le consta lo sucedido posteriormente al no seguir laborando el testigo para la accionada.

Por su parte, Campo Elías Ortiz Barrios, quien fue tachado por la accionada, al haberla demandado previamente. Refirió conocer al demandante por haber trabajado en PROTELA desde 1980 hasta 2009; precisando que el actor desempeñaba la función de vendedor de la empresa, que durante un tiempo se retiró, después se reintegró, siempre como vendedor. Que durante el primer periodo de trabajo del demandante debía acudir todos los días a la empresa para revisar cartera, estar pendiente de los productos que llegaban y hasta alrededor de las 9:00am y a veces volvía en la tarde pues durante el tiempo que se ausentaba se dedicaba a atender los clientes y realizar procedimientos de venta. Que al vendedor y específicamente al demandante mensualmente se hacía la liquidación y le pagaban una comisión cuando se recaudara el valor de la venta con variación de las facturas que se pagaban cada mes por lo que no había una suma fija. Para el primer retiro del demandante, señaló haber sido por decisión del mismo, regresando alrededor del año de 1997 y en adelante desempeñó la función de vendedor internacional, sin conocer detalles específicos de su labor solo que estando en Colombia seguía cumpliendo horario. Informó el testigo que, para la época de la etapa internacional del actor, este siguió cumpliendo cabalmente con su labor y teniendo vacaciones colectivas; pese a los viajes que realizó para visitar a los clientes, seguía teniendo su lugar de trabajo en Colombia; que PROTELA era quien hacía los formularios de solicitud de crédito, referencias comerciales del cliente que además era membretados con PROTELA y los montos que se retiraban para realizar las funciones debían agotar un proceso para retirarlos y debían ser a nombre de la empresa. Refirió que después del reingreso del demandante a PROTELA la frecuencia con que él se veía con el actor al mes era alrededor de quince u ocho días, durante los cuales desempeñaba la misma función del primer periodo laboral, pero sin conocer el tiempo diario que permanecía en su sitio de trabajo, el cual estaba situado dentro de las mismas instalaciones de PROTELA.

Finalmente, el señor GRACILIANO TRIVIÑO TENJO, señaló conocer al actor en el año 1976 cuanto comenzó a trabajar en PROTELA, y perduró por espacio de 13 años, hasta el año 1990; tiempo para el cual el demandante ya trabajaba como coordinador, después fue vendedor. Pero no le constan las actividades desarrolladas del año 1990 en adelante, pues no tuvo vínculo con la empresa PROTELA.

Con relación al interrogatorio de parte practicado al representante legal de la accionada, se tiene que allí indicó que el actor en ejercicio del contrato de corretaje, hacía una gestión de ventas, al tratarse de un mandato con representación, en nombre de la empresa, dentro los cuales debía concretar al cliente, concretar la venta, hacerle seguimiento y hacer el recaudo de cartera, para de ahí generar las comisiones como contraprestación del servicio. Indicando que ello se hacía igualmente, cuando se suscribió el contrato con la empresa Rodríguez Molano y Cía. Ltda. Además, admitió que, al tratarse de una actividad de venta, la función era muy similar a los empleados vinculados directamente.

Igualmente, se aportó al plenario dictamen pericial efectuado a instancias de la parte actora, por el señor MANUEL ARCADIO RODRÍGUEZ CERVANTES (fls. 1017 a 1049), respecto de los correos electrónicos aportados en medio magnético a folio 1016, relacionados con las distintas comunicaciones efectuadas por el accionante, a través del dirección de correo carlosarod@protela.com.co; explicando el perito, haber efectuado un estudio técnico respecto de verificación del dominio, servidor, metadatos (huella digital de correos enviados y recibidos), envío y recepción de mensajes de dicha cuenta, en el cual concluyó la existencia y veracidad de los mismos.

Adicionalmente, dentro del proceso se efectuó frente dichos correos electrónicos, dictamen pericial por medio del auxiliar de la justicia designado, señor SALVADOR GÓMEZ VELASCO (fls. 1685 a 1889), quien de igual modo, pudo indicar que el informe técnico anterior, se enmarcaba dentro de los conocimientos logrados en la industria informática, precisando respecto de dichos correos, que la documentación obtenida en los encabezamientos es una fuente válida de información que conduce a dar certeza sobre autenticidad de los mismos y los habilita para ser tenidos en cuenta como medios de prueba, aseveración que se cumple en este caso, de modo que «los correos electrónicos analizados cuentan con información que permite validar su autenticidad, integridad e inalterabilidad... de los 145 correos aportados por la parte demandante, se encontraron equivalencias en 21 elemento confirmados por la empresa Protela S.A... de los 145 elementos de correo electrónico analizados, 29 no tenían los encabezamientos de generación automática y seis (6) no pudieron ser abiertos para leer su contenido y confirmar su tránsito por el sistema de envío y recepción». Lo anterior, fue debidamente ratificado en audiencia.

Así pues, tal como acertadamente lo señaló la Juez A Quo, estos correos electrónicos deben ser tenidos en cuenta, toda vez que cumplen con los presupuestos de validez establecidos por los artículos 6 a 8 de la Ley 527 de 1999, pues pudieron establecerse las exigencias de validez probatoria de en mensajes de datos, determinando que para el efecto debe poderse abrir electrónicamente y que esté firmado, es decir, se pueda saber

electrónicamente quién lo hizo y sea original, aspectos que fueron debidamente comprobados por los peritos antes mencionados, pudiéndose verificar la autenticidad de las comunicaciones contenidas en los correos, de ahí que deba asignárseles pleno valor probatorio, pues se tiene la fecha en que fueron producidos, así como la certeza de las personas que emiten los mensajes allí contenidos, por lo que su riqueza probatoria es más que palpable, resultando totalmente útil para los efectos perseguidos por la parte actora, por ende, no le asiste razón a la recurrente por pasiva en este puntual aspecto.

Ahora, de no haberse efectuado el procedimiento para determinar la validez de dichos correos, debe indicar la Sala que, conforme a las previsiones de la Ley 527 de 1999, estos medios de prueba no deben desecharse de tajo, pues de acuerdo a la doctrina especializada, según puede verse en la sentencia T-043 de 2020, a este tipo de pruebas se les ha concedido el valor de prueba indiciaria, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios probatorios, de ahí que, de la valoración integral del gran acervo allegado, incluidos los correos electrónicos impresos, es dable concluir que, en efecto la dinámica los servicios que prestaba el actor de manera personal para la accionada, corresponden claramente a las de un vendedor de telas, no se limitaban a las propias del corretaje comercial.

Sobre el particular, el artículo 1340 de nuestro C. Co. consagra:

«ARTÍCULO 1340. <CORREDORES>. Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación».
(Resalta la Sala).

En lo que concierne al rol del corredor ha dicho la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SC17005-2014, esgrimió lo siguiente:

«Según el artículo 1340 del Código de Comercio, el rol de tales profesionales se reduce a “(...) poner en relación a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial (...)”. Su actividad, por lo tanto, es simplemente promocional, de facilitación o de acercamiento, y no de contratación, pues al no ser dependientes, mandatarios o representantes de los potenciales negociadores, serán éstos los llamados a concertar las voluntades, bien en forma directa, ora por conducto de sus respectivos apoderados, en todo caso distintos a la persona del mediador».

Lo anterior, fue acogido por la Sala de Casación Laboral, que igualmente en la sentencia CSJ SL4025-2020, aludió a la misma y concluyó que «el corredor se caracteriza por ser un comerciante experto en intermediación, conocedor del mercado, dedicado en forma independiente a conectar a quienes desean negociar, su labor se encamina a poner en contacto a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio [...]».

De lo anotado se sigue, como lo advirtió el juzgado, que entre las partes se gestó un verdadero vínculo laboral, pues pese a que en principio el demandante suscribió un contrato de corretaje comercial con la demandada, inicialmente como persona natural, desde el 1° de febrero de 2001 hasta el 31 de mayo de 2005; posteriormente, del 25 de julio de 2005 hasta el 20 de diciembre de 2013, según contrato de corretaje suscrito con la sociedad RODRÍGUEZ MOLANO & CIA. LTDA., lo cierto es que, las labores ejecutadas no corresponden a las de un agente que, de manera autónoma e independiente, pone en contacto a dos partes para la celebración de un negocio, en los términos del artículo 1340 del Código de Comercio, sino que por el contrario, a lo largo de la relación contractual, el demandante no sólo se vio compelido a cumplir con la consecución de los clientes, sino que debía dar acompañamiento para concretar ventas, hacer seguimiento y contestar inquietudes de los clientes, rendir informes y verificar que los insumos y productos vendidos llegaran a los compradores, así como a dar cumplimiento a una serie de procedimientos internos para cuentas de cobro y poder facturar sus comisiones, además actuaba como representante de la empresa, realizando labores de recaudo de cartera vencida de los clientes, valga decir, actividades propias de un vendedor y no de un corredor comercial, funciones, que a modo de ver de la Sala, son prueba concluyente de la subordinación por parte de la demandada.

Llama la atención de la Sala que, incluso, de las mismas cláusulas contractuales del corretaje comercial suscrito, se extrae el elemento subordinante, al establecerse verbigracia, la celebración del negocio de suministro de telas por parte del actor en nombre de la demandada y en forma exclusiva para esta, tal como lo venía haciendo en su faceta de vendedor mientras estuvo vinculado mediante contrato de trabajo; tampoco deja de ser «curioso», por decir lo menos, que la sociedad constituida por el actor, se haya materializado sin solución de continuidad una vez finalizó el primer contrato de corretaje, esto es, el 31 de mayo de 2005 y la constitución de la misma el 02 de junio de 2005, para luego suscribir con esta empresa nuevo contrato de corretaje comercial, pero bajo las mismas condiciones y con el actor prestando sus servicios de manera personal, lo cual, permite inferir en sana lógica, que lo que se pretendió con ello no fue otra cosa que simular un contrato ajeno a uno de estirpe laboral, como ha podido concluirse en la presente causa, aspecto que también se advierte de los contratos de arrendamiento celebrados para que el actor prestara los servicios en un espacio físico de la accionada (fls. 76 y 79).

De conformidad con lo anterior, del acervo probatorio y dando aplicación al principio de libre formación del convencimiento (art. 61 CPTSS), en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, según las cuales es dable la apreciación de los distintos medios probatorios en aras de fundamentar la decisión en aquellos elementos de prueba que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la

verdad real al juzgador, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, la Sala puede colegir, inicialmente, que al actor en vigencia de su vinculación jurídica fungía como vendedor en similares términos a los empleados de planta, aspecto que es de iterar, fue admitido por el representante legal de la accionada.

En ese orden, debe decirse igualmente, que no resulta dable indicar como lo señala la recurrente por pasiva, que por el hecho que el demandante en desarrollo del contrato no haya formulado inconformidad alguna, o no hubiese realizado ninguna reclamación tendiente al pago de sus acreencias laborales, tal situación conduzca a entender que los servicios prestados fueran autónomos e independientes, como equivocadamente lo quiere hacer ver la accionada, pues tal omisión no deslegitima al trabajador para que proceda a reivindicar sus derechos laborales, previa la declaratoria de la existencia de un verdadero contrato de trabajo, acudiendo a la primacía de la realidad sobre las formas, como en efecto se dedujo en el sub judice. En tal medida, contrario lo que sostiene la pasiva, a la Sala no le queda duda que la prestación del servicio por parte del demandante se dio en el marco de un contrato de trabajo, sin que haya resultado probado que el servicio se prestó sin subordinación alguna, tal como lo informa la prueba valorada de forma integral; si bien la demandada considera que dichos contratos desvirtúan la presunción del artículo 24 del C.S.T, y, concretamente, el elemento de subordinación, lo cierto es que, con este material, solo pretende exaltar la forma y contenido del contrato de corretaje, dentro de esta hipótesis, la firma del demandante como prueba de aceptación de esa forma de contratación. Sin embargo, olvida que de antaño la jurisprudencia laboral de la CSJ ha indicado que «la sola presencia de la preforma contractual suscrita por las partes, no es suficiente para desvirtuar la presunción legal, pues es necesario que el empleador allegue prueba certera sobre la independencia y autonomía con la que se ejecutó el objeto del contrato» (CSJ SL4515-2020).

Así las cosas, se concluye que la celebración de un contrato de prestación de corretaje comercial, u otro en el que se predique la inexistencia de relación laboral e independencia del trabajador, no resulta suficiente, per se, para probar que se prestaron sus servicios de manera autónoma, pues del análisis conjunto de la prueba y dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 CN), se descarta la autonomía e independencia que proclama la accionada, por el contrario, se evidenció subordinación jurídica de la parte actora respecto de la demandada en la ejecución de sus labores. De tal modo, la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo, sustentada en la demostración de la relación de trabajo personal, lo cual impone la confirmación de la decisión de primer grado.

En ese orden de ideas y al estar demostrada la existencia del contrato de trabajo en los términos expuestos y al no haberse presentado de manera puntual en el momento procesal correspondiente, reparo alguno respecto de las condenas fulminadas en la oportunidad procesal correspondiente, no es dable adelantar juicio de valor alguno sobre los conceptos o montos que en contra de la demandada fueron fulminados, por lo que se confirmará en su integridad las señaladas en la sentencia de primer grado.

Indemnización moratoria contempladas en los artículos 99 de la Ley 50/90 y 65 del CST.

Finalmente, en lo que refiere a estas sanciones, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, las indemnizaciones moratorias pedidas, tienen un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de Abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

En el caso concreto, la buena fe no se encuentra acreditada en razón a que pese haberse ejecutado en la realidad un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad; la Sala resalta que no basta con argüir la existencia y suscripción del contrato comercial o ampararse bajo el convencimiento de estar actuando conforme los parámetros de este, para lograr la exoneración de las sanciones moratorias, sino que es necesario que concurran otras razones atendibles que justifiquen esa sustracción de las obligaciones propias del contrato de trabajo que resultó demostrado. En el sub examine, se estima que no existe una razón valedera para exonerar del pago de las indemnizaciones condenadas, además de que con la valoración probatoria realizada, se arriba a una conducta mal intencionada por parte del empleador, con la finalidad de ocultar la existencia de la relación laboral.

Las anteriores consideraciones, se estiman suficientes para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

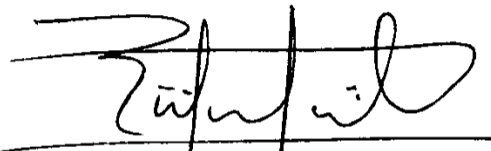
RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARÍA ANGELICA BUITRAGO BORRERO contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO –INPEC- Y ORGANIZACIÓN FP LTDA. RAD. 11001 31 05 008 2013 00014 01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA ANGELICA BUITRAGO BORRERO, en calidad de representante del menor DANY EXMI CASTILLO BUITRAGO, solicitó se condene solidaria, indivisible, ilimitada y patrimonialmente a la sociedad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en calidad de aseguradora de riesgos profesionales, al INPEC y LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS en calidad de beneficiarios y dueños de la obra que estaba realizando el fallecido VÍCTOR MANUEL CASTILLO BUITRAGO e igualmente por la póliza de estabilidad que cubría el amparo del siniestro y a la ORGANIZACIÓN FP LTDA, en calidad de contratista, o a quien se demuestre responsable en este proceso. En consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor del menor DANY EXMI CASTILLO BUITRAGO, en calidad de hijo del señor VÍCTOR MANUEL CASTILLO ACEVEDO; de conformidad

a lo anterior, se condene al pago de los intereses moratorios a partir de la fecha en que se hizo exigible la pensión de sobrevivientes y hasta el momento en que se haga efectivo. Lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor VICTOR MANUEL CASTILLO ACEVEDO sufrió un accidente de trabajo el 22 de enero de 2010, cuando se encontraba laborando en la cárcel Modelo de Bogotá, cambiando tejas, falleciendo a causa del mismo, el 23 de enero de 2010; que para la fecha del accidente tenía 32 años de edad y devengaba la suma de \$2.000.000, valor que había sido acordado con el representante legal de la sociedad ORGANIZACIÓN FP LTDA. De otro lado, manifestó haber concebido con el causante al menor DANY EXMI CASTILLO BUITRAGO, quien nació el 04 de marzo de 1998, es decir para la fecha del accidente tenía 11 años de edad. Que el 25 de febrero de 2010 interpuso un derecho de petición ante la directora de la Cárcel Nacional Modelo, solicitando el número de contrato y las partes del mismo por medio del cual se estaba realizando el cambio del tejado en las instalaciones de la cárcel donde se accidentó y murió el señor Víctor, cuya respuesta fue, que, si bien el accidente ocurrió en las instalaciones de la cárcel, no existió vínculo a través de un documento legal pues quien contrató al fallecido fue la ORGANIZACIÓN FP LTDA., firma que se encargó de realizar el cambio de cubiertas, por lo que es a este establecimiento que se le recomendó dirigirse. Posteriormente, elevó derecho de petición ante la Coordinadora del Grupo de Contratos del INPEC solicitando lo mismo que en el anterior derecho de petición, adicional a ello, solicitó información acerca de si los contratos de ejecución de obra civil, los trabajadores del contratista deben estar afiliados al sistema de seguridad social integral, donde le informaron que el contrato al cual se refería fue realizado por la Dirección de la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá D.C.; la directora de esta institución respondió que los contratos aludidos se hicieron ante la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. y posterior a la inspección del siniestro esta entidad genera la liquidación y es el INPEC en su área administrativa quien contacta a algún cotizante para que realice los trabajos correspondientes, sin que esto generara un contrato entre el cotizante y el establecimiento ya que los pagos respectivos los realiza directamente la Compañía de Seguros al cotizante seleccionado, resaltando que los trabajadores que realizaron la obra fueron contratados por la firma ORGANIZACIÓN F.P LTDA y no tenía ningún vínculo laboral o contractual con el establecimiento carcelario de Bogotá. Que el 26 de noviembre de 2010 interpuso derecho de petición contra la Organización FP LTDA. a la directora de la cárcel nacional Modelo solicitando acreditación de la afiliación del señor Víctor, quien falleció cambiando el tejado en las instalaciones de la cárcel nacional Modelo; como respuesta, se le remitió copia de la afiliación al Sistema de Seguridad Integral, en el cual se observa

la afiliación del señor Víctor al Régimen Contributivo de Salud con la EPS Cruz Blanca, no obstante al 31 de diciembre de 2009 su estado era de desafiliado, que para sus aportes en pensiones estaba vinculado al RAIS con la AFP ING, pero el estado de su afiliación al 31 de diciembre de 2009 era inactivo; frente a su afiliación a riesgos profesionales, se encontraba afiliado y activo en el ISS, al 31 de diciembre de 2009. Consecuentemente, el empleador Organización FP LTDA. no aseguró al señor Víctor al Sistema de Seguridad Social Integral cuando ocurrió su accidente de trabajo y posterior fallecimiento. Por su parte, el INPEC no verificó en forma diligente la afiliación del trabajador al sistema de seguridad social en riesgos profesionales, así como tampoco solicitó al contratista las afiliaciones correspondientes al sistema de seguridad social integral al momento del inicio de sus actividades. Que el 29 de noviembre de 2010 interpuso derecho de petición ante la COMPAÑIA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A., con el fin de establecer la existencia de la relación laboral con la Organización FP LTDA. y también se le informase si en los contratos de ejecución de obra civil, los trabajadores deben estar afiliados al sistema de seguridad social integral, dando como respuesta esta entidad, que expidió un contrato de seguro de daños materiales combinados, por lo que pagó como indemnización a la Organización FP LTDA. la suma de \$74.258.901, asegurando que la Previsora S.A. no intervino en la negociación que realizó el afiliado con la firma Organización FP LTDA. De igual forma, la PREVISORA S.A. aportó copia del acta de entrega de los trabajos realizados por concepto de reclamación del siniestro, el cual consistía en cambio del tejado de las áreas del Comedor Sur, contrato que dentro de su ejecución falleció el señor Víctor, los beneficiarios de la prestación de sus servicios, en calidad de empleado de la sociedad Organización FP LTDA., fueron el INPEC y la COMPAÑIA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A. Adicionalmente, para el momento de la ejecución de la labor del causante no contaba con los implementos establecidos por las normas nacionales de seguridad industrial y salud ocupacional, tampoco contaba con la capacitación requerida y certificada; anudado a lo anterior, el INPEC, en la Cárcel Nacional Modelo no tenía el plan de emergencias requerido. Agregó que, el 30 de enero de 2012 solicitó ante el INPEC el reconocimiento de la pensión al menor DANY EXMI CASTILLO BUITRAGO, la cual fue negada en razón a que no existió algún vínculo contractual con el fallecido. Para la misma fecha, elevó ante LA PREVISORA SA. la respectiva reclamación administrativa, solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al menor, sin obtener alguna respuesta. Así mismo, el 07 de marzo de 2012 presentó ante POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A. la correspondiente reclamación administrativa, solicitando igualmente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por la muerte del causante, quien se encontraba afiliado al sistema general de riesgos profesionales con POSITIVA, siéndole

negada en razón a que el empleador no realizó el respectivo reporte del accidente de trabajo (fls. 124 a 145).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, argumentando para tal efecto que, no existe la solidaridad aludida por la demandante pues esta figura es aplicable en aquellos casos entre las entidades que realizan el mismo objeto o las mismas actividades, situación que no ocurre en el presente caso. Además, entre el occiso y el INPEC no existió relación laboral alguna, ni un contrato de trabajo, pues para que él hubiese estado vinculado como funcionario o empleado público, es menester un nombramiento en provisionalidad o que hubiese presentado concurso de mérito para algún cargo. De otro lado, el INPEC no es una entidad administradora de riesgos, por lo que no afilió al occiso, ni realizó ningún tipo de vinculación laboral y mucho menos se hace responsable solidariamente de una obligación del empleador, Organización FP LTDA., quien es el que debe asumir los emolumentos de orden laboral. Ahora bien, que de haberse vulnerado derechos por parte de esta Institución, debe interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa la encargada de conocer el proceso pues los contratos se rigen mediante una relación legal y reglamentaria espacial y diferente a los trabajadores particulares. Por lo anterior, el INPEC no podría cancelar alguna erogación de orden laboral fuera de la vinculación legal y reglamentaria de sus funcionarios y solicitó condenar en costas a la demandante por vincular a esta Institución toda vez que esta no es llamada a responder las pretensiones de orden laboral. Propuso como excepciones previas las de «falta de jurisdicción y competencia» y «falta de legitimación», y las de mérito que denominó como «inexistencia de las obligaciones reclamadas», «cobro de lo no debido», «prescripción» «enriquecimiento sin causa», «falta de legitimación» y «falta de jurisdicción y competencia» (fls.193 a 210).

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, pues en su sistema no existe reporte del empleador ni existe expediente administrativo sobre el accidente que causó el deceso del señor Víctor Manuel Castillo Acevedo, siendo responsabilidad del contratante «notificar a la entidad administradora a la que se encuentre afiliado, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales». Adicionalmente, indicó que el accidente por el cual el señor Víctor falleció no es considerado de origen profesional, motivo para no conceder la pensión de sobrevivientes en el Sistema General de Riesgos Profesionales administrados por esta entidad. Propuso como excepciones de mérito las de

«inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación», «enriquecimiento sin causa» y «prescripción» (fls. 211 a 217).

La PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS contestó la demanda con oposición y rechazo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda ya que con motivo del contrato de seguros que suscribió el INPEC y esta entidad, la directora del INPEC pagó como indemnización la suma de \$74.258.901 a la Organización FP LTDA., incluyendo la póliza de seguro de cumplimiento de entidad estatal y en cuya suscripción y ejecución del contrato de obra, no tuvo ninguna injerencia LA PREVISORA S.A., a su vez, los pagos correspondientes se realizaron por expresa instrucción del INPEC. Propuso como excepciones de mérito las de «falta de capacidad para ser parte por pasiva», «inexistencia de causa para demandar», «cobro de lo no debido», «pago», «prescripción» y «excepción genérica» (fls. 220 a 226).

Finalmente, a través de auto del 25 de septiembre de 2015 se tuvo por no contestada la demandada por parte de la ORGANIZACIÓN FP LTDA., pese a que su representante legal se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda (fl. 320).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 24 de septiembre de 2020, declaró que el señor DANY EXMI CASTILLO BUITRAGO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su padre desde el día 23 enero de 2010 y hasta el 03 de marzo de 2016, día anterior a la mayoría de edad, en cuantía de un SMLMV; Condenó a la Organización FP LTDA. y solidariamente a la demandada INPEC al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a favor de DANY EXMI CASTILLO BUITRAGO en 13 mesadas pensionales, reconociendo el retroactivo como suma única el valor de \$46.832.721, entre el periodo del 23 enero de 2010 y hasta el 23 de marzo de 2016, día anterior a la mayoría de edad y autorizando a la pasiva hacer los descuentos respectivos al Sistema de Seguridad Social en salud. De otro lado, absolvió a las demandadas Organización FP LTDA. e INPEC de las demás pretensiones incoadas en su contra; igualmente, absolvió a la aseguradora LA PREVISORA de todas las pretensiones incoadas pretensiones; declaró como no probadas las excepciones de prescripción y falta de legitimación instauradas por INPEC.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que, si bien no se encontró acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la Organización FP LTDA., no podía desconocerse que esta no contestó la demanda dentro del tiempo establecido ni acudió

a las audiencias de conciliación por lo que se tenía como indicio grave en su contra; de otro lado, indicó que el INPEC autorizó el giro de una suma considerable de dinero como indemnización a favor de la Organización FP LTDA por el siniestro grave en la cárcel la Modelo y dentro del proceso llevado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en momento alguno se discutió sobre la calidad de empleado del occiso ante la Organización FP LTDA, para ejecutar la obra en la cárcel la Modelo. Preciso, en cuanto al accidente que causó la muerte del señor Víctor, que al fallo administrativo de segunda instancia, se definió como responsables solidariamente al INPEC y a la Organización FP LTDA. y en consecuencia fueron condenadas al pago de los perjuicios morales y materiales a favor del menor DANY, señalando que el accidente de trabajo también es aquel que se presente con motivo de la realización de una orden del empleador aun fuera del lugar y hora de trabajo; y que, como accidente de trabajo también se encuentra el suceso dañoso para el trabajador que ocurra durante la ejecución de una orden del empleador o en cumplimiento de una labor mandada por él, excluyendo la hora y lugar del evento pero, delegando al sistema de riesgos profesionales cualquier evento repentino que ponga en riesgo su salud y su vida; señalando que en el caso en concreto el accidente fue de estirpe laboral pues fue en desarrollo de la labor y lugar que el empleador dispuso, esto es, en la cárcel Modelo y en una jornada laboral que presupone el desarrollo de las labores habituales para las cuales fue contratado, pero no existe ningún reporte formal ante alguna prestadora de seguridad social o por lo menos no se probó lo contrario; empero, tal situación, no daba lugar a que no se halle el accidente de trabajo pues se encuentra demostrado y el nexo con la labor encomendada.

Por otro lado, en cuanto a la pensión de sobreviviente solicitada, señaló el Juzgado que conforme a la ley, si como consecuencia del trabajo o enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado o pensionado tendrán derecho a la pensión de sobreviviente las personas descritas en la Ley 100/1993, así las cosas, para el momento del fallecimiento del señor Víctor, su hijo Dany tenía 11 años de edad, por lo que en calidad de hijo supérstite reunía los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, desde la fecha del fallecimiento de su padre, correspondiente a un SMLMV con su respectivo incremento anual pues los aportes no pueden ser inferiores a esta suma, y se demostró que los aportes del fallecido fueron por este, aunado a que en el proceso no se probó otra cosa; por lo que había lugar a conceder la pensión de sobrevivientes en dicha cuantía a partir del 23 enero de 2010 y hasta el 03 de marzo de 2016, día anterior a la mayoría de edad autorizando a la pasiva hacer los descuentos al Sistema de Seguridad Social en salud.

En cuanto a la responsabilidad de la demanda por la afiliación del fallecido al sistema de riesgos laborales se observó que para la data el occiso se encontraba activo bajo la modalidad de construcción de edificaciones; empero, la aseguradora POSITIVA se opuso señalando que para la fecha no se encontraba activa la afiliación del demandante, aunado a lo anterior según reporte de la ARL se encontró que la última afiliación del trabajador fue hecha por el Consorcio Universe, por lo que no se demuestra alguna vinculación por parte de la empresa Organización FP LTDA, la cual incumplió con sus deberes de afiliar a sus trabajadores, correspondiendo al empleador y no a la ARL reconocer y pagar la pensión de sobreviviente solicitada y decretada.

Finalmente, respecto a la responsabilidad solidaria señaló la a quo, que se encontró probado que el INPEC elevó reclamación ante la aseguradora LA PREVISORA ante el siniestro que ocasionó los daños en la cubierta del comedor de la cárcel Modelo por lo que la aseguradora recomendó dos solicitudes por lo que el INPEC aceptando la indemnización del siniestro por parte de la aseguradora, además autorizó el giro en favor de la Organización FP LTDA. en condición de proveedor; así mismo, se había demostrado que esta organización designó al señor Víctor para la ejecución de dicha labor, de esta manera lo que debe quedar probado es que la obra realizada es ajena a las actividades normales de la empresa y este eximente no cubre al INPEC pues al ser la organización la encargada del sostenimiento de los establecimientos carcelarios como tejados y cubiertas de las cárceles, labor que desempañaba el occiso, le son conexas al engranaje necesario para cumplir con su cometido adecuadamente, precisando así, que la solidaridad opera en conexidad, relación o complementariedad entre las labores encomendadas por el contratista y sus trabajadores, supuesto que el INPEC no logró desvirtuar. Por lo anterior, encontró al INPEC solidariamente responsable por los créditos que surgieron en favor del demandante, así como de las costas y agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación parcial concerniente al único pago de \$46.832.721 y por solo reconocerle la pensión de sobreviviente por un SMLMV, toda vez que conforme a la prueba testimonial se declaró que al señor Víctor se le entregaba la suma de 60.000 diarios o semanal conforme lo estipulaba el director de la Organización FP, por lo que su mesada superaba el millón de pesos mensuales. De otro lado, resaltó que los intereses se causaron desde el momento en que se causó el accidente y se le está reconociendo un derecho a una persona casi diez años después, siendo ya mayor de edad.

A su turno, la apoderada judicial del Instituto Nacional Penitenciario –INPEC, presentó recurso de apelación en lo concerniente a la solidaridad y consecuentes sanciones pues el Despacho hizo una indebida aplicación del artículo 34 del CST, frente a la figura jurídica de la solidaridad, teniendo en cuenta que la Jurisdicción Administrativa señaló que lo allí dicho no tiene injerencia en el presente proceso; agregando que esa institución no realiza labores de obra, ni reparaciones locativas de sus instalaciones, sino cumple con la misión de custodia y guarda de los internos, tan es así que a partir del 2011, hubo una escisión de la entidad para poder dividir esas situaciones, siendo hoy día que es la USPEC la que contrata dichas actividades; además quedó demostrado quien es el empleador. Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en torno a la solidaridad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora y el INPEC presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en las apelaciones. Los demás intervinientes en el proceso guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar inicialmente si hay lugar a modificar el monto de la pensión de sobrevivientes otorgada en primera instancia y si hay lugar o no a la imposición de intereses moratorios, a la luz del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. De igual modo, se verificará la procedencia de la responsabilidad solidaria declarada por la falladora de primera instancia respecto del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC con la ORGANIZACIÓN FP LTDA. en los términos del artículo 34 del C.S.T.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute la existencia del contrato de trabajo del causante VICTOR MANUEL CASTILLO ACEVEDO con la demandada ORGANIZACIÓN FP LTDA, así como que el fallecimiento del mismo obedeció a un accidente de trabajo y que dicha entidad es la responsable de la condena impuesta por concepto de reconocimiento pensional por sobrevivencia en favor del hoy

señor DANY EXMI CASTILLO BUITRAGO, en calidad de hijo supérstite del causante, pues así lo consideró el a quo y no fue objeto de debate por las partes o los recurrentes. Definido lo anterior, en aras de determinar inicialmente si hay lugar a modificar el valor de la mesada pensional concedida en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, se observa que la parte actora y recurrente en este punto indica que el causante percibía una suma mensual de \$1.800.000, ello, con base a lo dicho por el testigo JOSÉ ELBERT CÁRDENAS, el cual en efecto dijo que lo percibido diariamente ascendía a \$60.000, empero estima a la Sala que ese dicho no resulta suficiente para llegar al convencimiento de que en efecto ese era el salario que devengaba el actor, resultando poco creíble que el empleador le entregase el salario que percibía el causante al testigo y no directamente a aquel; de modo que a la luz de lo prescrito en el artículo 61 del CPTSS, valorando los demás medios de prueba se observa en el expediente que los valores con los cuales normalmente cotizaba el actor a seguridad social ascendían al salario mínimo legal mensual vigente (fls. 42 a 44, 396, 397), por lo que al no haber otros indicios o medios probatorios que informen sobre un salario mayor al mínimo legal que servía de base para su cotización al sistema de seguridad social, éste último es el que debe tenerse en cuenta como IBC para calcular la pensión de sobrevivientes, tal y como lo concluyó la a quo.

INTERESES MORATORIOS

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que en la sentencia SL2994-2019 Rad. 77729, la HCSJ SCL indicó como excepciones a los mismos, precisando que se «ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas que no corresponden a las del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, el segundo, cuando la actuación de la AFP estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial, como por ejemplo el principio de progresividad (CSJ SL787-2013)», lo cual no ocurre en el presente caso, en donde no se evidencian razones objetivas que lleven a su exoneración por parte de la empresa ORGANIZACIÓN FP LTDA, la cual, ni siquiera quiso dar contestación a la demanda, pese a que su representante legal se notificó oportunamente del auto admisorio, de modo que no existe razón objetiva a la luz de la jurisprudencia en cita, que conlleve a exonerarla del pago de los intereses moratorios, máxime cuando no se evidencia que su conducta estuviere regida por el estricto cumplimiento de las normas que gobiernan la materia,

en tal medida se revocará este puntual aspecto de la decisión, para en su lugar ordenar el pago de los aludidos intereses.

Se advierte que los intereses moratorios de la pensión de sobrevivientes, se causan una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, conforme al término que concede el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, en este caso, se ordenará su pago a partir del 12 de marzo de 2013, esto es, dos meses después de haberse presentado la presente acción laboral (fl. 121), dado que no se encontró reclamación en tal sentido dirigida a la condenada sociedad ORGANIZACIÓN FP LTDA.

SOLIDARIDAD

Ahora bien con relación a este tópico, la Sala de Decisión debe recordar que el artículo 34 del C.S.T., señala que son contratistas independientes y, por lo tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios, con libertad, autonomía técnica y directiva.

No obstante, dicha norma contempló que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio. Solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

Conforme a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de vieja data ha determinado que a la luz de lo normado en el artículo 34 del CST «existe solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de este siempre que las actividades contratadas por el dueño de la obra tengan una relación directa con aquellas que derivan del giro ordinario de sus negocios». Así mismo, la citada Corporación aclaró que el marco comparativo, no sólo se debe analizar y definir en relación con el objeto social de las empresas, sino también de acuerdo con las funciones específicas desarrolladas por el trabajador y así ha sido plasmado en las sentencias Nos. 39050 del 6 de marzo de 2013, CS SL12234-2014, CSJ SL11655-2015, SL 7789 de 2016, CSJ SL11172 de 2017, CSJ SL14692-2017, CSJ SL 601 de 2018, CSJ SL1983-2019 y más recientemente en la sentencia CSJ SL4884-2020.

En esta última decisión se resalta que «la solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo –que, además, involucra expresamente tanto a contratistas como subcontratistas- está diseñada para proteger los derechos laborales ante la imposibilidad de que el empleador atienda oportuna y cabalmente sus obligaciones, bajo el entendido que un tercero termina beneficiado de esa misma actividad, que, además le es propia. A través de esta fórmula legal se evita, entonces, que un empresario subcontrate lo que hace parte del núcleo de su negocio, pero delegue las cargas laborales de los trabajadores que materialmente ejecutan la labor de la que aquel obtiene provecho económico».

En ese orden, no basta con la simple comparación de los objetos sociales de las empresas involucradas en la triangulación comercial y la similitud de sus actividades, por cuanto es necesario evaluar que verdaderamente el beneficiario último del servicio sí haya aprovechado efectivamente la capacidad de trabajo de quien reclama la garantía de la solidaridad. De este modo, se ha modulado e interpretado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dicho precepto, en el entendido que la solidaridad no se predica únicamente cuando se constata una identidad con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellas que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL2262- 2018, Radicación 55373 del 20 de junio de 2018, en la que hace alusión a la CSJ SL4540-2014.

De la norma se establece la solidaridad entre el contratista (empleador) y el beneficiario o el dueño de la obra con relación a las obligaciones laborales, y cuando hace referencia al dueño de la obra no efectúa distinción alguna acerca de la naturaleza jurídica de este (dueño), por tanto, el artículo en mención se aplica tanto a las personas de derecho privado como a las personas de derecho público cuando contratan la ejecución de una obra con una persona jurídica o natural del sector privado.

Puestas así las cosas, nótese que el fallador primigenio consideró que la solidaridad se había producido, en tanto el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, al ser la organización la encargada del sostenimiento de los establecimientos carcelarios, incluyendo tejados y cubiertas de las cárceles, labor que desempeñaba el causante, le son conexas al engranaje necesario para cumplir con su cometido institucional en formas adecuada, precisando así, que la solidaridad operaba en conexidad, relación o complementariedad entre las labores encomendadas al contratista y sus trabajadores, supuesto que el INPEC no logró desvirtuar.

No obstante, estima la Sala, no le asiste razón a la a-quo en derivar la solidaridad por esos precisos argumentos, toda vez que, lo que se debe acreditar, no es otra cosa que el nexo causal entre el objeto social del establecimiento público y la actividad desarrollada por el contratista.

Con el objeto de emprender el análisis antes propuesto, es menester recordar que de conformidad con el artículo 2º del Decreto 2160 de 1992, el Instituto Nacional Penitenciario es un «establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa». Mediante dicho decreto, se fusionaron la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Conforme a su artículo 4, se le atribuyeron como tales las siguientes funciones:

- «1. Formular y ejecutar los planes y programas de gestión carcelaria y penitenciaria.
2. Ejercer la dirección, administración y control de los centros carcelarios y penitenciarios del orden nacional.
3. Vigilar y custodiar los centros carcelarios y penitenciarios del orden nacional.
4. Determinar sistemas de seguridad, vigilancia y control al interior y el exterior de los establecimientos de reclusión.
5. Establecer y llevar un control estadístico sobre el movimiento y traslado de internos de los establecimientos carcelarios y penitenciarios.
6. Establecer sistemas administrativos, técnicos y financieros, que garanticen el funcionamiento de los centros de reclusión.
7. Organizar y administrar el sistema nacional de información carcelaria y penitenciaria.
8. Adoptar, diseñar y ejecutar planes y programas de construcción, mejora, adecuación y consecución de obras que para el normal funcionamiento requiera el Instituto y los centros de reclusión.
9. Comprar, vender, permutar, dar o tomar en arrendamiento e hipotecar inmuebles que para el normal funcionamiento del Instituto y los centros de reclusión se requieran.
10. Adquirir y suministrar los equipos, útiles de oficina y demás enseres que requiera el Instituto y los centros de reclusión para su funcionamiento.
11. Adquirir y suministrar a los centros de reclusión los productos y elementos farmacéuticos, médicos y odontológicos que se requieran.
12. Autorizar y supervisar la actuación de terceros que desarrollen programas y actividades de resocialización de internos y post-penados.
13. Participar con otros organismos del Estado en investigaciones y estudios sobre el sistema penitenciario, encaminados a la formulación de políticas, planes y programas.
14. Formar, capacitar y adiestrar al personal administrativo y de custodia.
15. Organizar, reglamentar y administrar el Sistema de Carrera Penitenciaria, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.
16. Diseñar programas de asistencia post-penitenciaria en colaboración con otras entidades públicas o privadas.
17. Imprimir, distribuir y comercializar el DIARIO OFICIAL y otras publicaciones.

18. Las demás funciones que le asigne la ley, los reglamentos y los estatutos».

Por ende, para los efectos de dicho Decreto, se evidencia que forman parte esencial del objeto de dicho instituto como máxima autoridad carcelaria, la de custodia, la asistencia y preservación de la integridad física y emocional de las personas que se encuentran en los centros penitenciarios y carcelarios y la de su pertinente vigilancia, de ahí que deba realizar los actos y negocios jurídicos que permitan su correcta y eficaz administración, con el propósito de obtener el lograr la viabilidad logística y operativa, que garanticen el funcionamiento, conservación y seguridad de las instalaciones locativas y los bienes y enseres que conforman e integran las dependencias de los establecimientos carcelarios y penitenciarios.

En ese sentido, dicho instituto en cumplimiento de su objeto, le resulta dable adelantar actividades como las de reparaciones locativas, empero ello no conlleva a que ese sea su objeto social o el giro ordinario de sus actividades y menos que ellos obtenga un beneficio, y por ende no se avizora que se predique una responsabilidad solidaria frente al contratista ORGANIZACIÓN FP LTDA cuyo objeto social si se constituyó en ADELANTAR OBRAS Y PROYECTOS DE RESTAURACIÓN y CONSTRUCCIÓN, que eran precisamente las que adelantaba el causante realizando labores de cambio de cubiertas en las instalaciones del INPEC - Cárcel Modelo de Bogotá, cuando se presentó el accidente de trabajo que trajo consigo su fallecimiento. Esta tesis, vale indicar ha sido respaldada por esta Sala de decisión, verbigracia en el proceso con radicación 1100131050 30 2016 00590 01, Magistrado Ponente DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO, sentencia del 30 de septiembre de 2020; motivo que impele a revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver al INPEC, de todas las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO

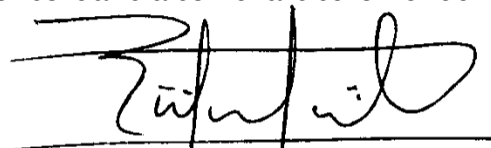
-INPEC, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la ORGANIZACIÓN FP LTDA, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas entre el 12 de marzo de 2013 y el 23 de marzo de 2016. En lo demás se confirma la aludida sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

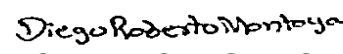
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA y JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTINEZ. Rad. 110013105-032-2016-00341-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada –COLPENSIONES- contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de octubre de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de dicha entidad (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La empresa ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que esta empresa es parte interesada en el trámite de la pensión de vejez de los señores RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA y JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTINEZ frente a COLPENSIONES; se declare que COLPENSIONES tiene la obligación de reconocerles la pensión de vejez en aplicación del Régimen de Transición, desde el 24 de julio del 2010 y 02 de junio de 2013, respectivamente. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA la pensión de vejez en cuantía mensual inicial no inferior a \$3.632.045 a partir del 24 de julio de 2010, así mismo se le condene al reconocimiento y pago y a favor de ELECTRICARIBE, el valor retroactivo generado desde la fecha en que el señor Rodolfo adquirió el derecho a la pensión de vejez y hasta el 08 de julio de 2013, por el valor de \$146.836.012; se le condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre el valor retroactivo anterior, desde el momento en que se hizo exigible la obligación, a la tasa máxima de interés

moratorio vigente y hasta el momento en que se efectúe el pago. Respecto al señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTINEZ, se le reconozca y pague la pensión de vejez en cuantía mensual inicial no inferior a \$2.266.107 a partir del 02 de junio de 2013; se condene al reconocimiento y pago a favor de ELECTRICARIBE, el valor retroactivo generado desde la fecha en que el señor José adquirió derecho a la pensión de vejez y hasta el 31 de julio de 2013, por valor de \$4.456.677. Así mismo, se le condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre el valor retroactivo anterior y desde el momento en que se hizo exigible la obligación, a la tasa máxima de interés moratorio vigente, hasta el momento en que se efectúe el pago. Igualmente, se le condene al pago de la indexación de todas las sumas de dinero adeudadas, costas, gastos, agencias procesales, más lo ultra y extra petita.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relató respecto al señor RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA, que nació el 24 de julio de 1950 cumpliendo 60 años en el 2010, laborando para la empresa Electrificadora del Caribe S.A. durante el periodo comprendido entre el 16 de junio de 1975 y el 31 de diciembre de 1998; que mediante Conciliación celebrada el 14 de enero de 1999 dicha empresa se comprometió a reconocerle la pensión de jubilación pensional en cuantía mensual inicial de \$2.061.579 a partir del 01 de enero de 1999, dejando expresamente establecido en el acto de reconocimiento de la pensión que esta jubilación sería compartida con la pensión que llegase a reconocer Colpensiones. Posterior a su pensión la empresa Electrificadora continuó efectuando los aportes al ISS, con la finalidad de que cuando se reunieran los requisitos ante la entidad, se pudiera compartir el pago de la pensión con la que reconociera Colpensiones, por lo que el señor Rodolfo solicitó ante esta administradora el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual mediante resolución del 31 de julio de 2013 resolvió otorgársela en aplicación al Régimen de Transición, en cuantía de \$3.981.792 y a partir del 09 de julio de 2013; no obstante, el señor Rodolfo elevó los recursos de reposición y en subsidio apelación pretendiendo el reconocimiento y giro del retroactivo a su favor, recursos que fueron resueltos con la confirmación del acto recurrido. Posteriormente, el 26 de agosto de 2015, la empresa Electricaribe solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez atendiendo a la figura de compartibilidad pensional y bajo la misma línea, reconocer el retroactivo desde la fecha en que adquirió la pensión de vejez y hasta cuando se hizo su inclusión en nómina; el 29 de febrero del año siguiente, la Empresa presentó adición a la solicitud anterior para que Colpensiones reconociera la pensión de vejez a favor del señor Rodolfo y a partir del 24 de julio 2010, así como el pago retroactivo a favor de la empresa, causada desde el 08 de julio de 2013; igualmente, el pago de los intereses moratorios e indexación de las mesadas adeudadas. Mediante oficio, Colpensiones requirió al señor Rodolfo para que autorizara la revocatoria directa de la Resolución del 31 de julio de 2013, sin obtener

alguna respuesta por parte del señor Rodolfo; Colpensiones resolvió negar lo pretendido mediante Resolución del 28 de abril de 2016 por considerar que era necesaria la autorización de la revocatoria directa por parte del pensionado. Por lo anterior, se elevó recurso de apelación, insistiendo en el reconocimiento del retroactivo pensional y giro a favor de la empresa dada la compartibilidad pensional. Sin obtener respuesta alguna del recurso interpuesto.

Respecto al señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTINEZ, señaló que nació el 02 de junio de 1953, cumpliendo 60 años en el 2013, laborando para la empresa Electrificadora del Caribe S.A. durante el periodo comprendido entre el 26 de enero de 1971 y el 26 de junio de 1997, por lo que se le concedió la pensión de jubilación convencional en cuantía mensual inicial de \$896.953, a partir de 16 de junio de 1997; este acto de reconocimiento pensional, se dejó expresamente establecido que la pensión concedida tiene la condición de compartida con la que llegare a conceder Colpensiones. Posterior al otorgamiento pensional, la empresa continuó efectuando los aportes al ISS con el fin de que, al momento de reunirse los requisitos ante la entidad, se pudiera compartir el pago de la pensión de jubilación con la administradora Colpensiones. El 11 de abril de 2013 el señor José solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y mediante Resolución del 17 de julio de 2013 la reconoció en aplicación al Régimen de Transición y en cuantía de \$2.266.107, a partir del 01 de agosto de 2013. La empresa resolvió solicitar a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del señor José, a partir del 02 de junio de 2013, así como el pago retroactivo a favor de la empresa, causado desde la citada fecha y hasta el 31 de julio de 2013 y el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, al igual que la indexación de las mesadas adeudadas; cuya respuesta fue en rechazo de la reliquidación de la pensión de vejez. Finalmente, la empresa resolvió interponer recurso de apelación contra la resolución, insistiendo en su solicitud pero sin obtener respuesta alguna (fls. 3 a 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico, pues se pretende el reconocimiento y pago de los retroactivos pensionales pendientes por reconocer a favor de los señores RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA y JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTINEZ; sin embargo, aclaró dichas pensiones reconocidas no contemplaron que debían ser liquidadas bajo el entendido de pensiones compartidas con la aquí demandante, por lo que se hace necesario que los pensionados autoricen la revocatoria de los actos administrativos por los cuales se les reconoció la pensión de vejez y de esta manera emitir nuevos actos administrativos mediante los

cuales se estudiase el reconocimiento teniendo en cuenta el carácter compartido. No obstante, indicó que no se ha presentado autorización alguna por parte de los pensionados, precisando que el giro del retroactivo requiere autorización expresa del pensionado, manifestando su voluntad de girarle el pago a Electricaribe. Lo anterior por cuanto la jubilación prevista dentro del régimen de pensiones del CST estableció que hasta que el ISS asumiera el riesgo de vejez, serían los empleadores quienes tuvieran a su cargo esta prestación, aportando las cuotas proporcionales correspondientes. Como excepciones de fondo, propuso las de «buena fe de Colpensiones», «prescripción», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «compensación», «inexistencia de intereses moratorios e indexación» e «innominada o genérica» (Fls. 128 a 138).

El señor RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA, contestó la demanda mediante Curador Ad Litem, sin oposición a las pretensiones y hasta que se declare que la demandada es parte interesada en el proceso, así mismo señaló que la parte actora realizó las cotizaciones a nombre del trabajador hasta el 09 de julio de 2013 y a partir de esa fecha, Colpensiones debe girarle a Electricaribe. Por lo demás no se opuso pues no son de interés del demandado, salvo la pretensión de condena al pago de costas, gastos, agencias procesales y demás sumas dinerarias, en el caso de llegarse a elevar condena para el demandado. Como excepciones de fondo, propuso las de «cobro de lo no debido», «falta de legitimación en la causa por parte de mi representado RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA», «buena fe» y «excepción genérica» (Fls. 220 a 223).

Finalmente, mediante auto del 06 de noviembre de 2018 se tuvo por no contestada la demanda por parte del señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTINEZ (fl. 185).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 26 de octubre de 2020, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la pensión reconocida al señor RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA debe ser reconocida a partir del 24 de julio de 2010 y la pensión reconocida al señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTINEZ debe ser reconocida a partir del 02 de junio de 2013. De otro lado, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a ELECTRICARIBE S.A. ESP el retroactivo pensional en cuantía de \$146.835.994 respecto del señor RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA y respecto del señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTÍNEZ la suma de \$4.443.056, retroactivo que deberá ser cancelado de manera indexada y desde la fecha de causación de las mesadas adeudadas hasta la fecha de su pago definitivo. Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que conforme a la documentación allegada al proceso, era indudable que la empleadora de los señores RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA y JOSÈ FRANCISCO SALCEDO MARTINEZ, Electricaribe S.A., reconoció pensión de jubilación a sus ex trabajadores. Señalando que conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049/1990, las pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente causadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, tienen el carácter de compartidas, de modo que se cancelan en su totalidad por el empleador hasta tanto los asegurados acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para que el ISS le otorgue pensión de vejez legal dado que a partir de ese momento, la empresa jubilante solamente cancelará el mayor valor si lo hubiere entre la pensión de jubilación y la pensión reconocida por Colpensiones, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente que las pensiones no serían compartibles. En ese orden, precisó que en el caso particular, las pensiones otorgadas a los pensionados, tienen el carácter de compartidas pues dichas pensiones fueron reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, límite temporal establecido para instaurar que prestaciones serían compatibles y cuales compartibles; por lo que la obligación de pago de las mesadas pensionales por parte de Electricaribe fenecen cuando el asegurado cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez y procede la aseguradora de pensiones a asumir dicha prestación económica y la entidad jubilante únicamente cancelará el mayor valor como fue estipulado en el citado Acuerdo. De esta manera y si bien los pensionados solicitaron a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del momento en que cumplieron los 60 años de edad y ambos en su momento solicitaron que el retroactivo pensional causado desde el cumplimiento de la edad para acceder a la pensión de vejez y el momento en que les fue reconocida la pensión, les fuera cancelado a ellos, lo cierto es que por determinación legal las pensiones son de carácter compatible. Igualmente indicó que la pensión de jubilación de ambos codemandados es superior a la pensión de vejez y el empleador ha continuado erogando ese mayor valor, por lo tanto, no habría lugar a retroactivo alguno a favor de los pensionados. Señaló que, si la entidad jubilante cancela unas mesadas pensionales con posterioridad a la fecha del cumplimiento de los requisitos legales, debe entenderse fuera de sus obligaciones, razón por la cual, estos emolumentos deben ser devueltos a título de retroactivo pensional encontrándose en la figura de pago anticipado de la pensión de vejez, a cargo del ISS. De esta manera, se concluyó que, dichas pensiones son compartibles por mandato legal, lo que conlleva al reintegro de las sumas de sus funciones, a favor del empleador, procediendo a determinar que la fecha de causación de la pensión de vejez de los codemandados es a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, pues a partir de dicho momento cumplieron con el requisito y se causó el retroactivo pensional, De este modo, dispuso cancelar a favor del señor José, la suma

de \$4.443.056 y en cuanto al señor Rodolfo Romero, la suma de \$146.835.994, ambas de manera indexada desde el momento en que se causaron hasta el pago definitivo; resolvió absolver a Colpensiones de los intereses moratorios, pues los dos pensionados solicitaron el reconocimiento y pago de las pensiones sin advertir que la pensión es de carácter compartido, incluso que el retroactivo les fuera cancelados a su favor, comprobando con ello, la buena fe de Colpensiones pues no fue advertida en su momento de ello.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, argumentando con relación al RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA, que la figura de la compatibilidad (sic) pensional está vigente incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/1993, creada con la finalidad de cuidar al empleador del pago de las pensiones en virtud del traslado de las cotizaciones, indicando así, que dicho demandado nunca mencionó el caso de la pensión compartida, razón por la cual Colpensiones reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez junto con su retroactivo, solicitándole al pensionado autorización para revocar ese acto administrativo, sin que se recibiera a la presentación de la demanda, autorización alguna para revocar, en ese entendido, señaló que COLPENSIONES ha actuado de forma correspondiente ante la Ley. Por otro lado, en cuanto al reconocimiento de la pensión del señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTÍNEZ, se reconoció mediante Resolución del 17 de julio de 2013, efectiva a partir del 1° de agosto de 2013, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, con posterioridad se dio reajuste de la prestación efectuándose la correcta liquidación pensional teniendo en cuenta la compatibilidad pensional. En ese orden, señaló que Colpensiones está dispuesto hacer el ajuste correspondiente.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. De igual modo el señor RODOLFO ANTONIO ROMERO solicitó que se confirme la decisión. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Corporación establecer como primera medida, si en casos de compartibilidad pensional, es obligación de la entidad administradora que reconoce la

pensión por vejez girar directamente el retroactivo causado a la entidad empleadora que estuviere pagando en su integridad la pensión legal de jubilación.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, es menester precisar que no es materia de controversia que la ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P. le concedió pensión de jubilación a RODOLFO ANTONIO ROMERO a partir del 1º de enero de 1999 (fls. 11 y 12); y al señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTÍNEZ a partir del 16 de junio de 1997 (fl. 85); de igual manera los accionados forman parte del Contrato de Transferencia de Activos que contiene el Convenio de Sustitución Patronal que opera respecto de los trabajadores y pensionados de la Electrificadora de Bolívar y Sucre, según se colige de las certificaciones expedidas por la Responsable de Retribuciones y Compensaciones de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. el día 2ª y 28 de julio de 2015 respectivamente (Fls. 20 y 92).

Posteriormente, mediante Resolución GNR196702 del 31 de julio de 2013, confirmada por las Resoluciones GNR264094 del 21 de julio de 2014 y VPB50579- del 26 de junio de 2015, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, resolvió conceder la Pensión de Vejez en cuantía mensual inicial de \$3.981.792 a partir del 9 de julio de 2013, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 (fls. 13 a 16).

Para el caso del señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTÍNEZ, COLPENSIONES mediante Resoluciones GNR185388 del 17 de Julio de 2013, GNR148234 del 30 de abril de 2014, GNR149556 del 23 de mayo de 2016, en aplicación del Decreto 758 de 1990, reconoció la pensión de vejez en cuantía inicial de \$2.266.107, efectiva a partir del 01 de agosto de 2013, la cual fue modificada mediante Resolución VPB27154 del 29 de junio de 2016, fijándola en la suma de \$2.259.181 a partir de 02 de junio de 2013 (Exp. Adtivo).

Resulta preciso advertir que en los mencionados actos administrativos se estableció cero como valor de retroactivo, al menos a la fecha en que se les reconoció la prestación, que lo fue a corte de nómina.

En ese orden y con aras de resolver el problema jurídico relacionado con el reconocimiento y pago del retroactivo pensional reclamado por Electricaribe S.A. E.S.P. desde el 10 de julio de 2010 para el caso del señor RODOLFO ANTONIO ROMERO y para el caso del señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTÍNEZ desde el 02 de junio de 2013, considera la Sala pertinente mencionar en primer lugar que, las prestaciones de carácter jubilatorio concedidas por su empleador ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P. (hoy ELECTICARIBE S.A. E.S.P.), fueron, la primera

de carácter voluntario y temporal, como se observa de la respectiva Acta de Conciliación celebrada con el señor RODOLFO ANTONIO ROMERO obrante a folios 11 y 12, en la cual se dijo expresamente que la prestación se mantendría hasta el «momento en que el ISS reconozca la pensión de vejez o de sobrevivientes, [a partir de ese momento] solo quedará a cargo de la empresa el mayor valor si lo hubiere... en ningún caso habrá dos pensiones simultáneas» (fl.11).

Por otra parte, en el caso del señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTÍNEZ, la pensión de jubilación fue reconocida por la ELECTRIFICADORA DE SUCRE el 16 de junio de 1997, por estar establecido convencionalmente (fl.85-86), sin que se encuentre pacto de expresa compatibilidad pensional, por lo que se entiende que tal prestación es compartida.

En ese orden de ideas, es de recordarse que el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, consagra claramente que las pensiones de jubilación extralegales causadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, son compartidas con las de vejez que otorga el ISS, salvo que en la respectiva convención colectiva de trabajo, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente que las pensiones en ellos reconocidas no serán compartidas con las que otorgue el ISS, o lo que es igual, exista un pacto expreso de compatibilidad. Lo anterior fue reiterado por el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con la precisión de que las pensiones concedidas por los empleadores con posterioridad al 17 de octubre de 1985, por regla general, debían ser compartidas con la pensión de vejez otorgada por el ISS, figura que también ha sido tratada vía jurisprudencial, concluyéndose por la doctrina probable laboral que efectivamente, en caso que el trabajador cumpla con los requisitos para acceder a la pensión allí contemplada, y siendo beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a que su empleadora le reconozca dicha pensión hasta cuando el ISS le reconozca la de vejez, caso en el cual, corresponderá a la empleadora asumir el mayor valor de la diferencia resultante, tesis que ha sido recogida con ocasión a la figura de la compatibilidad pensional, en reiteradas posiciones tales como las sentencias con radicados No. 39720 de 2012, 51616 de 2012, 53293 de 2012 y 43185 de 2014.

En ese escenario, ha recabado la línea jurisprudencial trazada por el tribunal de cierre de esta especialidad, que en los casos donde una empleadora ha reconocido a su ex trabajador la pensión de jubilación y mantenido el pago de las mesadas pensionales de dicha prestación aún con posterioridad a la causación de la pensión legal de vejez a cargo del ISS, hoy Colpensiones, una vez definida la compatibilidad pensional, el retroactivo que fuere reconocido por esta última no le corresponde al pensionado sino a la entidad empleadora que cubrió temporalmente las mesadas pensionales; sin

embargo, al respecto la tesis que ha tejido el órgano de cierre, refiere a que previamente debe mediar una autorización por parte del pensionado para que se haga tal procedimiento, así se desprende de lo dicho en sentencia SL 4962-2016, en la cual se razonó: «Y es que esta Sala de la Corte ha considerado que nada se opone a que el denominado «retroactivo pensional» sea pagado por el ISS al empleador del beneficiario de la pensión, cuando ello ha sido autorizado por el titular del derecho».

En lo que toca al punto de discusión, es pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que se ha venido sosteniendo desde el del 21 de noviembre de 2007, radicación 31891, que las sumas correspondientes a mesadas pensionales que haya cancelado el empleador a su ex trabajador una vez haya operado la figura de la compartibilidad pensional entre la pensión de jubilación y la de vejez, corresponden a las que por ley debía cancelar a la entidad que asume el riesgo de la pensión por vejez, siendo plausible que se devuelva al patrimonio de la empresa empleadora lo que pagó en exceso, una vez se formalice la respectiva subrogación. En este orden de ideas, en pronunciamiento que se trae en cita, se concluyó:

«Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación del precepto legal que la prohíbe, además que con ello no se desconoce que el accionante sea el verdadero beneficiario del derecho pensional, cuyas mesadas continuará recibiendo a través de la entidad que legalmente le corresponde el pago».

Puestas así las cosas, es claro que efectivamente le asiste razón a la sociedad ELECTRICARIBE SA ESP al reclamar el retroactivo, en la medida que su obligación de pagar íntegramente la pensión de jubilación, cesó en el momento en que se cumplieron los requisitos mínimos para acceder a la prestación de vejez por parte de la Administradora del Régimen de Prima Media, pues a partir de este momento sólo estaba a su cargo el mayor valor, si lo hubiere. En esa medida, se tiene que el señor RODOLFO ANTONIO ROMERO cumplió los 60 años de edad el 24 de julio de 2010, al haber nacido el mismo día y mes del año 1950, tal como se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 10 y se corrobora con las aludidas Resoluciones GNR196702 de 2013, GNR264094 de 2014 y VPB50579- de 2015, fecha para la cual acreditaba 2.079 semanas, como se extrae del reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante en el expediente administrativo (Exp. Activo), superando así los requisitos para acceder a la prestación en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Por su parte, el señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTÍNEZ cumplió los 60 años de edad el 02 de junio de 2013, al haber nacido el mismo día y mes del año 1953, tal como se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 84 y se corrobora con las aludidas Resoluciones GNR185388 de 2013, GNR148234 de 2014, GNR149556 de 2016, fecha para la cual acreditaba 2.025 semanas, como se extrae del reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante en el expediente administrativo (Exp. Activo), por tal motivo, podía acceder a la prestación en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

En ese sentido, la accionante hasta el 24 de julio de 2010 y el 02 de junio de 2013 respectivamente, estaba llamada a cubrir la totalidad de la pensión de jubilación a su extrabajador, de manera que en principio sería acreedora de las mesadas que le debieron ser reconocidas desde dicha data, por concepto de las pensiones de vejez, en tanto no existe duda que Electricaribe S.A. E.S.P. continuó sufragando la totalidad de la prestación mientras COLPENSIONES asumía la obligación, según se constata de los comprobantes de pago obrantes a folios 21 a 67 y 93 a 94, de los cuales se puede vislumbrar que ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. canceló el valor total de las mesadas causadas desde el cumplimiento de los 60 años, momento en que ya sus ex trabajadores cumplían con los requisitos para la pensión de vejez, la cual correspondía pagar a COLPENSIONES.

En ese sentido, debe confirmarse la decisión de primer grado en ese puntual aspecto, y en cuanto a los valores ordenados se evidencia que para el caso del señor JOSÉ FRANCISCO SALCEDO MARTÍNEZ, asciende a la suma \$4.443.056, teniendo cuenta que la prestación por vejez comenzó a pagarla desde el 01 de agosto de 2013; en cuanto al señor RODOLFO ANTONIO ROMERO BONILLA, esta asciende a la suma de \$150.043.895, superior a la calculada por el a quo, de ahí que deba confirmarse lo allí decidido, pues en la presente causa funge como único apelante COLPENSIONES y también se revisa la decisión en su favor en el grado jurisdiccional de consulta. Dichas sumas, como bien lo indicó el juzgador primigenio, han de ser indexadas al momento del pago, en aras de compensar el efecto devaluativo del peso colombiano.

Respecto a la excepción de prescripción propuesta es claro que no prospera, en la medida que tales derechos surgieron a la luz y se hicieron exigibles con las Resoluciones GNR196702 de 2013, GNR264094 de 2014 y VPB50579- de 2015, GNR185388 de 2013, GNR148234 de 2014, GNR149556 de 2016, mediante las cuales además quedaron agotadas las reclamaciones administrativas que efectuaron tanto Electricaribe como los mismos pensionados, por ende, al haberse presentado la demanda el 07 de marzo de

2016 (fl. 122), es claro, que no se configuró el trienio consagrado en los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS.

Corolario de lo brevemente expuesto hasta aquí, ello resulta suficiente para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

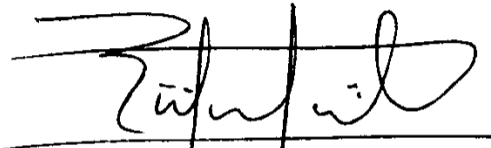
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

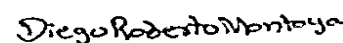
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

MESADAS ADEUDADAS				
PERIODO		Mesada	Número de	Deuda total
Inicio	Final	adeudada	mesadas	mesadas
24/07/2010	31/07/2010	3.632.045,00	0,23	847.477,17
1/08/2010	31/08/2010	3.632.045,00	1,00	3.632.045,00
1/09/2010	30/09/2010	3.632.045,00	1,00	3.632.045,00
1/10/2010	31/10/2010	3.632.045,00	1,00	3.632.045,00
1/11/2010	30/11/2010	3.632.045,00	2,00	7.264.090,00
1/12/2010	31/12/2010	3.632.045,00	1,00	3.632.045,00
1/01/2011	31/01/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/02/2011	28/02/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/03/2011	31/03/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/04/2011	30/04/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/05/2011	31/05/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/06/2011	30/06/2011	3.747.180,83	2,00	7.494.361,65
1/07/2011	31/07/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/08/2011	31/08/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/09/2011	30/09/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/10/2011	31/10/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/11/2011	30/11/2011	3.747.180,83	2,00	7.494.361,65
1/12/2011	31/12/2011	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/01/2012	31/01/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/02/2012	29/02/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/03/2012	31/03/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/04/2012	30/04/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/05/2012	31/05/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/06/2012	30/06/2012	3.747.180,83	2,00	7.494.361,65
1/07/2012	31/07/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/08/2012	31/08/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/09/2012	30/09/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/10/2012	31/10/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/11/2012	30/11/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/12/2012	31/12/2012	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/01/2013	31/01/2013	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/02/2013	28/02/2013	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/03/2013	31/03/2013	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/04/2013	30/04/2013	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/05/2013	31/05/2013	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/06/2013	30/06/2013	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
1/07/2013	9/01/2013	3.747.180,83	1,00	3.747.180,83
				150.043.895,27



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de EFREN VASQUEZ ALDANA contra
FERNANDO MUÑOZ SEGURA. Rad. 110013105-012-2019-00092-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la Sala de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante respecto de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el artículo 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

El ciudadano EFREN VASQUEZ ALDANA, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra FERNANDO MUÑOZ SEGURA, a fin de que se declare la existencia de la relación laboral desde el 19 de enero de 2017 hasta el 21 de septiembre de 2018; en consecuencia, se condene al demandado al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías; prima de servicios, vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, indemnización moratoria; todo la indexación de las condenas costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que ingresó a laborar de manera personal, continua y de manera ininterrumpida, el 19 de enero de 2017 y hasta el 21 de septiembre de 2018; indicando que las ordenes eran impartidas por el señor FERNANDO MUÑOZ SEGURA, propietario del establecimiento de comercio denominado SURTIFRUT'S, donde ejecutaba sus labores; que el contrato fue verbal, por tanto se considera a término indefinido y su labor fue el de conductor-oficios varios, conduciendo un vehículo de propiedad del demandado, cargando y descargando mercado procedente de la central de abastos de la ciudad de Bogotá y llevaba los

elementos a clientes en restaurantes y en los almacenes JUSTO Y BUENO, y las demás ordenes que le impartiera el señor Fernando Muñoz. Finalmente, el 21 de septiembre, decidió dar por terminado el contrato verbal de forma voluntaria, devengando como último salario, la suma de \$1.000.000, así mismo, señaló que cumplió una jornada laboral de lunes a domingo, de 7:00am a 6:00pm. No obstante, el demandado no canceló las cesantías, tampoco las consignó en un Fondo, de acuerdo a lo establecido legalmente; igualmente, el demandado no erogó las prestaciones relativas a intereses de cesantías, prima de servicios ni vacaciones; todo lo anterior entre el periodo del 19 de enero de 2017 hasta el 21 de septiembre de 2018 (fls.4 a 12).

CONTESTACION DE DEMANDA

El demandado FERNANDO MUÑOZ SEGURA, a través de curador ad litem, contestó la demanda indicando que sin oposición ni aceptación de los hechos y de las pretensiones, por considerar que dentro los hechos de la demanda, no participó ni directa o indirectamente, razón por la cual no puede aceptar ni rechazar su veracidad, en tanto se someterá a lo que resulte probado en el proceso. No propuso excepción alguna (fls.25 a 27).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 11 de octubre de 2020, absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra y no condenó en costas a las partes.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que al proceso no se allegó alguna prueba documental ni declarativa de terceros o propia que permitiera establecer la temporalidad o la condición remunerativa del proceso, no se determinó una circunstancia sobre la concurrencia del proceso para la determinación de preceptos establecidos en el CST pues la temporalidad termina siendo un elemento esencial para la definición de las condiciones para establecer un contrato de trabajo. Conforme a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia precisó que el demandante no queda relevado de otras cargas probatorias pues además de demostrar el hecho en que la prestación se funda, esto es la actividad o prestación personal de servicio y mientras la contra parte no demuestre lo contrario, también debe acreditar otros supuestos relevantes, verbigracia el extremo temporal de la relación, el monto de salario, su jornada laboral, el hecho del despido en los eventos de despido respecto del vínculo, entre otras. Por lo anterior y bajo el caso particular, no se comprobó la fecha de ingreso y terminación de la relación laboral, quedando solo un relato de los hechos, y por

consiguiente sin demostrar el contrato verbal y su condición de término indefinido, Por ende, desestimó las pretensiones de la demanda por carecer de elementos probatorios.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si entre las partes en contienda existió una relación contractual laboral, y de ser así, en qué términos y bajo cual modalidad.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. 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. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado de manera pacífica que al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuarla, citando a modo de ejemplo la sentencia radicada al No. 44321 del 29 de octubre de 2014 (SL 14850-2014).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, tal y como lo impone el artículo 61 del CPTSS.

Precisado lo anterior, se tiene que, a juicio de esta Corporación, no existe una sola prueba que acredite que el actor haya prestado sus servicios personales a favor o a la orden del aquí accionado, lo que descarta cualquier otra consideración respecto de las

pretensiones de la demanda, pues es evidente que, si no hay prueba de ello, no hay lugar a dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST y, por elemental sustracción de materia, tampoco hay lugar a verificar los demás elementos esenciales de un contrato de trabajo.

Así las cosas, claro es que faltó la parte actora con su deber de cumplir con la actividad procesal que en materia probatoria le asistía, a efecto de obtener la necesaria certeza de sus afirmaciones y lograr la convicción en el fallador respecto de sus pretensiones; pues como bien lo enseña la jurisprudencia, al Juez Laboral no le es dado fundar sus juicios en apreciaciones sólo de conciencia, de ahí que si el interesado en que se le declare el derecho considera le asiste no enseña prueba contundente de su dicho, sólo le queda al juez desechar su pretensión, pues «Además, [el juez] debe exponer razonadamente en cada caso, cuál fue el mérito que le asignó a cada prueba y a todas ellas en conjunto, y los motivos que tuvo para hacerlo, pues de lo contrario su apreciación sería en conciencia, sistema este que sólo es de recibo para los jurados en las causas penales en que intervienen y para ciertos laudos arbitrales» (CSJ, sent. feb. 12/80. M.P. José María Esguerra Samper).

En ese orden, también el artículo 60 del CPTSS, precisa que: «el juez, al proferir su decisión analizará todas las pruebas allegadas en tiempo», disposición legal que en su esencia prescribe la perentoriedad de las oportunidades procesales pertinentes para el recaudo de los distintos medios probatorios que se pretendan hacer valer en juicio. Es decir, que en desarrollo del proceso judicial debe haber por lo menos un mínimo de medios probatorios para que pueda concederse el derecho sustancial reclamado, contrario sensu, si la parte interesada falta a su deber procesal de cara a la aportación de las pruebas pertinentes, no puede pretender que sus aspiraciones tengan vocación de salir prósperas.

En conclusión, no fue posible demostrar que hubo siquiera prestación personal del servicio del demandante en favor u orden del accionado para al menos presumir en los términos del artículo 24 del CST, que hubo una relación laboral entre las partes, lo cual da al traste con las prestaciones sociales e indemnizaciones solicitadas, que no tienen vocación de prosperar, razón por la cual se impone la confirmación en su integridad de la sentencia de primer grado, pues no existió mayor esfuerzo probatorio por demostrar la razón de las pretensiones.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

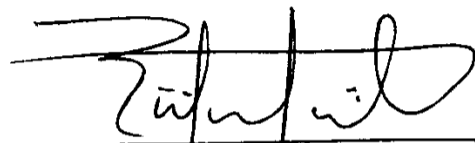
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

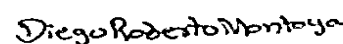
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CIELO DEL CARMELO CANTILLO RAMIREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y otro. Rad. 110013105-025-2018-00428-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora CIELO DEL CARMELO CANTILLO RAMIREZ como pretensiones declarativas solicitó que en virtud de ser beneficiaria del Régimen de Transición, tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de una pensión de vejez sobre la tasa de remplazo que resulte probada en el proceso; en consecuencia, condene a COLPENSIONES a pagar la reliquidación de la pensión de vejez a su favor, sobre la tasa de remplazo que resulte probada en el proceso. Igualmente se condene a la demandada al pago y a su favor del retroactivo resultante entre la pensión de vejez reconocida inicialmente y la que resulte re liquidada, sobre la tasa de remplazo que resulte probada en el proceso; se le condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por las diferencias pensionales causadas y no pagadas. Lo ultra y extra petita, en costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 17 de diciembre de 1952, cumpliendo 55 años de edad en el año 2007, prestó sus servicios en el Instituto Nacional de Cancerología, desde el 01 de septiembre de 1984 hasta el 20 de mayo de 1992, cotizando un total de 07 años, 08 meses y 20 días, lo cual fue cotizado a CAJANAL. Posterior a ello, prestó sus servicios en el sector privado durante el periodo

del 01 de agosto de 1991 hasta el 23 de noviembre de 2009, cotizando un total de 937.57 semanas. Por lo que el ISS, a través de Resolución del 15 de octubre de 2010 le concedió la pensión de vejez, en cuantía de \$3.016.028 a partir del 01 de enero de 2010, aplicando una tasa de remplazo de 54%; a continuación, el 14 de noviembre de 2013, Colpensiones re liquidó su pensión, con una tasa de remplazo del 75%, lo que arrojó una pensión de \$6.873.226, a partir del 01 de enero de 2010, razón por la cual, solicitó ante Colpensiones la reliquidación de su pensión de vejez, con una tasa de remplazo del 90%, en los términos del Decreto 758 de 1990 y en aplicación de la Sentencia SU-769-2014, junto con los intereses moratorios; en cuya respuesta, Colpensiones resolvió re liquidar el IBL a \$10.632.782, pero con una tasa del 75%, aplicando la Ley 71 de 1988, lo que arrojó una pensión de \$7.974.587 y bajo este acto administrativo se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación, el 21 de marzo de 2017; empero, fueron confirmados en su totalidad por la accionada (Fls. 3 a 17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las declaraciones y pretensiones incoadas. Para ello, hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y a los requisitos pensionales consagrados en el artículo 7° de la Ley 71 de 1998 y el artículo 12 de 1990; así como lo relativo Ingreso Base de Liquidación -IBL y al entendimiento que debe dársele al mismo en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, advirtiendo que los únicos factores salariales a tenerse en cuenta para este rubro, corresponden a los del Decreto 1158 de 1990. Concluyendo, que en el caso en concreto, Colpensiones re liquidó la pensión de vejez de la actora, de forma ajustada a derecho, haciendo desacertado el acápite de pretensiones. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción y caducidad»; «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir», «cobro de lo debido», «no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «buena fe», «carencia del derecho» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 84 a 89).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 29 de septiembre de 2020, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de condenar en costas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que conforme a lo recientemente preceptuado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el computo

de tiempos públicos y privados resulta legítimo a la luz del Acuerdo 049 de 1990, para la causación del derecho pensional, así estos no hayan sido objeto de aportes a Cajas o Fondos de previsión social, teniéndose el número de semanas cotizadas al ISS o a cualquier Fondo, Caja o entidad del sector público o privado o el tiempo que se haya prestado en calidad de servidor público cualquiera que sea el número de semanas o tiempo de servicio. En tal medida, señaló que en el caso concreto, la actora cotizó en toda su vida laboral, un total de 1.695 semanas, por lo cual luego de establecer todo el IBL de toda su vida laboral y de los últimos 10 años, resultaba más favorable este último, correspondiendo el mismo a un valor de \$9.348.354 que al aplicar una tasa de remplazo del 90% arrojaba una primera mesada pensional de \$8.413.518 sumas inferiores a las que ya había reconocido Colpensiones en su momento, motivo por el cual no había lugar a reliquidar valores ni ordenar alguna otra suma ya reconocida por Colpensiones.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte DEMANDANTE, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, indicando que se evidenciaba una diferencia en el monto calculado, pues si bien la Resolución SUB26722 del 31 de marzo, analizó la posibilidad de reliquidar la prestación con el 90% como lo estableció el a quo, COLPENSIONES no hizo un estudio acucioso de la prestación, toda vez que si bien liquidó la prestación con el 90% concluyó que era inferior a la que se venía devengando, pero ello fue para el año 2017, liquidándola hasta el 2014, evidenciándose que no hubo una indexación porque la última cotización efectuada por la actora fue en el 2009, por lo que para el año 2014, fecha de la causación de la pensión con el 90% del IBL, resultaba un inferior al 2017. En ese sentido, solicitó se mantenga el criterio jurisprudencial de la sentencia SL1947-2020, frente a la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados, igualmente, se analice la liquidación y se proceda a re liquidar la prestación de la actora tomando en cuenta el 90% del IBL del promedio de los últimos 10 años, lo cual arrojaría un valor superior al otorgado por Colpensiones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primer grado que la absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si es procedente reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta como tasa de remplazó el 90% en aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, corresponde indicar que fue acreditado al plenario que la entidad accionada a través de la Resolución 030527 del 15 de octubre de 2010, el ISS, hoy COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a la actora en cuantía inicial de \$3.016.028 efectiva a partir del 01 de enero de 2010, por ser beneficiaria del régimen de transición y en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, prestación que fue reliquidada mediante Resolución GNR302697 del 14 de noviembre de 2013, dando aplicación al artículo 7 de la Ley 71 de 1988, en la suma de \$7.010.691; posteriormente, COLPENSIONES modificó dicha cuantía mediante Resolución GNR48103 del 14 de febrero de 2017, en la suma \$9.333.597, decisión que fue confirmada por las Resoluciones SUB26722 del 31 de marzo de 2017 y DIR 4736 del 03 de mayo de 2017 (fls.34 a 41, 50 a 55 y 69 a 76).

En los citados actos administrativos se destaca que la demandante cotizó un total de 1.295 semanas y que el IBL para determinar el referido monto de la pensión de vejez, fue calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de cotizaciones, por serle más favorable que el de los cotizados durante toda su vida laboral, además, se le aplicó una tasa de remplazo, también por favorabilidad, del 75% al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, puesto que le era más favorable que la otra opción contemplada del 75%, atendiendo que le era aplicable la Ley 71 de 1988 por ser beneficiaria del régimen de transición, aspecto que también se encuentra fuera de la discusión, así como que también conservó tal prerrogativa al tenor del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que contaba a la entrada en vigencia del mismo con más de 750 semanas de cotización o 15 años de servicios allí requeridos.

De igual modo se encuentra probado en el expediente que la demandante laboró al servicio del Instituto Nacional de Cancerología ESE - Cundinamarca en calidad de Médico Especialista entre el 01 de noviembre de 1984 y el 20 de mayo de 1992 (fl. 19) y según los certificados de información laboral que reposan de folios 19 y 20, estuvo efectuando sus aportes a pensión a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. Posteriormente continuó cotizando al ISS, hoy COLPENSIONES.

Decantado lo anterior, y en aras de dar solución al primer problema jurídico planteado, esto es, si la demandante tiene derecho a que se le reajuste la pensión de vejez en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación al criterio expuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 769 de 2014, según la cual es posible la acumulación de aportes y el tiempo público laborado, haya sido este cotizado o no al ISS hoy Colpensiones, para la viabilidad de la prestación conforme al Acuerdo 049 de 1990, para lo cual debe advertirse que si bien, como lo anotó el Juez a quo para denegar la prestación, en anteriores oportunidades la jurisprudencia asumía como verdad incontrastable que el requisito de semanas cotizadas debía ser únicamente satisfecho con las semanas efectivamente cotizadas al sistema general de pensiones, acogiendo la doctrina probable de la CSJ, toda vez que la H. Sala Laboral de la CSJ, sostenía, en posición mayoritaria, que la densidad de semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990, debían ser realizadas en forma exclusiva al ISS.

No obstante, tal y como venía sosteniendo de tiempo atrás el magistrado ponente, una de las razones para que se determinara la posibilidad de computar cotizaciones con tiempos públicos servidos al Estado y cotizados o no al ISS hoy Colpensiones, radica en la aplicación sistemática de la Ley 100 de 1993, en especial el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 ibidem, normas que permiten acumular para el reconocimiento de las pensiones de vejez, las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia del nuevo sistema general de pensiones, cotizadas al ISS, o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, así no existiere afiliación al sistema, forma ésta de contabilizar las semanas que debe ser tomada en cuenta para el reconocimiento pensional, incluso con base en las normas anteriores aplicables en virtud del régimen de transición.

Lo anterior se afirmaba, en razón a que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservó para quienes se benefician del régimen de transición, los requisitos de tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley, parte final que permite concluir que el análisis realizado en la aplicación sistemática de la contabilización de semanas, se constituye en un argumento válido y lógico, que genera la certeza al aplicar el principio de favorabilidad y acoger entonces esta interpretación, que sin duda alguna resulta más garantista para el reconocimiento de los derechos individuales contemplados en las normas de la seguridad social.

Hermenéutica que fue efectivamente asumida recientemente por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, admitiendo que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales, en sentencias CSJ SL1947-2020, CSJ SL1981-2020 y CSJ SL2557-2020, y en ellas se advirtió la necesidad de preservar las garantías de las sumatorias de los tiempos públicos y privados, por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hacen parte del sistema de seguridad social, de ahí que el parágrafo de dicho articulado deba entenderse para esta sumatoria, como así se expuso:

«En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultra activa de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*».

De conformidad con lo anterior, en el caso de autos, se considera que le asiste el derecho a la demandante para que sea reliquidada su pensión de vejez, aplicando para ello lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, pues ésta es una norma jurídica que también le resulta aplicable por ser beneficiaria del régimen de transición, pues con dicha regulación cumplió la edad de 55 años desde el 17 de diciembre de 2007, al nacer el mismo día y mes del año 1952 (fl. 18), sumado al hecho de que acredita más de 1.000 semanas cotizadas computando las semanas cotizadas y el tiempo público laborado, pues acumula un total de 1.295 semanas, lo que da lugar a que sea aplicada una tasa de reemplazo del 90% en términos del parágrafo del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En ese orden de ideas, una vez efectuado el cálculo del Ingreso Base de Liquidación con base en los últimos 10 años de cotizaciones, conforme lo solicita el recurrente, y aplicando la mencionada tasa de remplazo, se obtuvo una mesada pensional de \$7.563.539,14, esto es inferior a la calculada por COLPENSIONES en sede administrativa, según se evidencia en la siguiente tabla:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	SBC	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO INDEZADO	IBL
DESDE	HASTA							
1/06/2000	31/08/2000	2.884.510	2	57,000000	102,000000	90	5.161.755	\$ 129.043,87
1/09/2000	30/09/2000	2.884.510	2	57,000000	102,000000	30	5.161.755	\$ 43.014,62
1/10/2000	30/11/2000	2.331.010	1	57,000000	102,000000	60	4.171.281	\$ 69.521,35
1/11/2000	31/12/2000	2.884.510	2	57,000000	102,000000	60	5.161.755	\$ 86.029,25
1/01/2001	31/01/2001	2.937.010	2	61,990000	102,000000	30	4.832.635	\$ 40.271,96
01/02/2001	28/02/2001	3.030.000	1	61,990000	102,000000	30	4.985.643	\$ 41.547,02
01/01/2001	31/01/2001	1.212.000	1	61,990000	102,000000	30	1.994.257	\$ 16.618,81
01/02/2001	28/02/2001	3.030.000	1	61,990000	102,000000	30	4.985.643	\$ 41.547,02
01/03/2001	31/03/2001	2.681.000	1	61,990000	102,000000	30	4.411.389	\$ 36.761,57
01/04/2001	30/06/2001	2.552.500	2	61,990000	102,000000	90	4.199.952	\$ 104.998,79
1/07/2001	31/12/2001	3.286.700	2	61,990000	102,000000	180	5.408.024	\$ 270.401,19
01/01/2002	31/01/2002	3.335.200	2	66,730000	102,000000	30	5.098.013	\$ 42.483,44
01/02/2002	28/02/2002	2.681.000	1	66,730000	102,000000	30	4.098.037	\$ 34.150,31
01/03/2002	31/03/2002	3.484.910	1	66,730000	102,000000	30	5.326.852	\$ 44.390,43
01/04/2002	31/08/2002	2.948.800	1	66,730000	102,000000	150	4.507.382	\$ 187.807,58
01/09/2002	31/10/2002	5.897.600	1	66,730000	102,000000	60	9.014.764	\$ 150.246,07
01/11/2002	31/01/2004	6.300.000	1	76,030000	102,000000	450	8.451.927	\$ 1.056.490,86
01/02/2004	29/02/2004	7.560.000	1	76,030000	102,000000	30	10.142.312	\$ 84.519,27
01/03/2004	31/07/2004	6.930.000	1	76,030000	102,000000	150	9.297.120	\$ 387.379,98
1/08/2004	30/11/2004	7.727.000	2	76,030000	102,000000	120	10.366.355	\$ 345.545,18
1/12/2004	31/12/2004	7.726.897	2	76,030000	102,000000	30	10.366.217	\$ 86.385,14
1/01/2005	31/01/2005	7.727.000	2	80,210000	102,000000	30	9.826.131	\$ 81.884,43
1/02/2005	30/06/2005	7.727.000	2	80,210000	102,000000	150	9.826.131	\$ 409.422,14
01/03/2005	30/11/2005	7.727.000	2	80,210000	102,000000	270	9.826.131	\$ 736.959,86
1/12/2005	31/12/2005	7.727.000	2	80,210000	102,000000	30	9.826.131	\$ 81.884,43
1/01/2006	31/01/2006	7.727.000	2	84,100000	102,000000	30	9.371.629	\$ 78.096,91
1/02/2006	31/12/2006	7.783.000	2	84,100000	102,000000	330	9.439.548	\$ 865.291,91
1/01/2007	31/01/2007	7.783.000	2	87,870000	102,000000	30	9.034.551	\$ 75.287,93
1/02/2007	28/02/2007	8.430.000	2	87,870000	102,000000	30	9.785.592	\$ 81.546,60
1/02/2007	30/06/2007	9.150.000	2	87,870000	102,000000	150	10.621.372	\$ 442.557,19
1/07/2007	31/12/2007	8.844.000	2	87,870000	102,000000	180	10.266.166	\$ 513.308,30
1/01/2008	29/02/2008	8.844.000	2	92,870000	102,000000	60	9.713.449	\$ 161.890,82
1/03/2008	31/03/2008	9.321.600	2	92,870000	102,000000	30	10.238.002	\$ 85.316,68
1/04/2008	30/04/2008	10.851.600	2	92,870000	102,000000	30	11.918.415	\$ 99.320,12
1/05/2008	31/05/2008	9.321.600	2	92,870000	102,000000	30	10.238.002	\$ 85.316,68
1/06/2008	30/06/2008	10.086.600	2	92,870000	102,000000	30	11.078.208	\$ 92.318,40
01/07/2008	31/07/2008	13.208.500	2	92,870000	102,000000	30	14.507.021	\$ 120.891,84
01/08/2008	31/08/2008	6.964.500	2	92,870000	102,000000	30	7.649.176	\$ 63.743,14
01/09/2008	30/09/2008	10.086.500	2	92,870000	102,000000	30	11.078.098	\$ 92.317,49
01/01/2009	30/04/2009	10.418.500	2	100,000000	102,000000	120	10.626.870	\$ 354.229,00
01/05/2009	31/05/2009	14.425.500	2	100,000000	102,000000	30	14.714.010	\$ 122.616,75
01/06/2009	31/10/2009	12.003.500	2	100,000000	102,000000	150	12.243.570	\$ 510.148,75
01/11/2009	30/11/2009	9.935.113	2	100,000000	102,000000	30	10.133.815	\$ 84.448,46
1/12/2009	31/12/2009	4.007.000	1	100,000000	102,000000	30	4.087.140	\$ 34.059,50
TOTALES						3.600		
TOTALES						514,29		8.572.011,02
TASA DE REEMPLAZO				90%	PENSION			7.714.809,92
SALARIO MÍNIMO				2.009	PENSIÓN MÍNIMA			496.900,00

En ese sentido, no hay lugar a la reliquidación pretendida, tal y como lo concluyó el juzgador A quo. De modo que se impone la confirmación de la sentencia de primer grado. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

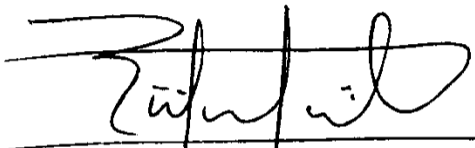
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

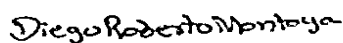
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA contra CIPRECON S.A.S. Rad. 11001 31 05 015 2019 0214 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de CIPRECON S.A.S., a fin de que se declare la existencia de una relación laboral, con fecha de inicio 20 de abril de 2007 y finalización el 30 de agosto de 2018; asimismo, se declare que esta terminó sin justa causa.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las cesantías en cuantía de \$44.319.167, intereses a las cesantías \$15.436.570, prima de servicios \$44.319.167 y vacaciones \$22.159.583, por toda la relación laboral. Igualmente, se le condene al pago de indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indemnización por no consignación de las Cesantías y al reintegro de los valores que tuvo que cancelar al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que se vinculó con la sociedad CIPRECON S.A.S. desde el 20 de abril de 2007, en el cargo de asistente del contador JOSE CARRERO, el cual posteriormente renunció a la empresa, siendo ella nombrada en el mismo cargo desde el 01 de mayo de 2011, para lo cual firmó un contrato por 12 meses, cumpliendo un horario de 8:00 am a 5:45 pm, de lunes a viernes; adicional a ello, debía estar disponible por cualquier requerimiento que se le hiciera los fines de semana. Afirmó que la señora CLAUDIA HERNÁNDEZ, le solicitaba que laborara más allá de su horario laboral, encontrándose subordinada a ella. Que el 30 de abril de 2012, las partes mediante un otro sí, acordaron prorrogar el contrato por un término de 8 meses más, contados a partir del 01 de mayo de 2012, por un valor de \$29.260.000, pagados de forma mensual.

Que el 01 de enero de 2013, suscribió un nuevo contrato por 12 meses, realizando las mismas tareas y bajo subordinación, e igualmente lo hizo el 01 de enero de 2014. Añadió que el 04 de diciembre de 2014, la empresa COIPRECON S.A.S. mediante un otro sí al contrato, extendió las labores y funciones que venia desempeñando, para que las realizara también en la empresa RAHS INGENIERÍA S.A.S. durante doce meses, contratos que fueron renovados el 01 de enero de 2015 por 12 meses, pactando como retribución la suma de (\$4.035.000) mensuales. Que el último contrato suscrito se venció el 31 de diciembre de 2015, para luego ser prorrogado de manera verbal, desde enero de 2016.

Explicó que la empresa le otorgó un préstamo educativo el 02 de septiembre de 2013, para recibir capacitaciones internacionales; y que mediante otro sí y por mera libertad del empleador, el préstamo fue condonado al cumplir la condición de permanecer en la empresa por mínimo dos años.

Que CIPRECON S.A.S. el 29 de junio de 2018, sin ninguna razón decidió dar por terminado el contrato, a partir del 30 de junio de 2018, haciendo referencia a un contrato por prestación de servicios del mismo año, el cual es inexistente. Afirmó que nunca le prestó a la empresa CIPRECON S.A.S. algún tipo de prestación de servicio de tipo mercantil, presentando sus servicios con subordinación, de manera personal, en las instalaciones de la empresa. Concluyó que hasta la fecha no se le han cancelado los salarios y prestaciones debidas, como tampoco la liquidación, ni el reintegro de los aportes pagados a la seguridad social. (fls.3 a 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada CIPRECON S.A.S. dio contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, afirmando que la demandada nunca fue vinculada a la empresa como trabajadora y que nunca fue ejercida subordinación jurídica de ninguna

índole. En cuanto a la relación de servicios que existió entre la demandante y el Sr. JOSÉ BERNAVÉ CARRERO SUÁREZ, explicó que en el año 2007, el Sr. CARRERO manifestó que debido a las múltiples actividades que como contador externo desarrollaba para diferentes empresas, decidió contratar a un profesional que lo apoyara para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, y en consecuencia presentó como su ayudante a la Sra. JEANNETTE LÓPEZ SANABRIA, sin embargo, aclaró que desconoció los detalles de la relación que existió entre ellos. En lo referente a los contratos suscritos, señaló que estos obedecían a contratos de prestación de servicios para la asesoría contable y fiscal de la empresa, donde la demandante prestó sus servicios profesionales de manera independiente y autónoma como Contadora, lo cual se demuestra mediante las pruebas aportadas al proceso como contrato No.006211 y siguientes, y con la presentación de cuentas de cobro/facturas, acompañadas de los soportes de pago de seguridad social.

En lo atinente al préstamo educativo, afirmó que en efecto le otorgaron este crédito pero no en calidad de trabajadora de la empresa, sino ante una solicitud que realizó la actora consecuencia su falta de conocimiento de Normas Internacionales de Información Financiera, por lo que la Empresa accedió a dicha solicitud y otorgó préstamo equivalente a la suma de \$2.415.000, los que fueron condonados considerando las duraderas relaciones civiles derivadas de los contratos de prestación de servicios y la relación de confianza que existía entre ellos. Finalmente, en cuando la terminación de la relación contractual, señaló que de acuerdo al Contrato 001-2015, la empresa tenía la facultad discrecional de dar por terminada la relación de servicios que venía siendo ejecutada, decisión que le fue informada a la demandante el 29 de junio de 2018.

Propuso como excepciones previas, las de «ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales», «prescripción», y de mérito las de, «inexistencia de la relación laboral», «buena fe», «cobro de lo no debido y falta de legitimación por pasiva», «inexistencia de la obligación», «las demás que resulten probadas y que surjan de los indicios en el curso del proceso». (fls.54 a 94 y 154 a 233).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 08 de septiembre de 2020, absolvió a la parte demandada CIPREDON S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda, declaró probadas las excepciones de «cobro de lo no debido» e «inexistencia de la relación laboral», propuestas por la demandada.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que aunque operó la presunción del art. 24 del CST, por encontrarse acreditada la prestación personal del servicio, la misma fue desvirtuada al no encontrarse demostrado el elemento subordinación. En cuanto a lo manifestado por la demandante, referente a que laboraba cumpliendo un horario en las instalaciones de la empresa demandada, señaló que de acuerdo a lo confesado en su interrogatorio de parte, esto lo hacía porque debido a la cantidad de trabajo, le resultaba más práctico cumplir las funciones dentro de la empresa. Puntualizó que al tratarse de una profesión liberal, como lo es la abogacía y la contaduría, la demandante tenía autonomía y libertad para desarrollar sus funciones, tanto en la demandada como en otras empresas, situación que fue demostrada dado que la Sra. LÓPEZ SANABRIA fungía como revisora fiscal y llevaba las contabilidades de varias empresas de donde recibía sus honorarios.

En consecuencia, el juzgador de primera instancia determinó que los contratos de prestación de servicios arrimados como prueba, gozaban de plena validez.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora apeló la decisión, solicitando sean valoradas en su totalidad las pruebas, toda vez que se da por probado sin estarlo que no existió subordinación, pese a que si existió; lo anterior, teniendo en cuenta que se hace una equivocada valoración de la prueba testimonial y del interrogatorio de parte que se le realizó a la demandante, teniendo en cuenta que la accionante no manifestó que llevaba contaduría para otras empresas, lo que indicó es que hacía una revisoría fiscal, los días sábados, lo cual debido al cumulo de trabajo con CIPRECON, dejó de practicar y realizar.

Adicional a ello, señaló que el A quo no realizó una valoración de todas las pruebas documentales, dado que se encuentra modificación al contrato, hecho por la parte demandada donde asignó las mismas funciones para otra empresa; a su vez, tampoco se tuvo en cuenta que a folio 151 del expediente, obra entrega de contabilidad con fecha de 2018 de CIPRECON S.A.S y el señor HERNANDEZ, resaltando que dentro del contrato no se estableció que ella debía realizar la contabilidad para todas las empresas que considerara CIPRECON S.A.S, modificando así las condiciones inicialmente pactadas en el contrato de prestación de servicios, y dejando ver claramente la subordinación.

Agregó que el despacho tampoco hizo referencia de la certificación expedida por la empresa, mediante la cual se puede comprobar que laboraba desde las 7:30 am hasta las 8:00pm, así como del testimonio rendido por la señora LINA, quien manifestó que

a la actora se le asignaba una oficina y el acceso se registraba; igualmente, el testimonio de la señora MARTA quien indicó que podía ingresar una persona detrás de otra, lo que impedía el control de la entrada de todas las personas.

Concluyó, que si bien la contaduría es una actividad liberal, el hecho que la demandante la ejerza para otras personas, aún vinculada con un contrato de trabajo, en nada le impide que por fuera de su contrato laboral, preste sus servicios para a otros, tal como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, la cual indicó que después de la jornada laboral, la subordinación del empleador desaparece.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

El apoderado de la demandante se ratificó en los puntos de apelación, y señaló que es clara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por lo que solicitó dar análisis a las pruebas correspondientes a los contratos de prestación de servicios, que se suscribieron hasta 2015, y no a 2018 ya que en este año no se concretó de manera escrita. En lo que respecta a los horarios, sugirió verificar la documental obrante a folio 248, de donde se puede observar la relación de días y horarios en el que laboraba la actora; igualmente, pidió analizar lo concerniente a los cambios generados en el contrato de prestación de servicios de la señora López Sanabria, los cuales a su juicio, demostraban la subordinación.

Por su parte, el apoderado de la demandada, señaló en sus alegatos que existe la documental suficiente para dejar probado que la demandante se vinculó a CIPRECON a través de varios contratos de prestación de servicios, que tuvieron inicio el 1 de mayo de 2011. Asimismo, del interrogatorio de parte de la demandante, se puede observar que antes de 2011, recibía el pago de sus honorarios de parte del Sr. JOSÉ CARRERO, lo cual fue corroborado mediante los testimonios de Lina Hernández y Martha Carrero.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo entre la Señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA y CIPRECON S.A.S. En caso afirmativo, determinar la procedencia de las condenas solicitadas.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. 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. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma codificación, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no poder llegar a desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

En el caso bajo estudio, la demandante solicitó se declare que existió un contrato de trabajo con CIPRECON S.A.S., desde el 20 de abril de 2007 y hasta el 30 de julio de 2018. Para probar su dicho, obran en el proceso los siguientes medios probatorios:

- Contrato de Prestación de Servicios No. 006-2011, suscrito entre la señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA y CIPRECON S.A., de fecha 1 de mayo de 2011 (fls. 10-11).

- Otro Si al Contrato de Prestación de Servicios No. 006-2011, mediante el cual se prorroga el término inicial por 8 meses más (fl. 12).
- Contrato de Prestación de Servicios No. 006-2003-2013, suscrito entre la señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA y CIPRECON S.A., de fecha 1 de enero de 2013 (fls. 13-14).
- Otro Si al Contrato de Prestación de Servicios No. 001-2014, mediante el cual la demandante se obligó para con CIPRECON S.A.S., realizar las mismas funciones para la empresa RAHS INGENIERIA S.A.S., en los temas contables y tributarios (fl. 15).
- Contrato de Prestación de Servicios No. 001-2015, suscrito entre la señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA y CIPRECON S.A., de fecha 1 de enero de 2015 (fls. 16-17).
- Otro Si al préstamo educativo, mediante el cual las partes JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA y CIPRECON S.A., acordaron condonar el préstamo educativo otorgado el 2 de septiembre de 2013 (fl. 18).
- Certificación de prestación de servicios a la empresa desde el 20 de abril de 2007, con honorarios de \$4.954.000 (fl. 19).
- Terminación Contrato de prestación de servicios (fl. 20).
- Interrogatorio de parte realizado a la representante legal CLAUDIA FERNÁNDEZ SUÁREZ, quien manifestó ocupar ese cargo desde el año 2000. Señaló que la contratación de JEANNETTE tuvo 2 etapas, la primera a través del Sr. CARRERO, contador y asesor contable de la empresa, quien para el año 2007 llevó a trabajar a la demandante para que lo ayudara, siendo el único responsable de los pagos a la actora, y la segunda para el año 2011 cuando el Sr. CARRERO se fue de la empresa, y dado que JEANNETTE ya conocía la empresa era más practico que ella fuera la asesora contable en reemplazo, por lo que suscribieron contratos de prestación de servicios desde el 2011 y hasta el 2018. En cuanto a la empresa RAHS INGENIERIA S.A.S., indicó que el contrato de prestación de servicios se había extendido a ésta, por cuanto ellos tienen 2 empresas, pero que después del año 2015, estas las declaraciones y demás requerimientos de la DIAN, pasaron a otro profesional, que se encontraba vinculado por contrato de trabajo. Frente a las declaraciones de renta del Sr. RICARDO HERNÁNDEZ y sus hijas, manifestó no conocer del tema. En cuando al préstamo condonable de educación, insistió en que la empresa decidió ayudarla por para ingresar a un diplomado, y que el pago de este préstamo estuvo sujeto a que la demandante continuara prestando sus servicios para la demandada. En lo que tiene que ver con los contratos de prestación de servicios con posterioridad al año 2015, indicó que no vieron la necesidad de elaborar nuevos contratos, puesto que este se renovaba automáticamente. Finalmente, afirmó que la demandante nunca

estuvo subordinada a la empresa, que ella no iba todos los días, y que no cumplía un horario de trabajo, ya que el mismo lo manejaba a su conveniencia.

Por su parte, la demandada CIPRECON, con la finalidad de desvirtuar la relación laboral, allegó el siguiente material probatorio:

- Contrato de Prestación de Servicios No. 006-2011, suscrito entre la señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA y CIPRECON S.A., de fecha 1 de mayo de 2011 (fls. 106-107).
- Informe de Revisoría fiscal del mes de mayo de 2014, donde JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ S., fungía como revisor fiscal de la empresa PROHORIZONTAL PROPIEDAD S.A.S. (fls. 110).
- Facturas/Cuenta de cobro por pago de honorarios de la Sra. JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA, Cliente PROHORIZONTAL PROPIEDAD S.A.S., años 2013, 2014 y 2015 (fl.111, 113-117, 121-124, 126, 128, 130, 132, 134).
- Balance General empresa QUIROGA S.A.S., de septiembre de 2016, donde figura como Contadora, la señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA (fls. 118-119).
- Certificaciones suscritas por JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA, como contadora de la empresa QUIROGA S.A.S. (fls. 120, 135-139).
- Certificaciones suscritas por JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA, como contadora del CONSORCIO FERREO CENTRAL (fl. 140-142).
- Otro Si al Contrato de Prestación de Servicios No. 006-2011, mediante el cual se prorroga el término inicial por 8 meses más (fl. 143).
- Contrato de Prestación de Servicios No. 006-2003-2013, suscrito entre la señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA y CIPRECON S.A., de fecha 1 de enero de 2013 (fls. 144-145).
- Certificación de trabajador independiente, donde la demandante solicitó le sea aplicada la retención en la fuente a título de impuesto de renta, teniendo en cuenta que los ingresos recibidos por CIPRECON, eran más del 80% de sus ingresos totales (fls. 146).
- Contrato de Prestación de Servicios No. 001-2015, suscrito entre la señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA y CIPRECON S.A., de fecha 1 de enero de 2015 (fls. 147-148).
- Comprobante de préstamo condonable y autorización para descontar de honorarios (fls. 149-150).
- Estado de situación financiera y acta de entrega de estados financieros (folios 151-155).

- Certificación de prestación de servicios profesionales de Contadora de la señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA, para la demandada CIPRECON S.A.S. desde el 1 de mayo de 2011 hasta el 30 de julio de 2018 (fls. 157).
- CD contentivo de facturas y pago de honorarios a la señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA (fls. 179).
- CD contentivo de registro de entradas y salidas de la demandante a las instalaciones de la empresa CIPRECON S.A.S. (Fls. 180).
- Interrogatorio practicado a la demandante, de donde se pudo establecer que llegó a la Empresa a través de una amiga intermediaria del Sr. CARRERO, quien le manifestó que le ayudara (en sus labores), ante lo cual aceptó y fue presentada ante la Gerencia; que de los años 2007 a 2018, le otorgaron un profesional para que le revisara su trabajo, le diera aval y firmara las declaraciones. Que en un principio manejaba otras contabilidades, pero que debido a la cantidad de trabajo y a que la empresa le exigía más tiempo, tuvo que dejarlas en el año 2009, y que únicamente aceptó unas asesorías fiscales que cuadraba para los fines de semana y que no requerían estar yendo a las empresas. Señaló que los pagos que le realizaba el Sr. CARRERO, se debían a cuentas de cobro de honorarios que ella le pasaba a él, y que el pago siempre era en efectivo. Afirmó que debía asistir diariamente a la compañía y que si no lo hacían, habían reclamos por parte de la gerente administrativa; además que siempre se encontró sujeta a rendir lo que hacía y además la demandada le indicaba cómo hacerlo. Que las semanas que no se reportaba su ingreso era porque se encontraba en Santa Marta, desplazamiento que también debía hacer por orden de la compañía; asimismo, que debía pedir permisos y presentar incapacidades, y que aun estando en incapacidad debía trabajar dado que le instalaron un programa para poder trabajar desde su casa. Aclaró que nunca le fue presentado el Reglamento Interno del Trabajo ni se le exigió su cumplimiento porque nunca lo violó, y que en ocasiones recibió llamados de atención verbales por llegar tarde por parte de la gerencia administrativa.
- Testimonio de la Señora MARTHA YANETH CARRERO SANABRIA, trabajadora de CIPRECON S.A.S. desde septiembre de 2008. Dijo que para la época en que ella llegó a la empresa, la Sra. LÓPEZ SANABRIA, le prestaba sus servicios al Sr. CARRERO, y que después del año 2011 suscribió contrato de prestación de servicios para ser asesora contable; que no cumplía un horario y que solo iba cuando necesitaba entregar o verificar alguna información; que nunca se le inició proceso disciplinario. Que para el cobro de los honorarios JEANNETTE presentaba cuentas de cobro y los comprobantes de pago a seguridad social, y se le hacía una transferencia a la cuenta bancaria de su propiedad que tenía radicada en la empresa. Señaló que en la empresa existe un

área de trabajo para la parte contable y que ella se acomodaba en un escritorio, pero que este no era exclusivo de ella. Indicó que la demandante en ocasiones debía salir de viaje para revisar información contable en otras ciudades y que los costos de hospedaje los cubría la empresa. En cuanto a permisos, señaló que la demandante nunca los presentó, y en cuanto a las incapacidades mencionadas, dice que nunca conoció de esa información, y agregó que la demandante no debía ir a la empresa porque ella podía trabajar desde donde quisiera. Agregó que la actora le había contado que era revisora fiscal del conjunto donde vivía.

- Testimonio de la Sra. LINA MARIA HERNANDEZ PERILLA: Directora de desarrollo de negocios de CIPRECOM. Señaló que la labor de asesoría contable y fiscal, en un principio la prestaba el Sr. CARRERO, y posteriormente desde 2011, la señora JEANNETTE, bajo un contrato de prestación de servicios, donde la actora asesoraba a la empresa en el control de estados financieros, impuestos. Afirmó que ella no tenía un horario asignado y que cuando debía hablar con ella, debía consultar primero en recepción para saber si estaba en las oficinas. Agregó que la demandante era libre en su tiempo y no necesitaba pedir permisos, además que dijo que a esta no se le daban ordenes pero si instrucciones referente a las fechas límite para presentar su trabajo. Dijo conocer que la actora prestaba servicios para otras empresas, como quiera que 2 de esas empresas son de su familia, y que a estas también pasaba cuentas de cobro de honorarios.

En este escenario, de la prueba documental y específicamente de lo dicho en las declaraciones de parte y los testimonios, debe concluir la Sala que la vinculación de la Señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA, no estuvo regulada por un contrato de trabajo, pues si bien acreditó que prestó servicios en favor de CIPRECON S.A.S., a partir del 1 de mayo de 2011, también lo es que, la demandada desvirtuó la presunción que operó en su contra, como quiera que en dicho contrato no se observa el elemento esencial denominado subordinación, característico, propio y diferenciador del contrato de trabajo de cualquier otra modalidad de carácter laboral, pues pese a que la demandante afirmó que se encontraba subordinada a las órdenes que impartía la demandada, del material probatorio se pudo comprobar que no tenía exclusividad con la demandada, que servía de revisora fiscal y contadora para otras empresas, y que su labor si bien contaba con directrices, gozaba de plena autonomía.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la certificación expedida por la empresa demandada, referente a las horas de entrada y salida de la actora a sus oficinas, se observa que en efecto la señora LÓPEZ SANABRIA, ingresó en varias oportunidades aproximadamente a las 7:30 am, y salía entre 4:00pm y 5:00pm (la mayoría de las

veces), sin que esto pueda ser razón suficiente para establecer que se desplazaba hasta las instalaciones de la demandada, por orden o como mandato de las directivas de la empresa, pues de esto no se tiene prueba alguna, y adicionalmente se encuentran días en que la actora no reportaba entradas. Igualmente, en cuanto al espacio físico en que la actora prestaba sus servicios, este hecho no es presupuesto para tener por demostrado un vínculo laboral entre las partes, ya que del testimonio de MARTHA CARRERO SANABRIA, también se pudo observar que la parte contable contaba con un espacio de trabajo, sin que ello significara que el lugar donde ella se sentaba a laborar fuera de su exclusividad.

En cuanto a la inexistencia de contratos de prestación de servicios en la modalidad escrita a partir del año 2016 y hasta la finalización de la relación contractual, debe indicar esta Sala, que este no es un elemento que demuestre, per se, la existencia de una relación laboral, dado que el contrato por prestación de servicios es un contrato consensual, es decir, que basta con el consentimiento de las partes para que este se perfeccione. Aunado a lo anterior, mientras que la Ley no exija determinada solemnidad para la existencia de este tipo de contrato, ninguna podrá sumársele o atribuírsele, ya que en este sentido, los únicos contratos para la prestación de servicios que exigen solemnidad por escrito, son aquellos que se llevan a cabo con entidades del Estado. Todo lo anterior, sumado a que desde el año 2011 la demandante suscribía contratos para la prestación de servicios profesionales de Contadora, lo que indica que era esta la verdadera y única intención de dicha relación contractual.

De conformidad con lo expuesto, y al encontrarse demostrado que no existió contrato de trabajo entre la Señora JEANNETTE PATRICIA LÓPEZ SANABRIA y CIPRECON S.A.S., la Sala no somete a discusión las condenas solicitadas, por tratarse de un punto totalmente innecesario por elemental sustracción de materia, y en consecuencia, confirmará la sentencia apelada en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

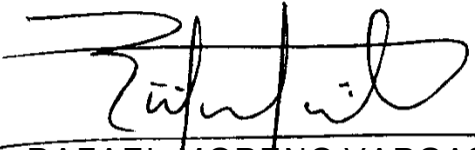
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por YOLANDA CARDENAS CABRERA contra COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOLUCIONES Y SERVICIOS SOLSER CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SISTEMAS PRODUCTIVOS EN SALUD SIPROSALUD, FUNDACIÓN DE DIAGNÓSTICO NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO, HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y ORDEN HOSPITALARIA SAN JUAN DE DIOS. Rad. 11001 31 05 021 2016 0686 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 021 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora YOLANDA CARDENAS CABRERA, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOLUCIONES Y SERVICIOS “SOLSER CTA”, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SISTEMAS PRODUCTIVOS EN SALUD “SIPROSALUD”, FUNDACIÓN DE DIAGNOSTICO NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO y HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL de propiedad de la orden hospitalaria SAN JUAN DE DIOS, a fin de que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 06 de abril de 2009 y que terminó sin justa causa el 07 de noviembre de 2012, momento en el que gozaba de la garantía legal de estabilidad consagrada en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, por encontrarse afiliada al sindicato de trabajadores del Hospital Universitario Clínica San Rafael “ASINTRAF”, desde el 03 de mayo 2012. Igualmente, se declare que su despido es ineficaz al ser beneficiaria de estabilidad laboral reforzada, por su condición de

discapacitada. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a restablecer el contrato de trabajo en las mismas o mejores condiciones de las que se encontraba la demandante, para el 7 de noviembre de 2012; a reconocer y pagar los salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, y demás derechos inherentes al contrato de trabajo, igualmente al pago del ajuste del valor (IPC) e intereses moratorios sobre cada obligación mensual vencida y no cancelada, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso .

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que suscribió un acuerdo cooperativo de trabajo asociado, con la Cooperativa de Trabajo Asociado “SOLSER” en fecha 06 de abril de 2009; que posteriormente, el 29 de marzo de 2010, suscribió un convenio de trabajo asociado con “SIPROSALUD”, con vigencia a partir del 01 de abril de 2010, en el cargo de auxiliar de enfermería, al servicio exclusivo, bajo la continua dependencia y subordinación del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, de propiedad de la orden hospitalaria SAN JUAN DE DIOS, realizando sus funciones de manera supeditada, vigilada, y coordinada con el hospital y bajo parámetros y reglamentos externos, explicó que la contratación se realizó a través de la FUNDACIÓN DE DIAGNOSTICO NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO en virtud de la cual desarrolló para CTA SIPROSALUD, labores propias del objeto para el cual fue creado el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, explicó que el contrato fue a término indefinido como lo definió el laudo arbitral que se emitió para dirimir el conflicto colectivo entre el HOSPITAL CLÍNICA SAN RAFAEL y su sindicato de trabajadores.

Que el 26 de octubre de 2012, los trabajadores del área de radiología del Hospital Universitario Clínica San Rafael, vinculados a través de la cooperativa de trabajo asociado fueron convocados a una reunión, en la cual representantes de la FUNDACIÓN DE DIAGNÓSTICO NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO le solicitaron qué presentarán sus renuncias a partir del 31 de octubre de 2012, de lo contrario serían despedidos. Que la propuesta por parte de la fundación, hallaba sustento en la posibilidad de una vinculación laboral, para que continuaran prestando sus servicios al Hospital; no obstante, la demandante mediante comunicado del 26 de octubre de 2012 dirigido a la cooperativa y a la Fundación, rechazó la propuesta, e indicó que era objeto de intermediación laboral, solicitando el respeto por sus derechos laborales. Que mediante comunicación del 7 de noviembre de 2012, la CTA SIPROSALUD, le informó a la demandante la decisión de dar por terminado su vínculo de trabajo asociado, dado que su cargo había sido suprimido, como consecuencia de la terminación de la oferta mercantil suscrita con la FUNDACIÓN DE DIGANÓSTICO NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO; sin embargo, señaló que las funciones

prestadas por ella, continuaron desarrollándose por personal vinculado a través de la firma PORTAFOLIO LABORAL S.A.S.

Agregó que en el mes de febrero del 2012, acudió al servicio de urgencias del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL como consecuencia de un intenso dolor en su hombro derecho al levantar a un paciente, que le generó 4 días de incapacidad con tratamiento médico, en el cual se encontraba para el momento en el que se produjo su despido. Recordó que el 3 de julio de 2012, el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL fue informado de su afiliación al sindicato; adicional a ello, ASINTRAF presentó al hospital un pliego de peticiones, con el propósito de mejorar las condiciones de trabajo, dando inicio a un conflicto colectivo de trabajo que para el momento del despido no había sido definido. (fls.4 a 41 y 290 a 331).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, al señalar que la demandante, no fue trabajadora del hospital. Explicó que la actora fue asociada de la cooperativa SOLSER CTA, la cual cuenta con autonomía administrativa, técnica y financiera; en igual medida, consideró que la presunta relación laboral existió hace aproximadamente 8 o 9 años, encontrándose prescrita. Aclaró que dada la especialidad de la labor encomendada, fue contratada a través de personas jurídicas especializadas, como lo son las cooperativas, y asimismo explicó que desconoce las condiciones de tiempo, modo y lugar, en la que la demandante estuvo como trabajadora asociada a la cooperativa. Afirmó que el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, jamás ejerció como empleador de la demandante, por lo que desconoce las cláusulas y regulaciones a las que hace referencia, ya que no tuvo ninguna participación o injerencia. Enfatizó que al no ser trabajadora del hospital, no podía ser miembro de la organización sindical, y mucho menos ser beneficiaria del fuero circunstancial; agregó que desconocía una presunta afiliación ilegal e inexistente al sindicato, siendo improcedente el restablecimiento solicitado, como el pago de salarios dejados de percibir. Propuso como excepciones previas, las de «prescripción», y perentorias las de, «compensación», «buena fe», «prescripción». (fls. 368 a 379).

Por su parte, la ORDEN HOSPITALARIA DE SAN JUAN DE DIOS, dio contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, al manifestar que la actora, no ha sido trabajadora de la orden hospitalaria ya que su vínculo lo fue con “SOLSER CTA” y “SIPROSALUD”, entidades que cuentan con autonomía administrativa, técnica y financiera, razón por la que dijo desconocer las condiciones laborales aducidas por la demandante. Igualmente, dijo no tener conocimiento de lo manifestado respecto a la afiliación del sindicato. Agregó que no se le puede condenar

a pagar salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema integral de seguridad social y parafiscales, así como demás derechos inherentes a un contrato de trabajo, ya que este es inexistente, así como de la presunta omisión en la aplicación de la Ley 361 de 1997. Abonado a lo anterior, enfatizó que los derechos laborales contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo, prescriben a los tres años de haberse causado, y según lo manifestado por la accionante, la relación laboral finalizó el 07 de noviembre de 2012, pero el proceso ordinario se inició el 13 de diciembre de 2016, encontrándose prescrito el derecho. Propuso como excepciones, las de «falta de legitimación por pasiva», «inexistencia obligación indemnizatoria a ORDEN HOSPITALARIA DE SAN JUAN DE DIOS y cobro de lo no debido», «excepción genérica», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de los elementos esenciales que dan lugar al contrato de trabajo», «cobro de lo no debido», «inexistencia de la obligación». (fls.461 a 468 y 526 a 538).

A su turno, la FUNDACIÓN DE DIAGNOSTICO NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO, dio contestación a la demanda, con oposición a las pretensiones, poniendo de presente que no tuvo relación laboral alguna con la demandante. Explicó que contrató con las cooperativas aquí demandadas, sus servicios autónomos e independientes, las cuales actuaron con autonomía administrativa, técnica y directiva, bajo su propio riesgo y dirección. Manifestó que se opone al pago de los conceptos laborales solicitados, toda vez que no le asiste la obligación, menos aún como lo pretende la accionante al pedir un doble pago por la prestación de un mismo servicio. Propuso como excepciones, las de «inexistencia de las obligaciones que se pretenden reducir en juicio a cargo de la demandada», «cobro de lo no debido», «buena fe», «prescripción», «de las demás que el juzgado encuentre probadas y que por no requerir formulación expresa declare de oficio». (fls.469 a 479 y 542 a 551).

Mediante auto del 21 de octubre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SISTEMA PRODUCTIVOS EN SALUD “SIPROSALUD CTA” (fls.608).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 08 de septiembre de 2020, declaró que entre la demandante y el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, existió un contrato de trabajo vigente desde el 06 de abril de 2009 hasta el 07 de noviembre de 2012. Declaró que al momento de la terminación del contrato de la accionante, esta se encontraba amparada por la garantía de fuero circunstancial; asimismo, declaró probadas las excepciones de «prescripción» propuesta por las demandadas, así como la de «inexistencia de las obligaciones», «cobro de lo no debido» formuladas por FUNDACIÓN NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO, «inexistencia de la obligación indemnizatoria a nombre de la orden

hospitalaria de SAN JUAN DE DIOS», propuesta por la ORDEN HOSPITALARIA SAN JUAN DE DIOS. En consecuencia, absolvió a la FUNDACIÓN DIAGNOSTICO NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO, la ORDEN HOSPITALARIA SAN JUAN DE DIOS y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SIPROSALUD, de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que las actividades desarrolladas por la demandante fueron las de auxiliar de enfermería, en ejecución del contrato suscrito entre ella y la fundación NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO desempeñando sus funciones a favor de los pacientes del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y en sus instalaciones. Manifestó que se evidenció a folio 49, que las actividades de auxiliar de enfermería ejercidas por la aquí demandante, eran necesarias para prestar los servicios de salud y no eran extrañas al giro ordinario del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y a su actividad misional, ya que dentro de sus funciones se encuentra ejercer la actividad del servicio de salud, siendo necesario para ello contratar con profesionales de la salud, personal asistencial, entre los que se encuentran los auxiliares de enfermería para el cabal cumplimiento de sus objetivos.

Agregó que el representante legal de la Clínica San Rafael, en su interrogatorio de parte, manifestó que al finalizar la prestación de servicios, la FUNDACIÓN DIAGNÓSTICA NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO, continuó siendo contratada con otras firmas, para posteriormente el hospital empezar a contratar directamente este personal, lo que refleja claramente la necesidad de la permanencia de las funciones ejercidas de la demandante; al mismo tiempo el testimonio de la señora CLEMENCIA MAYORGA quien declaró que la demandante se encontraba vinculado como auxiliar de enfermería en el servicio de radiología, y que pese a los cambios de cooperativa, ésta siempre ejerció las mismas funciones de auxiliar de enfermería, sin ningún tipo de interrupciones, destacando que durante el tiempo en que estuvo vinculada por intermedio de estas cooperativas no se evidenció que hubiese ejercido actividades distintas, a las de auxiliar de enfermería.

Adujo que si bien se suscribió por la demandante un acuerdo con la cooperativa y que incluso pudo haber participado en alguna asamblea, este hecho no resulta suficiente para establecer qué se trata de una trabajadora cooperada.

También consideró el despacho, que la demandante recibió de la CLÍNICA SAN RAFAEL, felicitaciones e incentivos por su labor; en igual medida, a folio 132 a 133 del expediente se corroboró que las distintas cooperativas no contaban con equipos propios que fueran puestos a disposición con autonomía e independencia para realizar sus labores, aspecto característico del trabajo autogestionario, como tampoco se estableció que las actividades desempeñadas por la demandante al servicio de radiología, tuvieran

un conocimiento especial, o que se tratarán de actividades exclusivas que abrieran la posibilidad de contratación a través de estas cooperativas, siendo actividades propias de la clínica San Rafael y que ameritan una contratación directa. En cuanto a la asociación sindical de la demandante, el despacho estableció que esta se dio en junio de 2012, y que para la fecha del despido, en efecto, se encontraban en conflicto colectivo, lo que la hace beneficiaria del fuero circunstancial.

Ahora bien, en cuanto a la prescripción, encontró que la desvinculación de la demandante tuvo lugar el 7 de noviembre del año 2012, que la demanda con la que se inició el proceso fue presentada el 7 de diciembre del año 2016, cómo consta a folio 182, es decir, que esta fue presentada después de más de 4 años de haber terminado el contrato de trabajo. En cuanto a la interrupción de la prescripción, señaló que con las diferentes solicitudes y derechos de petición realizados a las demandadas, no observó ninguna solicitud con la cual se pudiera interrumpir el fenómeno prescriptivo, debiéndose efectuar sobre el derecho que se pretenda, operando así el fenómeno de prescripción, no siendo procedente el reintegro y las consecuencias que de ello se derivan.

Finalmente, frente a la incapacidad y a las sanciones de la Ley 361 de 1997 al momento de su despido, se tiene que serán beneficiarios los trabajadores que tienen una discapacidad, no obstante, la juez indicó que no se acreditó que los empleadores tuvieran conocimiento del estado de salud de la accionante, pues no se evidencia que haya sido informado el extremo pasivo, con lo cual no entró el despacho a analizar la solidaridad entre las demandadas, toda vez que no hubo condena debido a que se declaró probada la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de la parte actora, interpuso recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia en aquellos aspectos desfavorables al trabajador, sustentó su solicitud de acuerdo con lo previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual señala que por regla general las acciones prescriben en 3 años, contados a partir desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. No obstante, señaló que de acuerdo con el artículo 489 del mismo estatuto laboral, la interrupción de la prescripción puede darse por una sola vez y la misma opera cuando el trabajador hace un reclamo ante el empleador, señalando el derecho que reclama, esta disposición debe ser entendida en armonía con lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual señala lo mismo en relación con el simple reclamo por escrito del trabajador. Afirmó que en este caso la demandante realizó reclamo al empleador debidamente sustentado, señalando claramente cuáles eran las pretensiones que hoy

se ventilan en este proceso, por tanto debe declararse no probada la excepción de prescripción, porque como se indicó la accionante si solicitó a cada uno de los demandados el reconocimiento de los derechos que hoy son objeto de discusión en este trámite debiendo valorarse las solicitudes hechas por la demandante en su momento.

Por su parte, el apoderado de la demandada HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, manifestó que si bien no existen ordenes en su contra y que solo pueden presentar recurso de apelación aquellos a los que les sea desfavorable la sentencia, lo cierto es que hubo una declaratoria de contrato de trabajo en su contra y se opone a ella a pesar de haber operado el fenómeno de prescripción. Por lo anterior, solicita se revoque lo relativo a la intermediación laboral, aduciendo que el Juzgado tomó como prueba el interrogatorio de la demandante para declarar probado un contrato de trabajo, yendo en contravía de las disposiciones del CGP, en lo atinente a que las partes solo podrán confesar lo que les es desfavorable y no en lo favorable como determinó la Juez de primera instancia. Agregó que la Clínica San Rafael no tuvo contrato alguno con CTA, y tampoco hubo una simulación o intermediación ilegal; asimismo, señaló que los representantes legales de la fundación y de la clínica, fueron contundentes en afirmar que los equipos de radiología eran de la fundación y que se pagaba un arriendo por ellos, pero que como no se había demostrado este hecho con facturas, la juez de primera instancia no podía llegar a la conclusión que la imposibilidad del Hospital de poder prestar el servicio de radiología implicaba necesariamente la contratación de un tercero que tuviera los equipos y al cual se le arrendaban las instalaciones para que fuera el beneficiario de la obra, es más señaló que a quien se le pagaba la prestación del servicio era a la fundación y no a la Clínica. Igualmente, señaló que no podría hablarse de que la labor era propia de la institución, ya que la Clínica no contaba con los medios para desempeñar estas labores, y mucho menos eran los dueños de la obra en la que la demandante prestó sus servicios. Finalizó indicando que la actora habría realizado cursos cooperativos, que asistió a reuniones de la CTA, que acreditó su firma y que además las solicitudes que realizaba eran afirmando que quien no le pagaba era la Cooperativa, por lo que no podría declararse un contrato de trabajo con la Clínica.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron los siguientes alegatos:

El apoderado del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, presentó sus alegatos como se observa a folios 657-658, donde manifestó en síntesis, que el fallo de primera instancia habría desconocido la existencia del contrato para la prestación de servicio de imágenes diagnósticas, y en desarrollo del cual la demandante cumplió con

el objeto del contrato suscrito entre la Cooperativa y la FUNDACIÓN DE DIAGNÓSTICO NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO, al punto que era la Cooperativa la que asignaba horarios y quien a través de su personal impartía ordenes e instrucciones a la demandante. Señaló que tampoco tuvo en cuenta la Juez, que la Clínica debido a su especialidad y estructura, no presta los servicios de imágenes diagnósticas, y que estos servicios los desarrolla a través de personas jurídicas especializadas, quienes gozan de autonomía administrativa y técnica, y quienes son autónomos en la organización de sus servicios.

Por su parte, la apoderada de la demandante presentó sus alegatos, manifestando que la Juez de primera instancia al realizar una indebida apreciación de las pruebas, habría declarado probada la excepción de prescripción, dejando pasar por alto que la demandante habría interrumpido la prescripción mediante los derechos de petición que radicó en cada una de las dependencias de las demandadas, y que estas peticiones son el “simple reclamo” que señala la Ley (fls. 664-665).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión, establecer en primer lugar, si se encuentra probada la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante YOLANDA CARDENAS CABRERA y el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL. Establecido lo anterior, determinar si las condenas aquí solicitadas se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

CONSIDERACIONES

Para desanudar el problema jurídico planteado, es preciso señalar que de acuerdo con la jurisprudencia laboral que se ha adocinado en torno a las Cooperativas de Trabajo Asociado, se concluye sin asomo de duda, que en aquellos casos donde el trabajador presta sus servicios para beneficiar a un tercero quien además de utilizar como vehículo intermediario a una Cooperativa de Trabajo Asociado, ejerce sobre el asociado la subordinación característica de una relación laboral, por regla general, éste último quien se encuentra sujeto a dicha subordinación será considerado como trabajador del beneficiario del servicio; en este punto, cabe destacar que hasta antes del año 2006 no existía disposición legal expresa que así lo indicara, pero con la expedición del Decreto 4588 del mentado año, dicho vacío legislativo fue subsanado, y en su art. 16 expresamente se adoptó el referido postulado que hasta el momento sólo había sido acogido vía jurisprudencial, y estatuyó que ante la desnaturalización del objeto del trabajo asociado, el trabajador cooperado se considerará como empleado dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie del servicio, y en el art. 17 se previó que

el ente cooperado será responsable solidario de las acreencias laborales que se pudieran generar de la anterior premisa.

Bajo este panorama, entonces, el razonamiento plasmado en la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la academia fue consignado en el citado Decreto, como respuesta a la desnaturalización del objeto y finalidad de las cooperativas de trabajo asociado ya que las mismas comenzaron a ser utilizadas tanto por el sector público y privado en la mayoría de los eventos, como canales para restarle garantías laborales a los trabajadores y como forma de evadir los pagos al sistema de seguridad social, y por otra parte, con la clara intención de materializar la tipificación de una conducta generalizada por los empleadores quienes hacían uso de las Cooperativas de trabajo Asociado con la única intención de conseguir mano de obra a un costo ostensiblemente menor.

En el cauce de este avance legislativo, se expidió la Ley 1233 de 2008, que en su art. 7º estableció las siguientes prohibiciones a la Cooperativas de Trabajo Asociado:

1. No pueden las Cooperativas de Trabajo Asociado, disponer de la mano de obra de sus asociados para ofrecerlos como empleados en misión a terceros contratantes, menos aún, cuando estos terceros beneficiarios intervengan en la selección del trabajador asociado.
2. «Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos».
3. La potestad subordinante propia de un empleador, que se materializa por excelencia en la autoridad disciplinante sobre el trabajador, en ningún caso puede ser ejercida por el tercero contratante. Cabe destacar, que desde el Decreto 4588 de 2006, ya se había estipulado la prohibición consistente en remitir a los trabajadores asociados en misión para que estos atendieran las labores propias del usuario beneficiario, y permitir que sobre ellos se ejercieran actos de subordinación o de dependencia con los terceros contratantes.

De igual forma, se estableció en la citada normatividad las consecuencias jurídicas de hallarse comprobadas las citadas prácticas de intermediación laboral, o actividades que son permitidas exclusivamente a las Empresas de Servicios Temporales, siendo las siguientes: (i) la responsabilidad solidaria entre la CTA infractora y el tercero contratante beneficiario de la prestación del servicio en el pago de las obligaciones que se deriven; (ii) disolución y cancelación de la persona jurídica respectiva CTA, previo el trámite que respete el debido proceso; (iii) en el caso de la tercera prohibición, se configura automáticamente la existencia de un contrato de trabajo realidad, siendo el tercero contratante quien deba soportar las consecuencias legales. A esta última consecuencia, cabe agregar que desde la expedición del Decreto 4588 de 2006, en su art. 16, se había establecido que en caso que el asociado fuera enviado como trabajador

dependiente de una persona natural o jurídica, esta última se consideraría su verdadero empleador.

Siguiendo en el esfuerzo legislativo de evitar que estos entes Cooperados ejerzan intermediación laboral, se promulgó la Ley 1429 de 2010, que en su art. 63, de manera expresa proscribió a la Cooperativas de Trabajo Asociado, implementar el suministro de trabajadores a empresas ya sean pública o privadas, para que estos ejerzan actividades de carácter permanente en aquellos. A este respecto, la citada disposición reza:

«El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes».

Posteriormente, se expidió el Decreto 2025 de 2011, por medio del cual se reglamentó la citada disposición, aclarando que se debía entender por intermediación laboral, cualquier forma o vinculación que tenga por objeto el envío de trabajadores en misión a prestar sus servicios personales a otras empresas o instituciones, precisándose que este tipo de actividad solo se encuentra legalmente permitida para las Empresas de Servicios Temporales, en virtud de la Ley 50 de 1990, y se concretó y se concretó en su artículo 1º, el cual no fue objeto anulación por parte del Consejo de Estado que se considerará como actividad misional permanente, «aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa».

Estudiadas las normas aplicables al caso en concreto, es dable concluir que no pueden las Cooperativas de Trabajo Asociado enviar trabajadoras a prestar sus servicios a favor de un contratante bajo su subordinación y dependencia, ni muchos menos pueden las Instituciones Públicas prestadoras del servicio de salud vincular personal a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando tenga por objeto una actividad misional permanente, esto es, para desarrollar un servicio o producir un bien que hace parte del objeto permanente de la empresa pública, o privada, pues ésta prohibición ha estado medularmente contemplada desde la expedición del Decreto 4588 de 2006.

Marco Jurisprudencial de contrato realidad, por intermediación laboral de Cooperativas de Trabajo Asociado:

En completa consonancia con las normas que regulan la prohibición de intermediación laboral por parte de las Cooperativas de Trabajo Asociado, el máximo órgano de cierre de esta especialidad, ha entendido que se considera ficticio un vínculo Cooperativo cuando de entrada estos entes suscriben sendos contratos que tienen por objeto el «suministro de personal», pues es pacífica la legislación y la doctrina, en cuanto esta

actividad corresponde de manera exclusiva a las Empresas de Servicios Temporales, pues dicha actividad consistente en suministrar personal, de por sí ya implica intermediación laboral, práctica que sólo pueden ejercer aquellas empresas legalmente autorizadas, la cual, no tiene nada que ver con el objeto legalmente asignado a las Cooperativas de Trabajo Asociado, desde la entrada en vigencia de la Ley 79 de 1988, según la cual, estos entes cooperados se concibieron con el fin de procurar la producción de bienes, la ejecución de obras o prestación de servicios, en forma autogestionaria. Sus miembros se denominan asociados o cooperados, que no son trabajadores en el significado de la legislación laboral, por lo que no tienen derecho a salario, ni prestaciones sociales, sino que reciben compensaciones por la labor desempeñada.

También ha sostenido la mentada Corporación, entre otras sentencias, la proferida el día 25 de septiembre de 2013, rad 36560, que no sólo es reprochable el objeto del lazo contractual con terceros beneficiarios sobre el suministro de personal, sino, además, cuando estos tienen un plazo de duración indefinido, pues de allí se infiere que se requiere del servicio prestado por el asociado con vocación de permanencia. Y más aún cuando se trata de laborales o actividades que no resultan extrañas al giro ordinario y esencial de quien se beneficia del servicio. De igual forma, enseña la Doctrina de esta Corporación, que aun cuando el cumplimiento de un horario no puede sugerir de manera inequívoca o inexorable la configuración de la subordinación, si puede entenderse como «un indicio claro de ella»; máxime si a ello se suma, que el trabajador asociado tenga que cumplir con las políticas, Reglamentos y directrices que le imparte el tercero contratante dentro de su organización, lo que desvirtúa por completo que el trabajador asociado actúe de manera autogestionaria y en desarrollo de una coordinación libre más no impuesta, pues si es el beneficiario del servicio quien de manera unilateral dirige las funciones, es palpable e incuestionable su poder subordinante.

Otro criterio definidor del contrato realidad a juicio del Alto Tribunal, estriba en que si con arreglo a lo previsto en el art. 5 del Decreto 468 de 1990, las Cooperativas de Trabajo Asociado deben ser poseedoras de las herramientas indispensables para desarrollar la labor o para producir el bien, esto es, deben emplear su propia maquinaria, ya sea a título de posesión, tenencia o propiedad; de lo contrario, también debe tenerse como indicio, es decir, una circunstancia indicativa de la subordinación por parte del tercero contratante. También precisa la jurisprudencia, que otra fórmula para descubrir un contrato realidad, está en cuando la empresa usuaria le solicita a la CTA el retiro de algún trabajador asociado por considerar que incurre en una falta o incumplimiento de sus labores, lo que sugiere que ésta última ejerce el poder vigilante

sobre el asociado en cuanto al cumplimiento de sus funciones y su comportamiento disciplinario.

En este punto conviene precisar que los Contratos Asociativos de Trabajo, junto con el contrato sindical y el contratista independiente, son las tres figuras a través de las cuales se da cabida a la tercerización de servicios en el ordenamiento jurídico colombiano. Al respecto, resulta relevante para desatar la controversia aquí planteada distinguir entre la tercerización y la intermediación laboral, pues la primera acude al mecanismo de contratación de servicios especializados a terceros o producción especializada de determinados bienes, y tiene como objeto el que las empresas ya no desarrollen un objeto social tan amplio sino que se dediquen de manera exclusiva a la actividad principal de su giro ordinario, es decir, que el actual dinamismo económico, empresarial y tecnológico, ha hecho que las empresas busquen especializarse en determinada actividad, despojándose de alguno de los procesos de la cadena de producción para que este sea asumido por un tercero especializado en determinada actividad bajo su cuenta y riesgo.

Esta tercerización de servicios, obedece principalmente a actividades secundarias, o también conocidas como actividades medio de la empresas, que no concitan la actividad principal de la empresa, a manera de ejemplo, se trata de actividades medio el transporte, publicidad, comercialización o distribución, es decir, no constituyen el eje central de la empresa, es decir, se ha concebido a la tercerización como aquella que externaliza labores colaterales y que no son esenciales para la actividad principal de la empresa, o que también se ha conocido como el «core».

En este orden de ideas, es preciso diferenciar entre lo que es la tercerización de bienes y servicios de lo que es la tercerización laboral o intermediación del recurso humano, que se da cuando esa desconcentración del servicio recae no sólo sobre actividades colaterales, sino también sobre actividades principales de la empresa, frente a lo que cual ha decirse que tal y como está diseñado el régimen laboral Colombiano, la tercerización de bienes y servicios no se encuentra proscrita, en cambio, la intermediación laboral se encuentra prohibida, es decir, no puede haber tercerización de la mano de obra, pues ello sólo le está permitido bajo circunstancias excepcionales y taxativas a las empresas de servicios temporales.

En este contexto, en la tercerización de servicios se persigue un resultado final, con asunción de autonomía e independencia por parte del tercero especializado que presta el servicio, muy a diferencia de la tercerización laboral en la que el objeto principal es que se tercerice la mano de obra vulnerándose las garantías laborales de los trabajadores. Esto implica, se reitera, que deba distinguirse entre la tercerización de servicios u outsourcing, del envío de trabajadores a terceros. Huelga aclarar, que ambas

figuras se encuentran claramente diferenciadas no sólo por la legislación colombiana, sino también por la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

Ahora bien, para aterrizar estas premisas en términos prácticos e ilustrativos, la figura de tercerización de servicios u outsourcing, se materializa cuando una empresa deja de asumir u operar una función que inicialmente desplegaba desde el interior de su empresa, para recurrir a un agente externo o tercero, que es especializado en ese servicio específico de la cadena de producción, bajo la particularidad que este último debe asumirlo por su cuenta y riesgo, y por ende, teniendo bajo su subordinación a sus trabajadores. Esta autonomía se debe dar en todos los aspectos operativos, es decir, debe existir independencia administrativa, técnica y financiera, y el resultado final se debe traducir en la producción de un bien, o en la prestación de un servicio determinado, con utilización de sus propias herramientas, maquinaria y equipos.

Esta particular forma de externalización de procesos, o subprocesos, incluso ha sido reconocida por la OIT, bajo lo que ha denominado «Trabajo en Régimen de Subcontratación», «mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos»¹.

En un escenario como el descrito, para determinar si la tercerización se ha hecho de manera correcta, es preponderante establecer si el contratista tiene la autonomía en el uso de los medios de producción, en la ejecución de procesos o subprocesos, si ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, o si por el contrario, la misma se ejerce por el contratante, si las órdenes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se debe ejecutar las imparte el contratante y si cuenta con autonomía financiera.

A partir del presente marco conceptual y normativo, y remitiéndonos a las pruebas obrantes en el plenario encontramos que la demandante desde los hechos de la demanda admite que suscribió contrato de asociación con las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO SOLSER CTA y SIPROSALUD CTA, desde el 6 de abril de 2009 y 29 de marzo de 2010, respectivamente, de lo cual dan cuenta los folios 49-52, 121-122, 127-131; se aportó carta dirigida a la actora donde se le informa de la terminación del contrato de servicios integrales de salud para la atención de procesos y subprocesos de imagenología, entre SOLSER CTA y la FUNDACIÓN NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO, motivo por el cual sería desvinculada por no aportar trabajo o por no encontrarse ejecutando procesos (fls. 53); se aportó también la carta de terminación del vínculo de trabajo asociado de fecha 7 de noviembre de 2012, por medio del cual SIPROSALUD CTA, le informó a la demandante que había finalizado la oferta mercantil para la prestación de los procesos y subprocesos de imágenes diagnósticas, y que no

contaba con puestos de trabajo para ubicarla (fls. 123); se aportaron igualmente comprobantes de pago de nómina de cada una de las CTA, liquidación de asociado de SIPROSALUD CTA (folios 55-62, 125, 136-114); reconocimiento del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, por compromiso y dedicación en las labores de la demandante YOLANDA CÁRDENAS (fls. 132-133); también fue allegado contrato de prestación de servicios integrales en salud para la atención de los procesos y subprocesos de imágenes diagnósticas, suscrito entre la FUNDACIÓN NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SISTEMAS PRODUCTIVOS EN SALUD (fls. 381-385, 500-508); contrato de prestación de servicios integrales de salud para la atención de procesos y subprocesos de radiología e imágenes diagnosticas suscrito entre la FUNDACIÓN DE DIAGNÓSTICO NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO y SOLSER CTA (fls 480-499).

Igualmente, se recibieron las declaraciones de los representantes legales de la FUNDACIÓN NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO y de HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, quienes manifestaron:

- JUAN CARLOS TOVAR HUERTAS (FUNDACIÓN NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO): Manifestó que el contrato que suscribió con la Cooperativa fue de prestación de servicios, para generar procesos y de servicio de diagnóstico, más o menos con vigencia de unos 8 o 9 años, que con SOLSER fue más tiempo, pero con la otra empresa SIPROSALUD fue menos, que fue un contrato de prestación de servicios de salud para actividades dedicadas a diagnóstico y radiodiagnóstico, que el objeto del contrato con cada cooperativa era diferente porque cada una llevaba una labor diferente, una era temas de enfermería y la otra de logística. Indicó que los equipos de radiología eran de la fundación, pero que quienes las operaban eran las cooperativas, en las instalaciones de la clínica San Rafael. Que entre la clínica y la fundación existió una relación de tipo comercial, y que se contrató directamente con las cooperativas para poder prestar el servicio a la clínica San Rafael; señaló que dentro de la clínica había una coordinación, donde había una serie de equipos para coordinar la dinámica en relación con las cooperativas, y en relación con los servicios que se prestaban en la clínica; que a la fundación se le dio en calidad de préstamo o de arriendo un espacio para que coordinara con las cooperativas todos los servicios de salud, que se trataba de dos o tres oficinas. Afirmó que los equipos estaban a nombre de la fundación, y algunos eran de la clínica San Rafael y que era la fundación la encargada de coordinar el movimiento de estos equipos por medio de las cooperativas. Que había un coordinador y un administrador de la fundación, que coordinaban con las cooperativas, el doctor SINAÍ y el doctor BOHORQUEZ,

que trabajaban para la fundación, y una persona del hospital que seguramente fue contratado por las cooperativas, pero que no había nadie más ahí. Indicó que las labores de la cooperativa eran controladas y que se hacían reuniones periódicas para direccionar el servicio; que la fundación no daba órdenes a la demandante ya que lo que se contrató fue servicio de salud con las cooperativas. Que prestaron los servicios a la clínica San Rafael hasta el año 2013 o 2014. Señaló que contrataban con la cooperativa porque para la fundación era más factible hacerlo por medio de una cooperativa que tuviera el expertise y la experiencia para poder asistir a la demanda que pedía la clínica San Rafael, ya que la fundación tenía la capacidad técnica, pero para la funcionalidad contactaba con las cooperativas, por muchas razones de índole administrativo, como la facilidad de atender a la gente, por la misma capacidad de las cooperativas y por ahorro de diferentes áreas. Finalmente, dijo que la razón de ser de la Fundación, era la prestación de servicios de diagnóstico, que para eso se creó.

- SERGIO IVÁN MEJÍA LEMA (HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL): Indicó que el vínculo legal o contractual que existió entre la clínica San Rafael y la fundación era un contrato de prestación de servicios, para el servicio de imágenes diagnósticas, que el hospital contrató con la fundación para actividades que se desarrollaron en las instalaciones del hospital, en virtud a que no contaban con la infraestructura logística y humana para prestar esos servicios; que estos servicios eran prestados en dependencias del hospital que le fueron arrendadas a la fundación, que los equipos de imágenes diagnósticas eran de propiedad de la fundación no del Hospital. En cuanto a la demandante, señaló que las funciones que esta desarrolló eran a través de la cooperativa para la fundación, no para el hospital, por lo que los turnos de la demandante los daba la fundación y el control lo llevaba la coordinadora de SIPROSALUD MARIA TERESA LADINO. En cuanto al reconocimiento que le hicieron a la demandante, señaló que no implicaba que fuera empleada del Hospital, y que se hizo como un reconocimiento que se le hace a una persona que le presta un bien a la entidad a través de un tercero. Enfatizó que después del 2012, no se renovaron los contratos con la fundación, dado que comenzaron a contratar para el servicio directamente y adquirieron sus propios equipos. Dijo que la persona que coordinaba y verificaba si el contrato se cumplía, era la jefe de laboratorio de la Clínica, quien intervenía el contrato y vigilaba imágenes diagnósticas y radiología; que dentro de la clínica no había ninguna otra persona que cumpliera las mismas funciones de la demandante y que los pacientes que asistían a imágenes diagnósticas eran pacientes de la Clínica.

A su vez, se recibió el testimonio de la señora MARIA CLEMENCIA MAYORGA RAMÍREZ, quien manifestó conocer a la demandante porque trabajaba en la Clínica San Rafael. Señaló que la actora tenía el cargo de auxiliar de enfermería y que le habían terminado su contrato, porque se negó a hacer una renuncia que le pidieron para vincularse a través de otra organización; que los trabajadores de radiología tenían contratos que no eran directamente con el hospital San Rafael, que siendo trabajadores misionales, no tenían los mismos derechos que el resto de trabajadores. Que las labores de YOLANDA, eran prestar sus servicios como auxiliar de enfermería a los pacientes de imágenes diagnósticas y rayos X. Señaló que el servicio de radiología siempre funcionó en el primer piso y siempre fue parte de la infraestructura, y que no existe información que no hiciera parte del hospital San Rafael. Frente a la supervisión por parte de la Clínica, indicó que todas las labores sin excepción tenía un personal de vigilancia, que podía ser un coordinador de enfermería; que había una coordinadora de nombre MARIA TERESA, que coordinaba el servicio de radiología para ese personal.

De acuerdo las mencionadas pruebas, en principio, encuentra esta Colegiatura que efectivamente la demandante en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos entre SIPROSALUD CTA y la FUNDACIÓN NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO, prestó servicios personales al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL. En tal virtud, resulta evidente que a favor de la demandante opera la presunción de que trata el artículo 24 del CST, no obstante, la misma puede ser desvirtuada, si como se explicó con antelación, se demuestra por el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, que se ejecutó respecto de la demandante en debida forma la tercerización de los servicios, pues como se anunció, la misma no se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico colombiano, por el contrario, esta figura ha tenido cabida con la introducción del contrato asociativo de trabajo, el contrato sindical y la figura del contratista independiente. Atendiendo a ello, de acuerdo a las pruebas estudiadas, se encuentra que entre la FUNDACIÓN NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO y el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, existió contrato de prestación de servicios, para el suministro de los servicios especializados de imágenes diagnósticas y radiología; igualmente, se advierte que SIPROSALUD CTA suscribió con la FUNDACIÓN NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO una oferta mercantil que tuvo por objeto la prestación de servicios de procesos y subprocesos de radiología e imágenes diagnósticas.

De otro lado se avizora, de conformidad con los estatutos de SIPROSALUD CTA, que su objeto social consistía en la prestación de servicios del sector salud, por intermedio de sus asociados, organizando su trabajo con autonomía administrativa, técnica y operacional, es decir, que guardaba estrecha relación con la actividad principal del

HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, la cual consiste en la prestación de servicios de salud, como un servicio público con gestión privada de interés social.

De la misma manera, de acuerdo con las declaraciones del representante legal del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, las labores ejecutadas por la demandante mediante intermediación, continuaron incluso después del año 2012, es más, señaló que iniciaron la contratación directa y compra de equipos, situación que reafirma la tesis que las funciones y labores adelantadas por la Sra. CARDENAS CABRERA, correspondían a labores propias y afines al giro ordinario de esta demandada.

Abonado a lo anterior, se encontró demostrado que el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, ejercía subordinación técnica sobre la demandante, así como la supervisión de las labores ejecutadas en el área de radiología, ya que la Clínica verificaba si el contrato se cumplía a través de su jefe de laboratorio, situación que fue expuesta en el interrogatorio de parte al representante legal de la Clínica y con el testimonio de la Señora MARÍA CLEMENCIA MAYORGA RAMÍREZ; asimismo, se comprobó que la Clínica brindaba incentivos por la buena labor de la actora en el ejercicio de sus funciones y hasta realizaba publicaciones con su foto y nombre.

De la misma manera, también se recuerda que las Cooperativas de Trabajo Asociado deben ser poseedoras de las herramientas indispensables para desarrollar la labor o para producir el bien, es decir, deben emplear su propia maquinaria, situación que tampoco corresponde con el presente caso, puesto que de la confesión de los representantes legales de las demandadas, se extrajo que los equipos de radiología eran de propiedad de la Fundación y que algunos eran de propiedad de la Clínica, y que estos eran arrendados a la Fundación, incumpliendo una vez más los preceptos legales en cuanto a la ejecución de estos contratos se refiere.

Bajo este panorama probatorio, en sentir de la Sala, se acreditó que por las demandadas se implementó una incorrecta forma de tercerización de los servicios prestados por la demandante, en el cargo de auxiliar de enfermería, lo que a todas luces trae como consecuencia que se configure automáticamente la existencia de un contrato de trabajo realidad, siendo el tercero contratante quien deba soportar las consecuencias legales al ser considerado su verdadero empleador.

Corolario de lo expuesto, considera esta Corporación que fue acertada la decisión de la Juez A quo al declarar la existencia de un contrato de trabajo realidad entre YOLANDA CARDENAS CABRERA y el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL. En consecuencia, la Sala procederá al estudio de la excepción de prescripción, propuesta por las demandadas, el cual es motivo de apelación por la parte demandante.

PREScripción

Se acreditó en el juicio y así lo aceptaron las partes, que a la demandante le fue terminado su vínculo de trabajo asociado en fecha 7 de noviembre de 2012 (fls. 123).

En este caso, la sentencia de primera instancia dispuso declarar probada la excepción de prescripción con la consecuente absolución de las pretensiones de la demanda, dado que habrían transcurrido más de 4 años desde que se hizo exigible el derecho.

Al respecto se debe considerar que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que las acciones correspondientes a los derechos sociales prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo los casos especiales establecidos en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual en similares términos contiene el artículo 151 de dicho estatuto procedimental.

Acorde con lo anterior, se debe indicar que las referidas normas en las que se debe apoyar la decisión al respecto, establecen un término prescriptivo trienal y es claro que el mismo se aplica para la reclamación de los derechos sociales que dichos estatutos regulan y que son objeto de demanda en esta jurisdicción; en tal sentido transcurrido este tiempo de tres años, sin que se ejerza el derecho de acción ni se interrumpa la prescripción, el derecho se extingue por ese fenómeno.

Ahora, al haber terminado el contrato de la actora, como ya se señaló el 7 de noviembre de 2012, es evidente que este tenía hasta ese día y mes del año 2015, para reclamar ante su empleador lo adeudado, y dentro del término renovado de tres años promover la respectiva acción ordinaria.

Ahora bien, encuentra la Sala que a folios 264 a 266 del plenario, obra derecho de petición dirigido al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, donde le solicitó expedir a su cargo copia auténtica de la planta de personal vigente en el Hospital desde el año 2009, con indicaciones de los cargos que corresponden a auxiliares de enfermería y a la remuneración que corresponde a los mismos, fundamentado en que necesitaba esos documentos para aportarlos como prueba en el proceso que pretendía adelantar. De la anterior solicitud, no encuentra esta Corporación que se haya realizado por parte de la demandante, reclamación alguna respecto de los derechos y pretensiones de esta demanda, razón por la que no se considera interrumpida la prescripción ni renovado el término de prescripción, máxime cuando aunque se mencionó que la documentación solicitada lo era para la interposición de una demanda, no se especificó si esta sería una demanda laboral, ni qué derechos pretendía hacer valer.

Acorde con lo anterior, no hay lugar a acoger los planteamientos esbozados por la apoderada de la actora en su recurso, como quiera que si bien se presentó un derecho de petición, lo cierto es que no hubo reclamación alguna respecto de las pretensiones que hoy se ventilan en este proceso.

Por lo considerado, al acreditarse la configuración de la prescripción trienal respecto de las condenas solicitadas en esta demanda, la Sala confirmará la sentencia en todas sus partes y así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

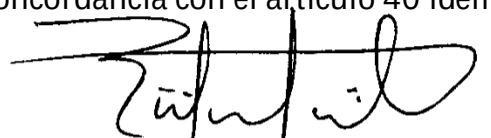
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARÍA INÉS NOVOA MORENO contra JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTÍN y OTROS. Rad. 11001 31 05 021 2018 00086 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 21 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES

La Señora MARIA INES NOVOA MORENO, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de los señores JAIRO AUDON ACOSTA MARTIN, NUBIA ESPERANZA ACOSTA MARTIN y CESAR AUGUSTO ACOSTA MARTIN, a fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal, desde el 6 de octubre de 2014 y hasta el 22 de julio de 2016, para desempeñar labores de cuidado de la señora MARIA NOHORA MARTIN, madre de los demandados. Igualmente, se declare que los demandados la despidieron de forma injusta, adeudando los siguientes conceptos: cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones y aportes a seguridad social de toda la relación laboral, así como lo correspondiente indemnización por despido sin justa causa, indemnización por mora e indemnización por no consignación de las cesantías. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a los demandados al pago de las sumas anteriormente mencionadas, y todo cuanto pueda resultar ultra y extrapetita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el día 06 de octubre de 2014 ingresó a laborar al servicio de los demandados, mediante contrato verbal para el cuidado de la señora MARIA NOHORA MARTIN, devengando un salario de \$25.000 diarios, en el horario de 8:00am a 4:30 pm; añadió que con el paso de los días se le asignaron labores para las cuales no había sido contratada, como lo fue el cuidado del señor FREDY DE JESUS ACOSTA MARTIN, quien comenzó a tener quebrantos de salud por lo que también tuvo que cuidar de él. Que para el año 2015, su horario laboral se extendió hasta las 6:30pm o 7:00pm, y en ocasiones incluso hasta las 9:00pm. Indicó que en febrero de 2016, el señor FREDY ACOSTA MARTIN fue hospitalizado por 15 días, y que tuvo que acudir a cuidarlo en horario de 8:00am a 5:30pm; que posteriormente, el Señor ACOSTA MARTIN, fue trasladado de Clínica, y sus turnos comenzaron a alternarse entre el apartamento y la Clínica donde se encontraba internado el señor en comento, y donde debía permanecer todo el día.

Agregó que en los días 15 a 22 de julio de 2016, su labor fue realizada en Chía en casa del demandado CESAR AUGUSTO ACOSTA MARTIN en la jornada de 9:00am a 5:00pm con un salario de (\$40.000) diarios; que el 24 de julio de 2016, el demandado CESAR ACOSTA le indicó que no se presentara a trabajar en tanto la señora MARIA NOHORA no se encontraba en Bogotá; que el 7 de agosto de 2016 la señora NUBIA ESPERANZA ACOSTA MARTIN, le comunicó que su contrato había finalizado.

Concluyó que en el tiempo de la relación laboral, no le fueron pagadas sus prestaciones sociales, ni le fueron compensadas sus vacaciones en dinero, como tampoco fue afiliada al sistema de seguridad social integral, ni un fondo administrador de cesantías (fls.1 a 6 y 70 a 72).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los demandados, contestaron la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, afirmando que no existió contrato de trabajo, motivo por el cual no pueden ser condenados al reconocimiento y pago de cesantías o de ninguna acreencia reclamada con el escrito de la demanda. Propuso como excepciones, las de «inexistencia del contrato de trabajo entre demandante y demandada», «buena fe de la aquí demandada», «cobro de lo no debido», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «Falta de legitimación en la causa por activa del demandante para con la demandada», «Temeridad y mala fe de la demandante », «Enriquecimiento sin causa», «Contrato de prestación de servicios el acordado en su momento entre demandante y demandado JAIRO ABDON ACOSTA MARTIN »,«Inexistencia de despido injusto, abandono de la relación contractual por parte de la misma demandante», «La innominada- genérica ». (fls.40 a 50 y 75 a 80).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 21 de octubre de 2020, declaró que entre el señor JAIRO ABDON ACOSTA MARTÍN y la señora MARÍA INÉS NOVOA MORENO, existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 06 de octubre de 2014 y el 22 de julio de 2016; como consecuencia, condenó a JAIRO ABDON ACOSTA MARTÍN a pagar a favor de la actora, los siguientes conceptos: \$33.333.33 por prima de servicios, \$127.073.61 por intereses a las cesantías, \$1.345.833.33 por cesantías, \$629.166.79 por vacaciones, \$18.000.000 por concepto de indemnización moratoria, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 23 de julio de 2016 al 22 de julio de 2018, y a partir del 23 de julio de 2018, en los intereses moratorios sobre las sumas debidas por prestaciones sociales a la tasa máxima de créditos de libre asignación y hasta cuando se verifique su pago, y por último, \$12.950.000 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías; adicional a ello, condenó a JAIRO ABDON ACOSTA a efectuar los aportes en pensión de la demandante, desde el 06 de octubre de 2014 al 22 de julio de 2016, teniendo como ingreso base de cotización la suma de (\$750.000) mensuales.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que dado que los demandantes aceptaron los hechos relativos a la prestación personal del servicio, a los extremos temporales y a la suma de \$25.000 recibida diariamente, se habría activado la presunción del Art. 24 del CST, la cual a su juicio no pudo ser desvirtuada, como quiera que de los testimonios recaudados, se pudo observar que no se logró derruir el elemento de subordinación, al encontrarse que las labores prestadas por la demandante no eran autónomas ni independientes. En cuanto a los tres demandados, determinó que era el Sr. JAIRO ABDON ACOSTA MARTIN, el único empleador de la actora, toda vez que mediante la declaración de él mismo, las otras declaraciones y los testimonios, se pudo establecer que al momento de pactar la contratación los únicos presentes eran la madre de los demandantes y JAIRO ABDON ACOSTA MARTIN, asimismo, se estableció que fue él quien pidió a la demandante que le colaborara con el cuidado de la Señora MARIA NHORA MARTIN, pues no podía dejarla sola mientras él se iba a su local, además fue claro en exponer que sus hermanos no intervinieron en esta decisión. Determinó como salario mensual la suma de \$750.000, de acuerdo al pago de \$25.000 diarios.

En lo que tiene que ver con el despido injusto, señaló que no existe prueba alguna que permita establecer que en efecto la demandante fue despedida, más que su propio dicho, razón por la que determinó que no habría lugar al reconocimiento y pago de esta indemnización, al no encontrarse demostrado de manera siquiera sumaria, las circunstancias en las que dejó de prestar sus servicios para el Señor JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora apeló la decisión, solicitando sea revocada y adicionada la sentencia, en el entendido que sea reconocida como empleadora a la señora NUBIA ACOSTA MARTIN, considerando que se deja entre ver que entre los dos hermanos existió un acuerdo para asumir la manutención de su madre, acuerdo que incluyó la prestación del servicio de una persona que estuviera a su cuidado.

A su turno el apoderado de la parte demandada, apeló la sentencia de primera instancia solicitando sea revocada únicamente en la parte desfavorable, es decir, en cuanto a las condenas impuestas al Señor JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN. Señaló que la juez únicamente habría dado credibilidad al dicho de la demandante, sin que militaran en el expediente pruebas a favor de ella, dejando de lado las pruebas que sí allegó la parte demandada como documentales y testimoniales, como son el cuaderno de notas de JAIRO ABDÓN y los testigos, quienes señalaron que la demandante no cumplía horarios, que llegaba a la hora que quería y que no estaba sometida a las órdenes de JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN, pues este indicó que ella era una persona malgeniada y por esto no le daba ningún tipo de instrucción.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo entre la Señora MARÍA INÉS NOVOA MORENO y los señores JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN y NUBIA ESPERANZA ACOSTA MARTIN.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. 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. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un

salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

En este caso, la parte demandante con miras a probar la existencia del contrato de trabajo solicitó el interrogatorio de parte de los tres demandados, de donde se extrae lo siguiente:

- **JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN:** Señaló que el cuaderno corresponde al control de gastos de la manutención de su madre MARIA NHORA MARTIN, que el dinero para suplir estos gastos provenían de todos sus hermanos y el los administraba dado que era el único que vivía con su madre para la época, además señaló que también recibía dinero por unos arriendos de 4 locales propiedad de su madre, lo que le ayudaba a solventar las necesidades de la casa y el cuidado de su madre. Afirmó que él no podía aportar económicamente, pero que sus otros hermanos sí lo hacían, sin embargo NUBIA vivía en Villavicencio y CESAR vivía en Chía. En cuanto a la relación de trabajo con la demandante, señaló que en una ocasión le pidió el favor que le colaborara con el cuidado de su madre, y que le cancelaría la suma de \$25.000; además, que las funciones de la demandante era preparar alimentos, hacer aseo y cuidar a la señora MARÍA NHORA MARTIN.
- **CESAR AUGUSTO ACOSTA MARTIN:** Manifestó que no visitaba mucho a su madre, razón por la que no tuvo oportunidad de conocer los gastos de ésta. Dijo que no conocía el arreglo al que había llegado el Sr. JAIRO ABDÓN, con INÉS, pero que sí conocía que éste le pagaba diariamente \$25.000, e inclusive señaló que durante unos días en que su madre estuvo en Chía, INÉS cobraba el diario en la Cafetería de su hermano ubicada en la 3ra con 24. Dijo que la función principal de INÉS era brindar compañía a su madre, y darle de comer, pero que

la demandante en realidad no necesitó ayuda sino hasta el año 2016, cuando ya se encontraba muy achacada. En cuanto a la finalización de la relación con MARÍA INÉS, dijo que ella simplemente había dejado de ir.

- NUBIA ESPERANZA ACOSTA MARTIN: Indicó que los datos del cuaderno, correspondían a cruces de cuentas entre ella y su hermano JAIRO, por la manutención de su madre MARÍA NHORA MARTIN. Dijo que JAIRO administraba los dineros recibidos por arriendos y que ella únicamente colocaba un excedente en caso de que se presentaran mayores gastos. En cuanto a la Sra. MARÍA INÉS, señaló que fue esta quien se ofreció a cuidar de su madre y que el trato fue con JAIRO, sin embargo, afirmó que ella estuvo de acuerdo con la decisión. Manifestó que la demandante habría dejado de ir pero que no sabe el motivo.

Asimismo, se recibieron los siguientes testimonios solicitados por los demandados:

- MARISOL ROCHA RAMÍREZ: Manifestó que conoce a la Sra. INÉS, porque trabajó con Jairo para el año 2015 en una cafetería, y que cuando la demandante no podía ir, JAIRO le pedía el favor que fuera ella a prepararle el almuerzo a su mamá. Dijo que esta situación se presentaba de vez en cuando, y que en una ocasión fue 3 días seguidos a cocinarle a la Sra. MARÍA NHORA y que JAIRO le pagaba \$10.000 por hacerle ese favor. Indicó tener conocimiento que JAIRO le pagaba a la demandante la suma de \$25.000 porque ella era misma quien sacaba el dinero de la registradora, y que dado que él era quien tenía a su madre, el habría sido quien contrato a MARÍA INÉS.
- MARÍA TERESA DE JESÚS MEDELLÍN DE NOVOA: Señaló que no conoce a la demandante personalmente pero que sí escuchó de ella. Que cuando iba a visitar a la Sra. MARÍA NHORA, por lo general después de 3:00 pm, nunca veía a la Sra. MARÍA INÉS, y que la madre de los demandantes permanecía sola y a veces hasta sin comer. Que no conoce las condiciones de la contratación de la actora, ni sus funciones, ni cuanto devengaba, pero que sí conocía que NUBIA le daba a JAIRO para que soportara los gastos de su madre.
- JOSE EDILBERTO NOVOA MORENO: Este testigo señaló que conoce a la demandante porque cuidaba de su hermana MARÍA NHORA, sin embargo, insistió que ésta llegaba a la hora que quería, y que en ocasiones encontraban a su hermana sola y sin almuerzo, que era una persona irresponsable con el cuidado del adulto mayor; dijo que conocía de esta situación porque visitaba a MARIA NHORA de 2 a 3 veces por semana y los fines de semana. En lo atinente a la contratación de la actora, dijo supo que MARÍA INÉS se ofreció o que JAIRO le pidió su colaboración, y que JAIRO le reconocía el rato o el día, dijo

desconocer si NUBIA le pagaba algo, dado que el responsable de su hermana era JAIRO.

- PILAR SARMIENTO ACOSTA: Finalmente, esta testigo manifestó que conoce a MARÍA INÉS, porque iba a atender a su suegra en el año 2016; señaló que INÉS no la cuidaba y no le daba de comer, y que era ella misma quien preparaba los alimentos de la señora MARÍA NHORA, pero que INÉS no se los daba y hacía lo que quería. En cuanto al pago, dijo que JAIRO le daba \$25.000 diarios, por un acuerdo que ellos tenían y que él los pagaba de su propio dinero, ya que su esposo, es decir, el Señor CESAR, no tenía una cuota o un aporte fijo para la manutención de su suegra, dado que su ayuda era llevarle unos mercados cada 15 días. Concluyó que desconoce porque MARÍA INÉS dejó de prestar sus servicios, y que no volvió y no contestó más el teléfono.

De igual forma, la demandante rindió interrogatorio de parte, en el cual manifestó que JAIRO la contrató, que ella se encontraba sin trabajar y él le ofreció cuidar a la señora NHORA, pero que ella en realidad se encontraba bajo el mando de los tres hermanos. Afirmó que NUBIA, estuvo de acuerdo con su contratación y con el pago de \$25.000 diarios, ya que luego ella arreglaba esos pagos con JAIRO cuando bajara a Bogotá, lo cual era cada 8 días. Que para su contrato, primero habló con JAIRO y después telefónicamente con NUBIA y CESAR, para terminar de cuadrar como se iban a hacer las labores. Indicó que por los días que cuidó a la Señora MARIA NHORA en Chía, en casa de su hijo CESAR AUGUSTO, quien le pagaba era CESAR, la suma de \$40.000 diarios, pero que posteriormente le dijeron que ya había otra persona que cuidaba de la madre de los demandados y por eso no volvió a trabajar, y les pidió el pago de su liquidación. Finalmente, señaló que sus labores eran cuidar a MARIA NHORA, pero que también preparaba alimentos, aseaba el apartamento, lavaba ropa y cuidaba a FREDDY, el otro hermano de los demandados.

En cuanto a las pruebas documentales arrimadas al plenario, se tiene que obran las siguientes:

- Declaración Extrajuicio de la Sra. CLARA ROSA NOVOA MORENO, hermana de la demandante, quien manifestó que la Sra. MARÍA INÉS laboró para la familia ACOSTA MARTIN, para el cuidado de una señora mayor de edad, desde el 6 de octubre de 2014, hasta el 22 de julio de 2016, devengando la suma de \$25.000 diarios (fls. 19-20).
- Declaración Extrajuicio del Sr. LEONARDO FABIO MORALES NOVOA, quien manifestó que la Sra. MARÍA INÉS laboró con los señores NUBIA ESPERANZA, JAIRO "AUDON" y CESAR AUGUSTO ACOSTA MARTIN, como empleada

doméstica durante 1 año, 9 meses y 16 días, por lo cual le cancelaban diario \$25.000 (fls. 21-22).

- Certificado laboral de la demandada NUBIA ESPERANZA ACOSTA MARTIN, de donde se desprende que laboraba en la ciudad de Villavicencio desde el 9 de marzo de 2014 y vigente hasta la fecha de expedición, esto es, 31 de enero de 2019 (fls. 57).
- Fotocopias de cuaderno de cuentas, perteneciente al Sr. JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN, de donde se logra establecer pagos realizados a la demandante por días laborados, con firmas de la señora NUBIA ACOSTA MARTIN y de su propietario JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN (fls. 58-68).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado que la demandante efectivamente prestó sus servicios como cuidadora de la señora MARIA NHORA MARTIN, a la orden del señor JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN, no sólo porque así lo aceptó este mismo en el interrogatorio de parte absuelto, sino porque también fue ratificado por los testigos arrimados al proceso, quienes fueron contestes en señalar que cualquier tipo de arreglo habría sido entre JAIRO e INÉS, puesto que este demandado era quien tenía a cargo el cuidado de su madre.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la demandada NUBIA ESPERANZA ACOSTA MARTIN, esta Corporación no encuentra elementos de prueba que permitan colegir que esta fuera la empleadora de la señora MARÍA INÉS NOVOA MORENO, en asocio o en compañía de su hermano JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN, pues si bien se evidenció que ella aportaba económicamente a la manutención de su madre, no se acreditó que fuera ella quien contratara los servicios de la demandante, que le diera ordenes o que realizara los pagos, acciones que en efecto sí realizaba el señor JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN.

De esta manera, en virtud de lo anterior, la Sala no tiene otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto la parte demandada no logró desvirtuar la relación de carácter laboral entre la demandante y el demandado JAIRO ABDÓN ACOSTA MARTIN. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

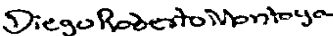
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CARLOS JESÚS DÍAZ contra PALMAS MONTERREY S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-021-2019-00173-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PALMAS MONTERREY S.A. contra la sentencia proferida el 05 de noviembre de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS JESÚS DÍAZ, promovió demanda ordinaria con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo con PALMAS DE MONTERREY S.A. y que no se le realizaron los aportes a pensión del 21 de mayo de 1981 al 19 de mayo de 1986 y como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a PROTECCIÓN S.A. a realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas a pensión por el periodo relacionado con anterioridad, un vez efectuado el mismo se condene a la demandada PALMAS MONTERREY S.A. a su pago.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que existió un contrato de trabajo con PALMAS MONTERREY S.A., a partir del 21 de mayo de 1989 el que finalizó el 16 de septiembre de 1991. Finalmente señala que PALMAS MONTERREY S.A. lo afilió a pensión a partir del 20 de mayo de 1986, de modo que no realizó los aportes a pensión del 21 de enero de 1981 al 19 de mayo de 1986 (fls. 21 a 23).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PALMAS MONTERREY S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello señaló que efectivamente existió un contrato de trabajo y que PALMAS MONTERREY tiene su domicilio y centro de operación en el municipio de Puerto Wilches, ubicación geográfica que sólo obtuvo su llamamiento obligatorio para afiliar a sus trabajadores al ISS, hasta el año 1987. De tal modo, que, con anterioridad a esa fecha, se encontraba en imposibilidad legal de realizar afiliación y pago de aportes al Sistema de Pensiones. Por otro lado, indicó que, para aprovisionar los cálculos actuariales, la vinculación laboral debía estar vigente en el momento de entrar a regir la ley 100 de 1993 o con posterioridad a ella en el caso de empleadores privados a quienes les correspondía reconocer y pagar pensión, circunstancia que no cumplió el actor. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido», «pago», «prescripción», «buena fe» y «excepción genérica» (fls. 58 a 67).

Por su parte PROTECCIÓN S.A. dio contestación a la demanda con oposición a las pretensiones, para lo cual arguyó que desconoce los presupuestos fácticos en los cuales la parte actora fundamenta sus pretensiones, por lo cual no efectuó ningún pronunciamiento sobre ellos, precisando, la función de una AFP con respecto a sus afiliados, como es el caso del Señor CARLOS JESUS DIAZ está limitada a administrar sus aportes pensionales, lo cual constituye un patrimonio autónomo cuyos dineros pertenecen a los mismos afiliados. En ese sentido, estimó, PROTECCIÓN S.A. en el presente proceso está atento a las resultas del juicio asumiendo una actitud pasiva frente a las partes en conflicto, pero proactiva en torno al cumplimiento de las normas legales sobre el punto en litigio y concernientes al pago de aportes de su afiliado, ya que dirimir de fondo el asunto sub lite es función del señor Juez, bajo el entendido que PROTECCIÓN S.A. fue vinculada por parte de su Despacho solo con el propósito de recibir los aportes pensionales que eventualmente se pudieran llegar a ordenar a cargo del demandado, no hizo ninguna otra manifestación al respecto. Como excepción previa, propuso la de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva; y como excepciones de mérito las denominadas «buena fe», «hecho exclusivo de un tercero», e «innominada o genérica» (fls. 133 a 137).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 05 de noviembre de 2020 declaró que entre el señor CARLOS JESÚS DIAZ y PALMAS MONTERREY S.A. existió un contrato de trabajo desde el 21 de enero de 1.981 al 16 de

septiembre de 1.991. Ordenó, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones no efectuadas al sistema general de pensiones a favor el señor CARLOS JESÚS DIAZ, desde el 21 de enero de 1.981 al 19 de mayo de 1.986 y la liquidación de los aportes debidos teniendo en cuenta un ingreso base de cotización correspondiente al salario mínimo mensual legal vigente. Condenó a PALMAS MONTERREY a pagar el valor que resulte del cálculo actuarial elaborado por la PROTECCIÓN S.A. y a entera satisfacción de esta, del periodo comprendido desde 21 de enero de 1.981 al 19 de mayo de 1.986 a favor del señor CARLOS JESÚS DIAZ. Ordenó a PROTECCIÓN S.A. para que, una vez efectuado el pago del cálculo actuarial, lo incluya en los reportes de semanas de cotización, actualice su historia laboral y de ser el caso se efectúe en el análisis del derecho pensional o devolución de saldos.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que de acuerdo a la jurisprudencia laboral vigente, el cumplimiento de los aportes está en cabeza del empleador, pues no resulta justo desconocerle al trabajador los aportes que realizó durante la prestación de su servicio y no puede el empleador aludir la falta de cobertura como causal de exoneración pues le está causando un perjuicio a los derechos laborales del trabajador; ello, teniendo en cuenta que con anterioridad a la ley 100/1993 estaba a cargo del empleador, la responsabilidad de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social de sus empleados y la provisión de los recursos, siendo esta obligación permanente e incondicional. En ese sentido, indicó que conforme a la historia laboral aportada al proceso por la AFP PROTECCIÓN, no se reflejan los aportes a pensión que se reclaman pertenecientes a los periodos del 21 de enero de 1981 al 19 de mayo de 1986; respecto al cálculo actuarial y acogiendo la postura de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el empleador tiene a su cargo la estructuración y pago del cálculo actuarial derivado del tiempo de servicios del empleado sin cobertura del ISS. Por tal razón, halló procedente condenar a la demandada en ese sentido, advirtiendo que, como no se logró demostrar cuál era su salario, lo definió por el monto de un SMLMV de cada una de las anualidades. De esta manera, concluyó que la responsabilidad por los aportes de los periodos de cotización no efectuados por falta de cobertura en el lugar de prestación de servicios, corresponde al empleador, por lo que el pago del cálculo actuarial está en cabeza del mismo. Respecto a la excepción de prescripción presentada por la demandada, sostuvo, no estaba llamada a prosperar pues teniendo como objeto financiar la pensión de vejez del solicitante, dichos aportes tienen origen vitalicio.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada, PALMAS MONTERREY, interpuso recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que, la a quo desconoció que en el momento de cobijar el ISS los riesgos de I.V.M., no lo hizo de manera general sino que mediante actos administrativos y por llamamientos obligatorios sin que fuera posible que un empleador del sector industrial pudiese inscribir a sus trabajadores al sistema, situación que ocurrió con esta demandada, dado que dicho llamamiento se hizo hasta el año de 1987 por lo que los periodos anteriores se encontraban bajo la imposibilidad de realizar los respectivos aportes y la condena del pago del cálculo actuarial no se pudo tener en cuenta pues el no pago fue por las razones anteriormente expuestas. Por lo anterior, esta entidad nunca incumplió sus deberes patronales, por el contrario, realizó la afiliación del demandante al ISS conforme a lo estipulado por el Decreto vigente para la época, conforme fue probado durante el proceso. En ese orden de ideas, consideró, carece de fundamento factico y jurídico la condena impuesta, solicitando que el vacío legal de la época no se le endilgue. Así mismo, sostuvo, no se puede condenar al cálculo actuarial pues conforme a la ley y jurisprudencia, este solo se predica para aquellos empleadores que incumplen con sus deberes patronales, causal que no ocurrió en el presente caso pues al empleador no le era posible hacer las afiliaciones en tanto no se les hiciera el llamamiento obligatorio. De otro lado, las pensiones de jubilación dejaron de estar a cargo del empleador cuando esta obligación la asuma el ISS, de esta manera el demandante no cumplió con su obligación de ser acreedor de una pensión de jubilación y que de esta manera, asumiera los riesgos de I.V.M. del demandante. Tampoco es dable establecer que esta tuviera que asumir los periodos laborados pues no se cumplió con el requisito de que la relación estuviera presente para la entrada en vigencia de la Ley 100/1993. Finalmente, indicó, no se tuvo en cuenta que en la estructuración de la pensión y los aportes deben ser asumidos por empleador y por el empleado; así mismo, se tenga en cuenta que el Despacho tuvo en cuenta la Ley 100/1993 para el cálculo actuarial, empero también tuvo que tenerse en cuenta esta ley para compartibilidad de los aportes a seguridad social entre el empleador y empleado, supuesto que también es acogido por la Corte Suprema de Justicia y el empleado debe asumir una parte de los aportes, e incluso del Estado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada PROTECCIÓN S.A. presentó alegaciones solicitando en similares términos a los de la alzada, que se revoque la decisión de primer grado y se le

absuelva de las pretensiones de la demanda. La parte actora por su parte, solicitó que se confirme la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Sala dilucidar si al señor CARLOS JESÚS DÍAZ le asiste derecho al pago de cálculo actuarial por el periodo no cotizado al ISS hoy COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se advierte que se encuentra debidamente acreditado que entre PALMAS MONTERREY S.A. y el demandante existió un contrato de trabajo entre el 21 de enero de 1991 y el 16 de septiembre de 1991 (fl. 15, 68 y 69), tal como se definió en la decisión de primer grado sin reproche por la demandada sobre este punto en alzada, razón por la que se mantendrá incólume en aplicación del principio de consonancia contemplado en el artículo 66 A del C.P.T.S.S., razón por la cual, con base en dicha premisa se procede a definir el problema jurídico.

Con base en lo anterior, se advertirse que ésta sala de decisión es del criterio pacífico expuesto por la H. Sala Laboral de la CSJ, en el que se admite la posibilidad de ordenar el pago de los aportes pensionales a pesar de no existir el llamado de afiliación por parte del régimen de los seguros sociales obligatorios, criterio éste que se empezó a construir la alta corporación de cierre de la especialidad a partir de la sentencia radicada al No. 41745 del 16 de julio de 2014 identificada con el No. SL9856-2014, que para mejor proveer de ella se cita lo pertinente en extenso, para efectos de ilustrar al recurrente:

«...Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

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

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo,

pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal...».

La misma Corporación reiteró y ratificó el anterior criterio, constituyéndose en doctrina probable, tal como se evidencia de las sentencias CSJ SL2138-2016, SL3892-2016, SL 4072-2017, recientemente en las CSJ SL2963-2020 del 11 de agosto de 2020 y SL4917-2020 del 1º de diciembre de 2020 donde fungió como demandada PALMAS MONTERREY S.A., por lo que ésta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, toda vez que garantiza y protege los principios que gobiernan la seguridad social, pues con ello se establece una salvaguarda para que, de un lado, proceda el reconocimiento pensional en aquellos eventos en que el interesado adolece de la densidad de cotizaciones necesarias para este, y de otro, para que a favor del interesado el reconocimiento pensional tome en cuenta todos los periodos efectivamente laborados por este, pues en uno u otro escenario, fue un tiempo laborado como trabajador dependiente al servicio de un empleador que usufructuó su fuerza de trabajo.

En este orden de ideas, considera la Sala que, sin desconocer los acertados argumentos expuestos tanto en el escrito de contestación, como en el recurso de apelación y los alegatos de esta instancia por parte de PALMAS MONTERREY S.A., se advierte que en aplicación del aludido criterio jurisprudencial, los aspectos relevantes de su inconformidad ya están resueltos en forma desfavorable, toda vez que se admite que para los periodos laborados y referenciados anteriormente, no existía la obligación legal de afiliación, sin embargo, en una aplicación sistemática de las normas que regulan seguridad social en pensiones, se colige que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores, además, debe decirse que en cuanto al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que allí se indicó que éste aplica en casos como el presente en virtud de la consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger la totalidad de los trabajadores subordinados, por lo que su alcance debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

De otro lado, no es acertado afirmar como lo hace el apelante, que el cálculo actuarial no deba comprender el porcentaje que le corresponde asumir al trabajador en el aporte pensional, toda vez que como lo ha hilado de manera pacífica la jurisprudencia en torno a los casos de no afiliación, en esos periodos de no cobertura se mantiene en cabeza del empleador el riesgo pensional, de modo que no correspondía al trabajador contribuir en un porcentaje para su aporte pensional, en este sentido, en sentencia SL 14388-2015, se concluyó por el Tribunal de cierre que en «aquellos casos en los que se verificaba una falta de afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio (...) los lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional».

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por el gestor judicial de la enjuiciada PALMAS MONTERREY S.A., en cuanto da a entender su actuar de buena fe, bajo la premisa que no existía disposición normativa alguna que la facultara para la realización de la afiliación del demandante y el correspondiente pago de los aportes, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones.

Por lo tanto, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

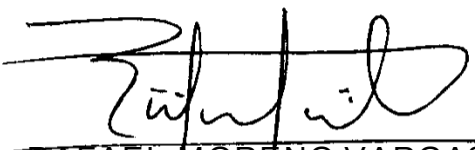
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de JOSÉ JEAN RENDÓN MONSALVE contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 110013105-021-2019-00710-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de octubre de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ JEAN RENDÓN MONSALVE, pretende se condene al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez, correspondiente al lapso 22 de marzo de 2017 al 31 de diciembre de 2018, con las mesadas adicionales de diciembre y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más las costas procesales.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, en síntesis, relató que mediante Resolución SUB 329348 de 24 de diciembre de 2018 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez, a partir del 01 de enero de 2019, en cuantía inicial de \$2.283.771. Que fue servidor público del INPEC entre el 23 de agosto de 1978 y el 17 de enero de 1984 (269.14 semanas); cotizó a COLPENSIONES un total de 1639.43 semanas, realizando su último aporte a pensiones el 31 de marzo de 2017. De igual manera, indicó haber nacido el 22 de marzo de 1955 y mediante petición radicada ante COLPENSIONES el 22 de julio de 2019 solicitó el pago del retroactivo de su pensión de vejez. No obstante, mediante la

Resolución SUB 250644 de 13 de septiembre de 2019 COLPENSIONES lo negó (fls. 02 a 05).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, toda vez, que en el presente caso el ultimo empleador del demandante «VICTORIA» con identificación aportante No 51799495, en primera medida no reportó novedad de vinculación laboral, ni tampoco reportó novedad de retiro, por lo cual la prestación no puede ser reconocida desde la última cotización, sino con corte de nómina por no cumplir con los requisitos descritos en el artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990. De igual modo, indicó, al demandante se le viene reconociendo y pagando la pensión solicitada de forma cumplida y sin ningún tipo de atraso, por ende los intereses solicitados son procedentes cuando existe mora injustificada en el pago de mesadas pensionales, sin embargo en el presente asunto la entidad no tiene obligación de reconocer la prestación por cuanto el demandante no reúne los requisitos mínimos para dicho reconocimiento, pues no alcanza a cumplir con las semanas que exige la norma, por ende el actuar de la entidad se encuentra plenamente justificado. Formuló como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho al retroactivo pretendido», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «pago», «carencia de causa para demandar», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de s seguridad social del orden público», «prescripción» e «innominada o genérica» (fls. 49 a 55).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 28 de octubre de 2020, el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a pagar al demandante el retroactivo por mesadas pensionales causadas entre el 1° de abril de 2017 y el 31 de diciembre de 2018, equivalente a la suma de \$51.701.569. Condenó al pago de los intereses moratorios, sobre cada una de las mesadas pensionales objeto de condena, a partir del 12 de julio de 2018 y hasta el momento en que se cancele el retroactivo adeudado; autorizó a COLPENSIONES a descontar del retroactivo, los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que pese a no registrarse la novedad de retiro, debían analizarse las circunstancias del caso para establecer la voluntad del afiliado de no seguir cotizando; en tal medida, indicó que del reporte de

semanas cotizadas a Colpensiones, la última cotización en pensiones se efectuó en marzo del 2017 y el actor elevó reclamación administrativa el 12 de marzo 2018 para el reconocimiento pensional conforme se describió en la resolución expedida en diciembre del mismo año, fecha para la cual ya había reunido los requisitos exigidos por ley para acceder a su pensión de vejez, situaciones fácticas que permiten su interés por desafiliarse del Sistema, siendo entonces, procedente el reconocimiento a partir del 01 de abril de 2017, como quiera que la última cotización se hizo el 31 de marzo del mismo año; precisando que, desde la fecha de la última cotización y hasta la fecha de solicitud pensional transcurrió aproximadamente un año, se advierte que el actor estuvo tramitando un traslado del RAIS al RPMPD, el cual fue aceptado desde el 01 de noviembre del 2017, estando en consonancia al año que el accionante dejó de cotizar, alcanzando el status pensional y junto a su solicitud del reconocimiento pensional, se evidencian hechos inequívocos del cumplimiento del requisito, de su intención por desafiliarse del Sistema dejando de realizar los aportes. Precisando así, con relación a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, no había lugar a declararla probada, al no haber transcurrido el término trienal entre la causación, el reclamo del actor y la presentación de la demanda.

Con relación los intereses moratorios, indicó que Colpensiones negó el pago por la falta de prueba del retiro, no obstante, existieron otros eventos que permitieron evidenciar el interés del afiliado por desafiliarse del sistema, razón por la cual, halló procedente el reconocimiento de dichos intereses a partir del 12 de julio del 2018.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandada, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando revocar en su totalidad el fallo proferido, argumentando para tal efecto que al actor ya se le reconoció su pensión de vejez, la cual fue reajustada con posterioridad. Así mismo, señaló que el actor inició una demanda laboral en el Juzgado 08 Laboral del Circuito, promoviendo las mismas pretensiones y que fue declarada la excepción de falta de competencia por no agotar la reclamación administrativa, es decir que esto ya se tuvo en cuenta. En cuanto a la desafiliación tácita, mencionó que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la norma diferencia entre la causación del derecho y su disfrute, pues el primero hace relación al momento en que el afiliado reúne los requisitos legales de edad y tiempo, mientras que el segundo señala el momento a partir del cual se puede empezar a devengar la respectiva mesada, de tal manera que el afiliado está condicionado al retiro del Sistema. Que en el régimen de transición de debe realizar una desvinculación formal al sistema pues para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, haciéndose necesaria la desafiliación del Sistema, lo que indica que en tanto no exista esta desafiliación, el afiliado no puede recibir el importe de la mesada,

situación que no tiene cabida en asuntos de reajuste pensional reconocida pero si cuando se solicita reconocimiento de una pensión con fecha anterior a una desafiliación y posterior a la fecha de reestructuración de la pensión. Indicando, que, en todo caso, se necesita de la desafiliación del afiliado para disfrutar de su pensión de vejez. Que la Alta Corporación ha mencionado que no es procedente una desafiliación tacita pues el mero acto de declaración del empleado o del afiliado, sino que es necesaria poner en conocimiento de la administradora el interés del afiliado por desafiliarse y así pueda considerarse excluido del Sistema; del mismo modo, la falta de cotización en sí misma no supone una desafiliación, pues la afiliación al Sistema se mantiene así no se tengan cotizaciones. Finalmente, sostuvo que no resulta procedente la declaración de mora ni tampoco la condena en costas pues esta administradora no ha faltado en el cumplimiento de la prestación, pues al actor se le han reconocido a la fecha sus mesadas pensionales.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES en similares términos a los indicados en su recurso de alzada, solicitando se revoque la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura establecer si a la parte actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pretendido, junto con los intereses moratorios contemplados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, en los términos ordenados en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre los problemas jurídicos planteados, se ha de precisar que no es materia de controversia que mediante Resolución SUB 329348 del 24 de diciembre de 2018, le fue reconocida pensión de vejez al señor JOSÉ JEAN RENDÓN MONSALVE a partir del 1° de enero de 2019, en cuantía inicial de \$2.283.771 tomando 1.904 semanas y un ingreso base de liquidación de \$2.904.083, con un 78.64% como tasa de reemplazo (fls. 29 a 33), lo cual fue modificado mediante Resolución SUB 250644 del 13 de septiembre de 2019 (fls. 37 a 40). También se advierte por otra parte y no es objeto de discusión, que el actor estuvo vinculado al RAIS, según da cuenta la historia laboral aportada (fls. 7 a 22).

También se encuentra debidamente acreditado dentro del plenario, de conformidad con la historia laboral allegada y que reposa en los folios 7 a 22, que la última cotización efectuada por el demandante lo fue con el empleador «VICTORIA» para el ciclo de marzo de 2017.

Ahora bien, en cuanto al retroactivo pensional solicitado, estima la Sala que si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1993 regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, no es menos cierto que la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL607-2017 del 25/01/2017, radicado 47315, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514, pronunciamientos que han sido reiterados en las sentencias SL5603-2016, SL11895-2017 y SL11895-2017, SL415-2018 y SL3608-2018), postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.

En el caso sometido a consideración de esta Sala, puede observarse claramente como la parte actora satisfizo a cabalidad todos los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia para entenderse su desafiliación al sistema:

- (i) Desde el 12 de marzo de 2018 (fl. 29) solicitó el reconocimiento de su pensión, es decir, desde dicha fecha ejerció ante la demandada, una conducta inequívoca que era su deseo retirarse del sistema, aunado a que:
- (ii) El señor RENDÓN MONSALVE, adquirió el estatus de pensionado desde el 22 de marzo 2017, fecha para la cual, tenía más de 1.300 semanas de cotización conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y ya había cumplido 62 años de edad.
- (iii) El empleador «VICTORIA», dejó de cotizar desde el 30 de marzo de 2017, tal y como lo refleja el reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls. 7 a 22).

Lo anterior sería suficiente para determinar que le asistiría derecho al demandante al disfrute de la prestación en fecha anterior a la otorgada por COLPENSIONES, sin embargo, considera la Sala que no debe ser conforme a lo solicitado y a lo cual se accedió

en la primera instancia, esto es el 1° de abril de 2017, dado que para esa fecha el actor aún se encontraba afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS en la AFP PORVENIR y realizando los trámites pertinentes para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, de modo que, le era imposible a Colpensiones para esa data reconocer la prestación, máxime, cuando dicho traslado se aprobó solo hasta el 03 de octubre de 2017, según comunicación de esa fecha que reposa en el expediente administrativo, en la cual COLPENSIONES le informa sobre dicha aceptación. Posteriormente, según formato de solicitud de prestaciones económicas que obra en el expediente administrativo, radicado el 24 de noviembre de 2017 (CD fl. 57), es que el demandante solicita ante COLPENSIONES el reconocimiento pensional por vejez, de tal modo, que sólo hasta ese momento se externó a la accionada de manera inequívoca su voluntad de no continuar cotizando.

Puestas así las cosas, esta Sala observa con meridiana claridad, que en éste caso se cumplen las condiciones analizadas en la jurisprudencia, pero con la connotación temporal antes indicada, y en tal sentido, hay lugar a modificar la fecha de disfrute, para ordenarla a partir 24 de noviembre de 2017, fecha en la que el actor ya tenía la edad de 62 años y cumplidos el requisito de semanas para causar la pensión de vejez y puso en conocimiento de la entidad aquí demandada su deseo de pensionarse.

Dilucidado lo anterior, se deberá modificar lo decidido en primera instancia en cuanto a este punto en particular; y con el ánimo de calcular el retroactivo adeudado se tiene que la prestación fue reconocida para el año 2019 en la suma de \$2.359.690, de modo que debe deflactarse al año 2017. En tal medida una vez efectuadas las operaciones de rigor arrojó una mesada para esa anualidad por un monto de \$2.197.103, de tal modo, que calculado el retroactivo desde el 24 de noviembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018 sobre 13 mesadas pensionales arrojó la suma de \$34.637.402:

AÑO	Mesadas	Incremento IPC	No. Mesadas	Retroactivo
2017	\$ 2.197.103	5.75%	2,23	\$4.906.863
2018	\$ 2.286.965	4.09%	13	\$29.730.539
2019	\$ 2.359.690	3.18%	0	\$0
TOTAL				\$34.637.402

Se debe anotar que este retroactivo no se encuentra prescrito, en la medida que el mismo se causó a partir del 24 de noviembre de 2017 y el demandante solicitó la prestación en esa misma fecha (CD fl. 57), y esta le fue reconocida mediante Resolución SUB 329348 del 24 de diciembre de 2018 (fls. 29 a 33); y el retroactivo pensional fue reclamado el 22 de julio de 2019, siendo resuelta la solicitud a través de la Resolución SUB 250644 del 13 de septiembre de 2019 (fls. 37 a 40), notificada el 30 septiembre de

2019 (fl. 36), y como quiera que la demanda fue promovida el 17 de octubre de 2019 (fl. 41), no se excedió el término previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, no es menos cierto que ello no se configura en el caso de marras, pues no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada desde el 24 de noviembre de 2018, pues como se vio, para ese momento el demandante ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, desde el momento que cumplió la edad requerida y ya se había trasladado del RAIS, de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración.

En este orden, se tiene que la fecha de la petición pensional fue el 24 de noviembre de 2017, se colige entonces que el periodo de gracia de 4 meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, vencería el 24 de marzo de 2018, habiéndose producido el reconocimiento pensional solo hasta el 24 de diciembre de 2018, con fecha de disfrute 1º de enero de 2019, de ahí que, los citados intereses se causarían a partir del 24 de marzo de 2018, empero como la decisión de primer grado lo determinó a partir del 12 de julio de 2018, así se dejará, en tanto y en cuanto, este aparte de la sentencia se revisa en favor de COLPENSIONES en el grado jurisdiccional de consulta y como única apelante; por lo que estos intereses se calcularán sobre el valor retroactivo hasta la fecha en que se realice el pago de dicho retroactivo pensional, tal como lo señaló la a quo.

Finalmente y en lo que atañe a la imposición de costas, resulta imperante para la sala recordarle a la recurrente que en voces del artículo 365 del CGP, la parte vencida en juicio será condenada a su pago, de acuerdo con lo anterior y en tanto no se acreditó ninguna circunstancia que exonerara a la entidad de su pago, se deberá confirmar la sentencia impugnada en este aparte.

De igual manera, se confirmará la decisión en lo atinente a autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera

automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

En tal virtud, quedan resueltos tanto la consulta que opera en favor de COLPENSIONES, como la apelación formulada por esta entidad. De tal modo que se modificará la decisión de primer grado en los términos expuestos. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

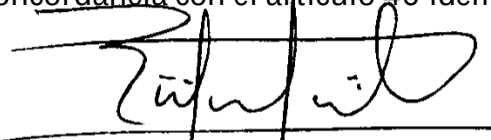
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido que el retroactivo por mesadas pensionales ascienden a la suma de \$34.637.402, causadas desde el 24 de noviembre de 2017 hasta 31 de diciembre de 2018, calculadas sobre 13 mesadas anuales, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


 RAFAEL MORENO VARGAS
 Magistrado


 DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
 Magistrado

Diego Roberto Montoya
 DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
 Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA NELLY CHQUIZA DURAN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-. Rad. 110013105-011-2019-00001-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora MARIA NELLY CHQUIZA DURAN por medio de apoderada judicial, instauró demanda ordinario laboral, con la finalidad que se ordene a COLPENSIONES reconocerle el derecho pensional por vejez, así mismo a pagar el retroactivo pensional, los intereses por mora o indexación de las mesadas dejadas de percibir y costal de proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se presentó a reclamar pensión de vejez ante COLPENSIONES el 24 de noviembre de 2016, la cual fue negada mediante resolución GNR 11324 del 16 de enero de 2017 por contar con 912 semanas aportadas en su vida laboral, decisión frente a la cual, el 22 de noviembre de 2018 interpuso derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando se tuvieran en cuenta los aportes laborales y no pagados por el empleador NELSON ROSALES ESPINOSA con quien laboró desde el 01 mayo de 1997, hasta el 31 de diciembre de 2001. Empleador que canceló de forma extemporánea en algunas oportunidades y en

otras dejó de cancelar aportes a seguridad social, pese a que siempre se le descontó del salario, dejando de cancelar para los meses 5 y 12 de 1997, 8 meses en 1998, en 1999 10 meses, y lo correspondiente a los años 2000 y 2001, para un total de 188, 57 semanas. Agregó que es beneficiaria del régimen de transición al contar con más de 40 años de edad al 1° de abril de 1994 y tener un total de 673,42 semanas. Adicionalmente cumple con los requisitos del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, cumpliendo 55 años de edad el 12 de agosto de 2008 y teniendo un total de 592 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de edad, del 25 de abril de 1988 al 25 de abril de 2008. Explicó finalmente, que COLPENSIONES ha omitido sumar los períodos en mora y no cancelados que aparecen en el historial laboral (fls. 3 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su lugar solicitó se absuelva a COLPENSIONES toda vez que la demandante no reúne los requisitos mínimos para ser beneficiaria del régimen de transición, por cuanto para el 29 de julio de 2005, solamente acredita 476.12 semanas, de modo que es posible extender la aplicación del régimen de transición hasta 31 de diciembre de 2014, como quiera que no reúne el requisito exigido en el Acto Legislativo 01 de 2005 y tampoco reúne los del reconocimientos pensional antes del 31 de julio de 2010, pues no acredita las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni las 1000 en toda la vida laboral. Propuso como excepciones de fondo, las de, «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe de COLPENSIONES», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 42 a 51).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de septiembre de 2020, absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra condenó en costas a la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que la accionante era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y el régimen que le era aplicable era el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, cumpliendo el requisito de la edad mínima de 55 años, el 25 de abril del año 2008, sin embargo, advirtió con

relación al requisito de semanas que no tenía cotizadas mil semanas en toda su vida laboral, ni 500 durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, pues solo tenía un total de 430.1 semanas cotizadas, lo que de suyo comportaba que no causó el derecho pensional. Precisó que para el 25 de julio del año 2005, fecha de entrada en vigencia de esta normatividad, no acreditó haber cotizado 750 semanas, por tanto, los beneficios del régimen de transición para su caso particular, no estaban llamados a extenderse hasta el 31 de diciembre del año 2014. De lo anterior, concluyó que no demostró su derecho pensional, por lo que queda sujeta a las disposiciones de la ley 100 de 1993, requisitos que tampoco cumple para hacerse acreedora de la prestación de vejez, como quiera que se exigen 1.300 semanas cotizadas y la actora solo cuenta con 1.026,57 semanas, contabilización en la que ya se encuentran los periodos echados de menos y que no fueran incluidos en la historia laboral, razón por la cual, absolvió a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandante, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia y en su defecto se conceda la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990 artículo 12, toda vez que se cumplía con el régimen de transición, al contar con la edad de 41 años de edad para el 01 de abril de 1994. Con relación al cumplimiento de las semanas, solicitó se tenga en cuenta el Acuerdo 049 de 1990, en su artículo 12, toda vez que es la norma más favorable y si bien no cumple los requisitos del acto legislativo 01 de 2005, lo cierto es que si cumple con los requisitos del Acuerdo 049 en su artículo 12, por cuanto la accionante contaba para el momento en que cumplió 35 años de edad, con el requisito de las 500 semanas exigidas por la ley, por tanto difiere de la decisión de instancia en el sentido que debe cumplir las 750 semanas del Acto Legislativo. Que conforme a dicha norma, puede pensionarse con las 500 semanas, igualmente, explicó que hay un empleador en mora, como también lo manifestó el apoderado de COLPENSIONES, que se encuentra en mora, no obstante hace mención sólo a los años de 1997 y 1998, sin tener en cuenta los aportes de los años de 1999, 2000 y 2001, manifestando que estos periodos no se tienen en cuenta porque no se pueden probar, sin embargo, también es cierto que la demandante solicitó bajo recurso de reposición a la resolución que le negó la pensión, que se le hiciera el cobro coactivo a este empleador. Agregó que se puede verificar en la historia laboral que no existe un retiro, por tanto se presume de buena fe el hecho de que se manifieste que laboró con este empleador entre abril de 1995 a diciembre de 2001, circunstancias que COLPENSIONES nunca probó, por lo tanto solicita que de buena fe sean tenidas en cuenta, pues son periodos que se encuentran en mora, y que al observar la historia

laboral están descritos y no hay una novedad de retiro por tanto deben ser sumados, para que la demandante pueda completar su requisito de las 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, dado que si estos aportes llegan a ser sumados completaría 592 semanas antes del 25 de abril de 2008, circunstancia que le daba la posibilidad de pensionarse, existiendo además, la posibilidad de hacer un cobro coactivo para que no se siga causando a la accionante un perjuicio al no pensionarse por culpa del empleador y de parte del empleador de ponerse al día, ya que los documentos demuestran que sí existió una mora y que esta nunca fue cobrada por la entidad demandada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión, solicitando sea confirmada la sentencia de primer grado. Por su parte, la accionante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, si a la demandante le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, verificando si hay lugar a tener en cuenta algunos aportes calificados por la accionada con mora patronal, de ser afirmativa la conclusión del estudio, verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Con el objeto de resolver el problema jurídico expuesto, la Sala encuentra como hechos probados y fuera de discusión, que la demandante nació el 25 de abril de 1953, tal como se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 33; que el 23 de junio de 2010 solicitó ante el ISS, hoy COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada por medio de Resolución GNR 11324 del 16 de enero de 2017 (folios 12 a 14) y SUB 185446 del 16 de julio de 2019 (CD fl. 56), bajo el argumento de que no acreditaba los requisitos dispuestos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

De igual manera, debe anotarse que en el expediente se encuentra acreditada la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, pues como ya se indicó, nació el 25 de abril de 1953, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 40 años de edad, como lo exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero ello no implica

que haya consolidado derecho pensional alguno, tal circunstancia únicamente le garantiza conservar las expectativas legítimas que traía con el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, los requisitos para adquirir la Pensión de Vejez se deben regir por las normas inmediatamente anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y en este caso por haber efectuado sus cotizaciones al ISS es viable el estudio de la pensión conforme a los reglamentos de dicho instituto, en este caso el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, como se solicita por parte de la accionante.

Antes revisar los requisitos contenidos en la disposición en cita, es menester indicar, en la medida que la recurrente arguye se deben contabilizar periodos no cotizados o en mora por parte de su empleador; que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia radicada al No. 69294 del 2 de noviembre de 2016 (SL15980-2016).

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste

aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

En aplicación de la iusteoría que antecede, se procede a revisar la historia laboral y los tiempos de servicios certificados a fin de determinar a ciencia cierta el número de semanas cotizadas por parte de la demandante. Al efecto COLPENSIONES no tiene en cuenta en la historia laboral las semanas correspondientes a los ciclos 1998-11, 1999-03 y 1999-5 respecto del empleador NELSON ROSALES ESPINOSA por aparecer en el detalle de pagos «Deuda presunta, pago aplicado de periodos posteriores», ciclos que a modo de ver de la Sala, deben ser tenidos en cuenta pues las fechas de pago de esos aportes, coinciden con el respectivo ciclo, por ello, en aplicación de la tesis antes expuesta, es claro que existieron tres periodos donde resulta palpable la mora por parte de dicho empleador. Respecto a los demás periodos reclamados, no existe indicio alguno que en efecto esos períodos hayan sido efectivamente laborados por la demandante para que de allí haya nacido la correlativa obligación de cobro por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, por tal motivo no es posible tenerlos en cuenta.

En ese orden de ideas, conforme lo descrito, se evidencia que la demandante en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 55 años, sólo registra 431 semanas, así:

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS DEL	SEMANAS
DESDE	HASTA	PERIODO	
08/11/1985	31/03/1986	144	20,57
01/04/1986	07/02/1988	678	96,86
15/02/1989	28/02/1989	14	2,00
01/03/1989	29/06/1991	851	121,57
11/10/1993	31/12/1994	447	63,86
01/01/1995	31/12/1995	360	51,43
01/01/1996	30/09/1996	270	38,57
01/11/1996	31/12/1996	60	8,57
01/01/1997	31/01/1997	30	4,29
01/04/1997	30/06/1997	90	12,86
01/07/1997	31/07/1997	30	4,29
01/08/1997	31/08/1997	30	4,29
01/09/1997	30/11/1997	90	12,86
01/12/1997	31/12/1997	30	4,29
01/01/1998	31/01/1998	30	4,29
01/02/1998	31/07/1998	180	25,71
01/11/1998	30/11/1998	30	4,29
01/03/1999	31/03/1999	30	4,29
01/05/1999	31/05/1999	30	4,29
01/08/2003	31/08/2003	30	4,29

01/04/2007	30/04/2007	30	4,29
01/05/2007	31/12/2007	240	34,29
01/01/2008	29/02/2008	60	8,57
01/03/2008	25/04/2008	55	7,86
TOTAL			431,00

No obstante, la norma en cita requiere de 500 semanas, por lo que no satisface el requisito legal, igual suerte corre con el requisito de las 1.000 semanas en cualquier tiempo, dado que sólo sumo a esa fecha 548,43 semanas, lo que igualmente da al traste con el derecho pensional bajo esa normativa, en aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De igual modo, tampoco logró conservar dicho régimen, en la medida que no cumple con las condiciones que estableció el parágrafo 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, en aras de extender su aplicación hasta el año 2014, pues al 29 de julio de 2005, sólo tiene cotizadas 493,43 semanas y dicha reforma constitucional exige 750 o su equivalente en tiempo de servicios. En ese sentido, el régimen de transición de la actora se mantuvo únicamente hasta el 31 de julio de 2010 y para esa época sólo tenía cotizadas 664,71, inferiores a las 1.000 que se requerían en cualquier tiempo para configurar la prestación en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

En tal sentido, la pensión de vejez de la demandante debe sujetarse al cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993 con todas sus modificaciones, sin embargo, en el caso particular de la actora no se satisface lo establecido en su artículo 33, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por no contar con por lo menos 1.300 semanas para el año 2019 cuando efectuó su última cotización (1.059,14).

Las razones anteriores son más que suficientes para desestimar los argumentos de la apelación y por ende, CONFIRMAR la sentencia impugnada. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

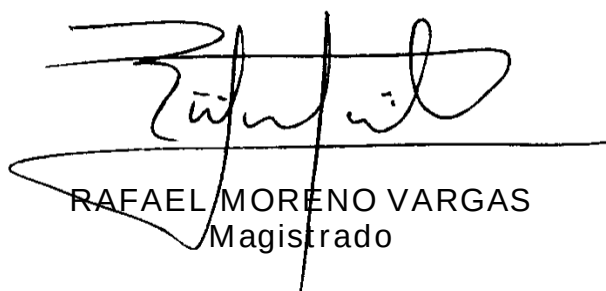
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

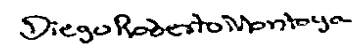
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DANIEL HUMBERTO GARCÍA CADENA contra FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. Rad. 11001 31 05 004 2019 00371 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 6 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor DANIEL HUMBERTO GARCÍA CADENA, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., a fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, desde el 27 de febrero de 1995 hasta el 26 de octubre de 2018, el cual finalizó sin justa causa. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la demandada al pago de indemnización por despido sin justa causa, en la suma de \$100.179.447, con su respectiva actualización monetaria desde la fecha de terminación hasta la fecha en que se realice el pago, así como lo que pueda resultar ultra y extra petita, y las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició su vínculo laboral con la demandada en fecha 27 de febrero de 1995, en el cargo de Analista de Recursos Humanos, cargo que ocupó hasta el 31 de marzo de 2007. Que a partir del 1 de abril de

2007 y hasta el 31 de agosto de 2014, desempeñó el cargo de coordinador administrativo de personal y salud ocupacional. Que posteriormente, en fecha 1 de septiembre de 2014, y hasta que finalizó la relación laboral, ocupó el cargo de Coordinador de Administración de Personal, con funciones de administración de las siguientes nominas: Fiduciaria de Occidente, Edificio Banco de Occidente Cali, Edificio Banco Popular Cali, Consorcio de Pensiones Cundinamarca, Consorcio Empresas Publicas de Armenia, Consorcio Ecopetrol y Consorcio Isagen, cuyos procesos estaban centralizados en Bogotá. Que el demandante debía realizar sus funciones a mano en hojas de Excel, y en caso con fecha anterior a 2008, se requería la búsqueda de planillas físicas, ya que el aplicativo de nómina no era confiable por su estado de desactualización. Que para el cumplimiento de sus funciones, el demandante requería el suministro de herramientas tecnológicas que le permitieran cumplir con sus funciones, debido a las demoras que implicaba realizarlas manualmente. Que los aplicativos eran QUERYX 7, producido por la empresa SQL SOFTWARE, y SIFI como un aplicativo contable, pero que dichos aplicativos no eran compatibles entre si. Que el primer semestre de 2017, la licencia de la herramienta SQL no fue renovada para su uso aplicativo de nómina, debido a una reestructuración administrativa de las empresas pertenecientes al GRUPO AVAL, y que además le fue informado al actor que esta decisión era para optimizar recursos y procesos, y que estas funciones pasarían a otra Entidad. Que desde esa fecha hasta la finalización del contrato de trabajo, el demandante continuó con estas funciones de manera ininterrumpida, sin equipo de trabajo, con herramientas insuficientes para la carga laboral y realizando las tareas de manera manual.

Señaló que el aplicativo SQL NOMINA, tiene por objeto automatizar los procesos relacionados con la gestión de nómina, a partir de la información que fuera alimentada por el personal a cargo, lo que implicaba ahorro de tiempo, reducción de inconsistencias y errores humanos, y facilidad de trazabilidad de novedades, y que si esta no se encontraba actualizada el demandante debía realizar sus labores de manera manual, a través de hojas de cálculo, pues no contar con un aplicativo traía una alta carga laboral. Que al demandante le fue iniciado proceso disciplinario, debido a fallas que se le atribuían en el desempeño de su cargo, que habrían generado perjuicios graves para la demandada. Que debido a la falta del aplicativo, el actor realizó múltiples peticiones para la actualización tecnológica de la herramienta, lo que trajo como consecuencia acoso laboral por parte de OSCAR GONZÁLEZ HOYOS, lo cual fue puesto en conocimiento del Comité de Convivencia el día 25 de octubre de 2018. Que tan solo 1 día después de presentada la queja por acoso, es decir, el 26 de octubre, fue despedido

sin justa causa haciendo referencia a las causales contempladas en el Art. 62, numerales 2, 4 y 6 literal a del CST. (fls. 3-25 y 402-426).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada dio contestación a la demanda y a la reforma de la demanda, como se observa a folios 230-269 y 443-483, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones del actor, manifestando que la terminación del contrato de trabajo del demandante obedeció a una justa causa. Agregó que el demandante durante toda la vigencia de la relación laboral, contó con las herramientas para el correcto ejercicio de sus funciones, que el actor incurrió en incumplimientos que derivaron en la finalización de su contrato, y que los cambios en las condiciones, de manera alguna relevaban al actor del cumplimiento de sus obligaciones. Propuso como excepciones, las de «existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo», «calificación de falta grave por los contratantes», «inexistencia de las obligaciones», «cobro de lo no debido», «falta de título y causa», «Enriquecimiento sin causa», «buena fe», «pago», «compensación» y «prescripción».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 6 de noviembre de 2020, condenó a la demandada FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. reconocer y pagar al actor DANIEL HUMBERTO GARCÍA CADENA la suma de \$80.040.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el art. 64 del CST, así como a la indexación de tal suma. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la condenó en costas en cuantía de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que la fiduciaria había justificado el despido en los numerales 2, 4 y 6 literal a del art. 62 CST, aduciendo que por el incumplimiento se causaron perjuicios operacionales, administrativos y económicos a la Compañía, lo cual no fue probado dentro del proceso ya que no se demostró la ocurrencia de ninguna de las causales ahí contempladas. Señaló que obran en el expediente requerimientos por parte del demandante, solicitando la actualización de los aplicativos mediante los cuales realizaba la gestión de nomina de la empresa, requerimientos que no fueron contestados ni se tomaron las medidas pertinentes para prevenir eventualidades que puedan llegar a ocurrir. Agregó que se encontró demostrado que por la falta de actualización de los aplicativos, los procesos debían hacerse en Excel y manuales, y que esto permitía que se presentara un alto margen de

error. En cuanto a los testimonios, señaló que con la declaración de Claudia Meneses, se pudo establecer que el aplicativo generaba errores, pues ella también tuvo inconvenientes en el año 2016.

Indicó que la demandada sabía que el aplicativo estaba desactualizado lo que llevó al actor a cometer errores pero de los cuales no se logró probar su gravedad, puesto que de la sanción impuesta por la DIAN no se allegó prueba. Señaló también que dado que la empleadora no suministró los equipos adecuados para el cabal cumplimiento de sus funciones, mal haría en formularle cargos por fallas encontradas, y que por el contrario las posibles faltas cometidas por el trabajador eran consecuencia de la falta de elementos necesarios para realizar la labor encomendada, negligencia que no fue propia del trabajador sino que provenía directamente del empleador quien tenía la responsabilidad de suministrar los elementos y herramientas de trabajo adecuados para la buena prestación del servicio. Como consecuencia de lo anterior, consideró que la demandada no había logrado probar la justa causa y que por lo tanto el actor se hace merecedor de la indemnización contenida en el Art. 64 del CST (Fls. 512-513).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, el apoderado judicial de la parte actora apeló la decisión, solicitando se realice una nueva tasación de la indemnización por despido sin justa causa concedida, como quiera que el Juez A quo no tuvo en cuenta la totalidad de los elementos o factores que constituían el salario total del demandante.

A su turno el apoderado de la parte demandada, apeló la sentencia, solicitando sea revocada en su totalidad, dado que a su juicio, en un aparente “descuido” el Juez no tuvo en cuenta que el cargo del demandante a partir del 1 de septiembre de 2014 y hasta que finalizó el contrato de trabajo, era el de Coordinador de Administración de Personal y Salud Ocupacional y no Coordinador de Administración únicamente. Afirmó que hubo una indebida valoración probatoria en lo que tuvo que ver con el análisis de los testimonios, en especial el del Sr. Oscar González, el cual manifestó que el actor solo tenía la administración del personal de la Fiduciaria de Occidente, y no administraba otras nóminas, además que tenía un grupo de apoyo para las tareas informáticas, a fin de corregir los errores que se pudieran presentar con el sistema. Asimismo, en cuanto a Claudia Meneses, dijo que ésta evidenció que la labor principal del demandante era la de verificar y supervisar el trabajo del grupo que lideraba, y que por su parte Adriana Aponte, sí explico el funcionamiento del SQL, pero que el juez no tuvo en cuenta su dicho, en cuanto a que el actor solo revisaba lo que ellas hacían, y que el nunca se quedaba hasta tarde como sí se quedaban los demás. Por otro lado, afirmó que el

demandante habría incurrido en las fallas que dieron lugar a su despido, y que estas fueron aceptadas tanto en la demanda, como en el interrogatorio. En cuanto a las documentales, señaló que no fueron estudiados los correos electrónicos y las pruebas que demostraron que el actor incurrió en incumplimientos como liquidaciones erradas respecto de la retención en la fuente que terminó ocasionando multa a la compañía y pasivo de vacaciones que no fue estudiado por el actor.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandada FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. presentó los siguientes alegatos de conclusión:

Se ratificó en los puntos de la apelación, solicitando sea revocada la sentencia en todas sus partes, aduciendo que la información procesada y revisada por el demandante, relacionadas con la retención en la fuente del área de impuestos, la provisión de vacaciones del personal de la fiduciaria y la liquidación de comisiones del personal comercial, fueron presentadas con información alejada de la realidad, razón suficiente y acreditada para dar por terminado el vínculo laboral del actor con justa causa, como quiera que el trabajador habría violado la cláusula 6ta literal B, de su contrato de trabajo, la cual establece que son justas causas para dar por terminado el contrato, la realización de actividades en contravención a órdenes superiores o de reglamento, de carácter culposos o negligentes, omisivos o dolosos que atenten o incidan negativamente contra los intereses del empleador o de terceros.

Es de anotar que el apoderado del demandante, guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la finalización del vínculo laboral ejecutado entre el empleador FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. y el señor DANIEL HUMBERTO GARCÍA CADENA, obedeció a las justas causas alegadas por el empleador; en caso negativo, verificar si la liquidación de la indemnización por despido injusto efectuada por la primera instancia, se encuentra ajustada a derecho.

CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que la existencia del contrato de trabajo y los extremos de la relación laboral, no fueron objeto de debate por los sujetos procesales.

Se debe tener cuenta que en reiteradas ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido, y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión. Igualmente, ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma; adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que esta circunstancia, es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación; por consiguiente, que el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una justa causa legal. Siendo obligación del empleador expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o motivo que lo llevó a tomar esa determinación, calificando la falta adecuadamente como trascendental y capaz de romper el vínculo contractual que los une.

Para definir el problema jurídico planteado es menester indicar que como lo ha reiterado la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, frente al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, quien alega su configuración está en la obligación de demostrar ese hecho. En tal sentido, como ya se dijo el despido realizado por la parte demandada se realizó a través comunicado obrante a folios 26-28, del 26 de octubre de 2018, el cual, en su contenido se especificó que la terminación obedecía a lo siguiente:

«La Compañía tuvo conocimiento que Usted incumplió gravemente sus obligaciones contractuales, teniendo en cuenta los siguientes hechos:

- a. El 7 de septiembre de 2018 la Compañía tuvo conocimiento que usted presentó información alejada de la realidad de 68 casos, relacionada con la retención en la fuente al área de impuestos de la Compañía, la cual, fue reportada a la Dirección

Nacional de Impuestos DIAN, y generó una pérdida económica para la compañía del \$9.569.000.

- b. El 03 de octubre de 2018 la Compañía conoció que usted en el mes de septiembre de 2018 no revisó la causación de las comisiones comerciales pagadas por valor de \$60.562.208, situación que generó un reproceso en la operación al tener que cancelar la partida y causarse de manera correcta, por lo cual, esta situación generó perjuicios operativos y administrativos, pues adicionalmente debió abrirse nuevamente el balance del mes de septiembre de 2018 y realizarse la reversión de la partida para ser causada de manera adecuada en el área contable.
- c. La Compañía tuvo conocimiento que usted no realizó las pruebas aleatorias en el informe consolidado del pasivo de vacaciones del aplicativo SQL, teniendo el deber de realizarla, situación que llevó a que se realizara un ajuste en el saldo pasivo en más de 500 millones de pesos al corte del mes de septiembre de 2018.

(...)

Por todo esto, la Fiduciaria ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el numeral 1° y 5° del artículo 58 del mismo estatuto, toda vez que con sus incumplimientos Usted causó perjuicios operacionales, administrativos y económicos a la Fiduciaria».

Luego del análisis de dicha documental, la Sala observa que la falta calificada como grave se circunscribió al incumplimiento de las obligaciones del trabajador como justa causa para darlo por terminado. Se extrae también del mencionado texto, que la empresa fundó su determinación en los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 62 del CST, norma que establece como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del empleador:

«2. Todo acto de violencia, injuria malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

(...)

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

(...)

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos».

El demandante con miras a probar que fue despedido sin justa causa, arrió las siguientes pruebas documentales:

- Queja de acoso laboral presentada por el demandante, en contra del Sr. Oscar González Hoyos, de fecha 25 de octubre de 2018, donde manifestó encontrarse sometido a maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento laboral, inequidad laboral y desprotección laboral (fls. 51-60).
- Apertura formal de proceso disciplinario - Citación a diligencia de descargos, fechada de 16 de octubre de 2018 (fls. 63-64).
- Diligencia de descargos, donde al demandante se le atribuyen presuntos incumplimientos laborales (fls. 65-72).
- Historias clínicas, recetas médicas, correos electrónicos a la empresa, que daban cuenta del estado de salud del actor (fls. 74-130 y 134-216).
- Certificación de las funciones del Cargo de Administración de Personal, el cual ocupaba el demandante desde 01 de septiembre de 2014, de donde se desprende que las funciones y responsabilidades del cargo eran: Coordinar y controlar el cálculo y liquidación de la nómina a fin de asegurar su pago oportuno y el cumplimiento legal; programar, coordinar y controlar los procesos trimestrales, semestrales y anuales de las nóminas y atender los requerimientos de los entes de control (fls. 131-133).

Por su parte, la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., allegó las siguientes documentales:

- Descripción del cargo de Coordinador de administración de personal y salud ocupacional (fls. 271-273).
- Descripción del cargo Coordinador de gestión humana y salud ocupacional (fls. 274-175).
- Comprobantes de pago de nómina, de donde se desprende que el ultimo salario devengado por el demandante era de CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$4.968.000). (fls. 276-308).
- Correo electrónico de Ingrid Alonso Cristancho, dirigido al demandante y a Oscar González Hoyos, referente a las correcciones de evento de riesgos, donde se evidenció que se realizaron correcciones a la declaración de retención en la fuente de Diciembre de 2017, informando que el valor de los intereses de mora habían aumentado, y se adjuntó el evento de riesgo con valores a pagar actualizados para su revisión y firma (fls. 316-319).
- Acta de reunión N° 01 del Comité disciplinario Fiduciaria de Occidente, donde se decidió dar por terminado contrato de trabajo del demandante con justa causa (fls. 325).

- Terminación del contrato de trabajo con justa causa (fls. 326-327).
- Reglamento Interno del Trabajo, donde se puede observar que en el Capítulo XVIII, se encuentran consignadas la escala de faltas y sanciones disciplinarias, donde se califica como falta grave entre otras, la violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias, las cuales tienen como consecuencia: llamado de atención escrito, suspensión del contrato de trabajo y terminación del contrato de trabajo (fls. 376-377).
- Código de ética y conducta de la Fiduciaria de Occidente (fls 379-401).

Asimismo, se recepcionaron los interrogatorios de parte tanto del demandante como del representante legal de la sociedad demandada, de la siguiente manera:

- DANIEL HUMBERTO GARCÍA CADENA: El demandante señaló que sus funciones eran de coordinador de administración de personal, que esto implicaba coordinar y controlar el cálculo oportuno de nómina, pero indicó que por falta de actualización de programas informáticos no podía cumplir cabalmente sus funciones. Agregó que en el 2018, la DIAN impuso sanción a la Compañía, porque no se pudieron ofrecer cifras reales de impuestos, por falta de un aplicativo vigente, como quiera que el software de nómina estaba desactualizado y que como consecuencia de esto, la información de nómina, fiscal y parafiscales no podía ser precisa. Que denunció a sus superiores del riesgo de cometer errores por la ausencia de un aplicativo, y por tenerlo que hacer manualmente; advirtió que en esas condiciones su trabajo no podría garantizarse, debido al volumen de registros y a la alta carga laboral; que carecía de elementos tecnológicos y de recurso humano con miras a garantizar la veracidad de la información que entregaba, ya que no le aprobaron la actualización de software de nómina ni más personal para acompañar la labor. Declaró que su estado de salud tuvo una disminución, debido al estrés laboral que manejaba por la cantidad de trabajo asignada, y que si bien no se encontraba calificado por pérdida de capacidad laboral, si tuvo varias incapacidades de 8 días.
- REPRESENTANTE LEGAL CARLOS AUGUSTO BAEZ: Indicó que al demandante se le entregaron los elementos básicos de un puesto de trabajo, con el fin de cumplir con todas sus funciones, es decir, los elementos ordinarios que se le entregarían a cualquier trabajador. Aceptó que el aplicativo SQL (de nómina), sí se estaba desactualizado a la fecha en que el demandante fue llamado a descargos y finalizado su contrato laboral, pero agregó que el aplicativo era funcional; que recibieron varios requerimientos por parte del actor expresando

la necesidad de actualización de software, sin que esto se llevara a cabo, ya que aclaro que a su juicio, no era necesaria dicha actualización. Al interrogársele si el software era funcional, manifestó que el demandante podía utilizar Excel, y que cada empleado decidía con qué herramientas realizaba su trabajo. Dijo que para la fecha, el demandante solamente llevaba el proceso de nómina de la compañía demandada, y que tenía a su cargo aproximadamente 3 personas que le colaboraban. Aceptó que en los descargos, el demandante presentó como defensa el hecho del aplicativo desactualizado como causa de los errores en cálculos de nómina, pero indicó que la decisión de despido se adoptó por varias razones adicionales, tales como desacato de horarios, sin indicar más; agregó al demandante se le había llamado la atención dos veces por escrito, en lo que tuvo que ver con las causas del despido. Concluyó señalando que el horario de 10am a 7pm, le fue asignado al actor, por motivos de salud que había puesto en conocimiento de la Compañía.

Igualmente, se recepcionaron los siguientes testimonios:

- CLAUDIA MENESES: Esta testigo manifestó que el Sr. DANIEL GARCÍA, era quien se encargaba de revisar nóminas, retenciones en la fuente, programas contables, interfaces contables, y además vigilaba el trabajo de las 4 personas que conformaban el área; que efectivamente para los procesos existía un aplicativo llamado SQL, pero que éste fallaba por falta de actualización de la norma; que no cargaba las novedades completas, y su manera de funcionar conllevaba a reprocesos. Declaró conocer que el demandante habría realizado varios requerimientos para la actualización del SQL, pero que estos no fueron atendidos por los directivos, y que también solicitó le fuera asignado más personal de apoyo. Que para el año 2017, se hacían nóminas de más de 500 empleados y había gran cantidad de informes a entregar. Indicó que el demandante cumplía sus funciones de manera manual en el 2017, ya que el aplicativo no cargaba la información correctamente, sumado a que otras áreas como la Gerencia, no reportaba la información a tiempo; que lo anterior conllevó a una recarga laboral, y que no había recurso humano suficiente. Agregó que ella misma, se vio envuelta en problemas para la entrega de reportes a su jefe (Demandante), por el malfuncionamiento del aplicativo, y porque los directivos le imponían funciones por encima de las de su jefe, y no le quedaba tiempo para todo. Dijo que cuando el aplicativo funcionaba bien, este cargaba y tomaba la información completa, sin que se presentaran errores. En cuanto a las retenciones en la fuente, motivo por el que el trabajador fue despedido, manifestó que este error lo atribuye a los directivos de la empresa, quienes no

informaron de las novedades en forma oportuna. En lo que tuvo que ver con la situación de salud del actor, dijo conocer de las enfermedades que este padecía con relación a su columna; que una vez el actor se enfermó tuvo que cambiar su horario de trabajo y salir más tarde por recomendación médica, ya que le realizaban terapias, de la cual la Fiduciaria tenía conocimiento; que las tareas del actor siempre fueron presentadas en tiempo, por lo que los cambios de horario no tuvieron incidencia en su desempeño, y que siempre revisó el trabajo que ella realizaba.

- ADRIANA MARÍA APONTE: Indicó que el demandante fue el jefe inmediato de ella, que ocupó el cargo de auxiliar de nómina, con todas las funciones de apoyo a las tareas del área. Que el aplicativo SQL no estaba actualizado, y por lo tanto había que hacer los trabajos manualmente. En cuanto al funcionamiento del aplicativo señaló que hace cruce de bases de datos, para alimentar novedades, licencias y para presentar informes. Dice que le consta que “todo el tiempo” se enviaron correos y se informó de manera verbal a la Gerencia, las irregularidades del aplicativo; que la desactualización implicaba que el aplicativo no estaba al día con la última norma legal, como sí la tenían actualizada las autoridades gubernamentales, y que en cambio la fiduciaria andaba con el software desactualizado, y que esta incidía en la carga laboral porque tocaba hacer todo de manera manual, incluso hasta horas de la madrugada razón por la cual manifestó que tuvo que renunciar al cargo ya que había empezado a tener problemas familiares por sus llegadas tarde; que el aplicativo no generaba información veraz al no estar actualizado y ajustado a la norma vigente, y que dicha actualización, no era automática y debían actualizarla manualmente en Excel. Dijo que la enfermedad del demandante, implicó también más trabajo para los otros empleados. Afirmó que se realizaban alrededor de 30 procesos que dependían del aplicativo SQL, pero que tocaba hacer cruces y actualizaciones de manera manual, por lo que esto generaba un margen de error en cuanto a la información procesada. Indicó que Oscar (jefe del demandante), sabía de las ausencias de recurso humano, irregularidades del aplicativo, y enfermedad del demandante, y asimismo que le exigía al personal entregar los reportes cumplidamente así fuese sin revisión. Añadió que faltó apoyo por parte de la gerencia del área, que se sintieron abandonados. Indicó que mientras ella estuvo en la empresa, no tuvo conocimiento de llamados de atención al demandante, y que por el contrario lo admiró por la calidad de trabajo que lo caracterizaba. Informó que el demandante hacía los procesos más grandes, es decir, hacía y revisaba, incluyendo la provisión de las vacaciones de la fiduciaria y revisiones salvo al final cuando ya se enfermó porque ahí ya lo

hacia el Oficial de Nómina; también dijo que era el encargado de revisar el cálculo de las comisiones de los comerciales de la fiduciaria. Indica que reconoce que habían diferencias entre el demandante y Óscar (jefe gerente), porque Óscar tomaba tiempo de los trabajadores al margen del demandante, y esto implicaba menor tiempo de trabajo a la causa de las nóminas.

- OSCAR GONZALEZ HOYOS: Indicó que el demandante fue despedido en octubre de 2018, con justa causa después de haber enfrentado un proceso disciplinario y una diligencia de descargos, por haber faltado al cumplimiento de sus funciones en su cargo como Coordinador de administración de personal, por errores en temas de retención en la fuente y temas de pasivos de vacaciones y en la contabilización de unas comisiones a los comerciales. En los descargos se le preguntó por errores que había cometido en la liquidación de retención en la fuente en las vacaciones del presidente y de la vicepresidente de estrategia y talento, donde el actor no se percató de la situación y cerró el año fiscal, y no se reportaron de manera oportuna a la DIAN, lo que ocasionó que le impusieran una multa a la compañía y que se reportaran los dineros de manera extemporánea. Además también cometió errores con el pasivo de vacaciones que no concordaba, y por lo tanto tuvo que hacerlo de manera manual para que no estuviera desfasado con los saldos contables. Adicionalmente, en uno de los pagos de comisiones a los comerciales, este no se descontó de las provisiones sino que se llevó de manera directa al gasto e hizo que los gastos de personal se incrementaran durante ese mes, teniendo que reversar y abrir nuevamente los libros de contabilidad. Dijo que las funciones del demandante eran: responsable de todo el proceso de nómina a nivel de la fiduciaria, de los cierres contables durante cada mes, de entregar la información contable al área de contabilidad para que la pudieran cargar en el aplicativo contable, de la liquidación de todas las prestaciones, de la nómina, de los informes de cierre del año y de presentar información oportuna y veraz, que coincidiera con la realidad y los pasivos. Que la nómina correspondía a aproximadamente 480-500 cargos autorizados, con unas 20 vacantes al Corte de cada mes y un número de aprendices SENA, alrededor de 25 personas y un grupo de 25 personas contratadas a término fijo. Que el demandante en algún momento llevó La administración del edificio del Banco de Occidente en Cali, edificio Banco de Bogotá en Cali, grupo de pensiones Cundinamarca, manejadas de manera paralela, pero que a la finalización del contrato laboral ya no las llevaba. Que al actor le suministraron una versión del aplicativo SQL, en el cual se alimentaban las diferentes nóminas, el cual no estuvo actualizado a la última versión (a finales de 2017) debido a unos

problemas de la fiduciaria y del proveedor, porque unos instaladores no eran compatibles con el sistema de seguridad de la información de la fiduciaria ya que podían ingresar de manera remota. Que las fallas del demandante comenzaron a ser evidentes ya en el año 2018, cuando se presentaron unas brechas entre la información que se le presentaba al área contable, y que le hicieron llamados de atención pero eran verbales, pero que antes de 2018 no tuvo llamados de atención ya que la información suministrada si cumplía con los requisitos. Que Daniel solicitó la actualización del aplicativo en varias oportunidades, pero habían dificultades que no permitieron que la actualización se hiciera, ya que se estaba evaluando la posibilidad que fuera el Banco de Occidente quien realizara el proceso de nómina de la fiduciaria pero no se definió mientras Daniel estuvo. Que el equipo de Daniel estaba conformado por 2 auxiliares y un aprendiz SENA, y una persona de una temporal, que el número de procesos de nómina que manejaban era alrededor de 10 respecto de los trabajadores, las interfaces de nómina eran quincenales pero los procesos de cierre eran mensuales, por cada uno de esos 10 procesos. Que cuando a Daniel se le hicieron los descargos, el manifestó que los errores se habían dado porque el aplicativo no estaba al día, respuesta que no fue aceptada porque el cargo no era netamente operativo y lo que se esperaba era una persona recursiva, y que garantizara el cumplimiento de sus funciones. Que se evidenció que por parte del demandante no se estaban realizando las tareas de validación y confirmación de la información que arrojaba el aplicativo como debía. Que cuando el aplicativo comenzó a fallar y a presentar errores fue que se hizo evidente que el trabajador no realizaba las pruebas aleatorias para verificar que el aplicativo funcionaba de una manera correcta y que la información coincidiera y que fuera veraz. Que los errores que se presentaron por el demandante, fue porque no se realizaba una revisión por parte de él que le permitiera percatarse de los errores que tenía la nómina. Que hubo la necesidad de buscar otras alternativas para verificar que la información arrojada por el sistema era verídica, pero no se identificaban de manera oportuna por el demandante las fallas que tenía el aplicativo. En cuanto al estado de salud del demandante, manifestó conocer que tenía unas hernias cervicales y que recibió fisioterapia, por lo que su horario fue modificado de 10am a 7pm. En cuanto a las actualizaciones del SQL, señaló que estas se generaban por cambios de fondo o porque la versión como tal de la plataforma donde está montado el aplicativo pida actualizar, entonces cada vez que sale una reforma que tuviera una magnitud considerable, implicaba una actualización. Frente a las soluciones que le ofrecieron al demandante, por no tener el aplicativo al día señaló que tenían apoyo del proveedor pero que los atendían sobre los tiempos límites de

entrega del trabajo, que el aplicativo no era que no funcionara sino que no funcionaba al nivel en el que tenía que estar, por lo que era necesario monitorear los movimientos.

- YULY CELEMIN OLIVEROS: Señaló que las funciones del demandante consistían en aprobar la nómina, los temas de vacaciones, la seguridad social, que habían unas personas que realizaban las labores operativas y él era quien aprobaba y revisaba. En cuanto al problema de salud del demandante, señaló que supo de una calificación que tuvo el demandante donde se determinó que tenía una enfermedad de origen común, que tenía terapias físicas por un tema de lumbalgia y tuvo algunas incapacidades. Del tema de acoso laboral, señaló que nunca vio conductas de acoso pues Oscar y el demandante se trataban muy cordialmente, pero que sí tuvo conocimiento de la queja que presentó el demandante, pero que esta queja fue cerrada porque luego del estudio no se evidenciaron conductas de acoso.

Revisado el elenco probatorio, sin hesitación alguna puede afirmarse que en la terminación del contrato de trabajo del actor, no medió una justa causa, como quiera que se acreditó en juicio que aunque el demandante incurrió en errores en el desempeño de sus funciones, estos errores fueron consecuencia de una alta carga laboral, derivada de la falta de una herramienta tecnológica actualizada con la norma vigente, que fuere eficaz y eficiente y que permitiera al grupo que él lideraba, no tener que acudir al desarrollo de las tareas de manera manual, y que viabilizará sintetizar los procesos, a fin de economizar tiempo y recurso humano.

Pues de dicho análisis se desprende que el demandante en su interrogatorio, no negó haber cometido los errores por los cuales fue investigado y posteriormente despedido, puesto que como se observa de su declaración, éste aceptó que tenía la responsabilidad de coordinar y controlar lo relacionado con cálculos de nómina de la compañía demandada, y que si bien debido a información errada e imprecisa entregada a otras áreas, la compañía sufrió daños, señaló que esto era atribuible no al incumplimiento de sus funciones, sino a la falta de recurso tecnológico y humano que permitiera garantizar los resultados esperados, situación que según indica, conocía la compañía con ocasión de sus denuncias previas y reiteradas. De igual manera, se observa de las documentales allegadas por ambas partes, que el actor en múltiples ocasiones solicitó la actualización del aplicativo SQL, sin que se despacharan favorablemente sus peticiones, puesto que del elenco probatorio no se halló una sola comunicación al actor, resolviendo sus pedimentos y ni siquiera dándole trámite (fls.53, 55, 57, 318-319).

Asimismo, los testigos CLAUDIA MENESES y ADRIANA APONTE, fueron contestes en resaltar que el aplicativo era una herramienta de uso indispensable para los procesos de nómina, y que a pesar de múltiples solicitudes, el aplicativo no fue renovado, lo que implicaba la generación de información desactualizada con relación a la norma vigente, y el tener que actualizarla manualmente en Excel con los márgenes de error que ello acarrearía, significando ello un retroceso y una gran cantidad de carga laboral, considerando el poco personal de apoyo y las afecciones de salud que tenía el demandante.

Por su parte, el testigo OSCAR GONZÁLEZ HOYOS, señaló que en efecto las directivas tenían conocimiento de la necesidad de actualización del sistema, y que incluso posteriormente y dada esta situación, decidieron pasar los procesos de nómina a un tercero; afirmó incluso que los procesos sí se realizaban de manera manual, y que lo que se realizaba en el aplicativo SQL, debía ser sometido a un análisis aleatorio, a fin de determinar la veracidad de la información.

Ahora bien, se tiene que no solo se trataba de realizar estos procesos de manera manual (que podían ser optimizados a través del aplicativo de nómina SQL), sino de la gran cantidad de información a procesar, pues se trataba de una nómina de aproximadamente 480-500 cargos autorizados, con 20 vacantes al Corte de cada mes, un número de aprendices SENA alrededor de 25 personas, y un grupo de 25 personas contratadas a término fijo.

Es un hecho probado entonces, de acuerdo con las pruebas antes reseñadas, que como lo concluyó el Juzgado, en el juicio se demostró que el demandante en efecto fue despedido por causas no atribuibles a él, y que el funcionamiento irregular de las plataformas destinadas a la realización de nóminas, ocasionó errores en el procesamiento de la información, el cual trajo a su vez como consecuencia sanciones por parte de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, las cuales posiblemente se habrían podido evitar, de tener los aplicativos de nómina actualizados con las normas vigentes, pero de todas maneras no imputables a una conducta indolente o negligente del demandante. Es más, no se explica esta Corporación, como es posible que una entidad con la dimensión de la demandada, que administró otras nóminas como: Edificio Occidente Cali, Pensionados Cundinamarca y ECOPETROL entre otros, no cuente con las herramientas tecnológicas actualizadas y el talento humano suficiente que garantice un correcto funcionamiento en temas tan delicados como el pago de nóminas e impuestos.

En suma, para que el trabajador se haga acreedor a la protección legal, debe demostrar que cumplió con todas las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, entre las que se encuentran el ejercer en debida forma las actividades para las que fue contratado, bajo los parámetros y en las condiciones estipuladas por su empleador; por lo cual es claro entender que el actor demostró ampliamente y sin lugar a dudas, que su despido fue injusto, y que las causales en que se fundamentó la terminación del vínculo laboral, atendieron de manera exclusiva la voluntariedad del empleador. Adicionalmente, es bueno reseñar que, paradójicamente, del análisis de contexto del material probatorio, parecería que al demandante le terminan su contrato de trabajo por cumplir, a cabalidad, con una de las obligaciones especiales del trabajador consagrada en el numeral 5. Del artículo 58 del CST, según el cual es su deber comunicar oportunamente al patrono las observaciones que estime conducentes a fin de evitarle daños y perjuicios, que fue precisamente lo que reiteradamente realizó el demandante reclamando las mejoras, adecuaciones y actualizaciones en las herramientas y aplicativos con los que cumplía su labor diaria.

Por las anteriores razones, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia en este sentido, y se realizará la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, solicitada por el apoderado del demandante, al considerar que el Juez A quo no tomó el salario real para liquidar esta indemnización, encontrando que a folios 40 (liquidación del contrato de trabajo) y a folio 308 (pago de nómina segunda quincena octubre de 2018), el último salario devengado por el actor era de CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$4'968.000), sin que se encuentren valores adicionales. Por tanto, se procede a realizar el cálculo de la indemnización por despido sin justa causa, así:

Tabla Indemnización por Despido Sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.					
Periodo		No. Años Laborados	No. Días Sanción	Salario Diario	Sanción
Desde	Hasta				
27/02/1995	27/02/1996	1 año	30	\$165.600	Primer año: \$4.968.000
28/02/1996	26/10/2018	22 años y 8 meses	20		Años siguientes: \$75.066.480
Total indemnización				\$ 80.034.480	

Teniendo en cuenta que el apoderado de la demandada FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., no presentó recurso de apelación en contra del valor liquidado en primera instancia, el monto no se modificará y permanecerá incólume, esto es, en la suma de

OCHENTA MILLONES CUARENTA MIL PESOS (\$80.040.000). Así se decidirá, precisando que no se condenará en costas, toda vez que la Sala considera que en esta instancia no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

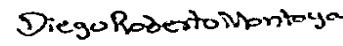
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL de LUIS ALBERTO REY DURÁN contra
SV INGENIERÍA S.A.S. Rad. 11001 31 05 018 2018 00578 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 018 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 30 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor LUIS ALBERTO REY DURAN, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria en contra de SV INGENIERIA SAS, a fin de que se declare que entre las partes existió contrato laboral, desde el 13 de septiembre de 2010 y hasta el 21 de junio de 2018; que el último salario devengado fue de \$2.808.000, desempeñándose en el cargo de Ingeniero de Proyectos, y que dicho contrato finalizó por causa imputable al empleador. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada al pago de indemnización por despido sin justa causa por renuncia motivada, salarios dejados de cancelar desde febrero de 2018, prima de servicios del último semestre laborado, intereses de cesantías del año 2018, vacaciones del año 2018, sanción moratoria por el no pago oportuno de sus prestaciones sociales, así como los aportes a seguridad social durante el tiempo que el empleador omitió el pago.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que fue contratado por la demandada el 13 de septiembre de 2010, prestando sus servicios de manera ininterrumpida y bajo el cargo de ingeniero de proyectos; que prestó sus servicios en

días dominicales y festivos, según lo requería la empresa y en razón a la confianza con los dueños de la misma; que devengaba un salario mensual de \$2.808.000, sin embargo, la empresa dejó de cancelar los salarios desde el mes de febrero de 2018, sin justificación alguna.

Que el 21 de junio de 2018, la directora administrativa de la demandada, aceptó su renuncia, y le informó de algunas dificultades económicas por las que atravesaba la empresa, por lo que le manifestó que en 15 días se le comunicaría una solución para el pago de sus obligaciones evadidas. Que posterior a ello, en las instalaciones de la empresa celebró un acuerdo de pago por los salarios y prestaciones adeudadas, por un valor de \$1.500.000 mensuales, sin que este cubriera la totalidad de los salarios y la moratoria en que incurrió la empresa, sin embargo, con ocasión a su necesidad lo firmó, pero que dicho acuerdo no fue cumplido en debida forma. Por lo anterior, citó a la empresa ante el Ministerio de Trabajo con el fin de realizar conciliación, en la cual no concretaron convenio alguno (fls. 4-9).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada SV INGENIERIA S.A.S., contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, para ello argumentó que si bien acepta que no ha realizado el pago total de sus obligaciones con el demandante, ha tenido buena fe y animo de cumplir con sus deberes patronales, pues cuando estuvo vigente el contrato de trabajo cumplió con todos sus deberes como empleador, pagando sus prestaciones sociales a tiempo y seguridad social; no obstante, aceptó que tuvo un retraso en el pago del salario de sus empleados en el 2018, razón por la cual y por medio de su representante legal, decidió hacer abonos a sus trabajadores; esta difícil situación fue conocida por el demandante, así como los esfuerzos para no cerrar la empresa y por dar cumplimiento al pago de la seguridad social.

De esta manera, se expone el principio de la buena fe pues es a su vez una limitación del ejercicio de un derecho subjetivo, considerándose también como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma. Propuso como excepciones «cobro de lo no debido», «buena fe patronal» y «la genérica» (fls.53-63).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 018 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 30 de octubre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, desde el 13 de septiembre de 2010 hasta el 21 de junio de 2018. Condenó a la demandada SV INGENIERÍA S.A.S., al pago de \$8.991.969 por concepto de la

liquidación definitiva obrante a folio 16 del plenario, \$7.768.800 por concepto de despido sin justa causa, y la suma de \$93.600 diarios, a partir de la terminación del contrato de trabajo y hasta por 24 meses, desde el 22 de junio de 2020, intereses moratorios por el valor del impago relacionado con salarios y prestaciones sociales. Condenó a la demandada en costas en la suma de \$2.000.000 y absolvió de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que se encuentra demostrada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el cual tuvo inicio el 13 de septiembre de 2010 y finalizó el 21 de junio de 2018. En cuanto al pago de las acreencias laborales solicitadas, señaló que se pudo evidenciar con el interrogatorio de parte realizado al representante legal, que estas prestaciones fueron liquidadas debidamente por la empresa como se ve a folio 16 del expediente, en suma de \$15.343.969, la cual no fue objeto de reproche por las partes; sin embargo, no se evidenció el cumplimiento de esta obligación, pues conforme al acuerdo de pago suscrito entre las partes, el demandado debía realizar un pago periódico por valor de \$1.500.000, del cual únicamente canceló \$6.355.000, suma que también fue confesada por el representante legal. En virtud de lo anterior, el Despacho al no verificar el pago de la liquidación, impartió condena en contra de la empresa demandada por el saldo pendiente de dicha liquidación en valor de \$8.991.969 por concepto de prestaciones sociales y salarios adeudados al demandante.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa o despido indirecto, consideró el Despacho que conforme a lo señalado por la legislación colombiana, es el demandante quien deberá demostrar el hecho del despido y que ese hecho lo provocó su empleador, es así que dentro del presente proceso se evidenció que efectivamente la renuncia motivada fue por el no pago de salarios y prestaciones sociales, situación que la parte demandada aceptó, ya que manifestó atravesar una crisis económica. Razón por la cual el Juzgado tomando como base salarial la suma de \$2.808.000, y teniendo en cuenta la modalidad a término fijo del contrato de trabajo, condenó a la demandada al pago de indemnización por 83 días de salario, es decir, en cuantía de 7.768.000.

Respecto a la sanción moratoria, señaló que analizados los argumentos de la demandada para el no cumplimiento de sus obligaciones, encontró que este adujo falta de pago por deficiencias económicas de la empresa, lo cual de acuerdo a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, esta situación no es causal del no pago como una actitud de buena fe, pues los afanes económicos de la empresa no pueden ser susceptibles ni tampoco trasladarse al trabajador. Igualmente, los créditos debidos

a los trabajadores deben ser establecidos como principal asignación y en el presente caso tampoco se acreditó algún tipo de reorganización empresarial en donde hiciera suponer al Juzgado tal situación, declarando la mala fe de la empresa e imponiéndole como pago de sanción moratoria, un valor de \$93.600 diarios desde la terminación del contrato de trabajo y hasta por 24 meses, es decir, hasta el 20 de junio de 2020, corriendo a partir del 21 de junio de 2020, solamente los intereses moratorios por el valor no cancelado por las prestaciones sociales referidas.

Frente a los aportes en pensión, indicó que estos sí se encuentran debidamente cancelados en el Sistema de Seguridad Social, por lo que no habrá lugar a condena por este concepto. Finalmente, impuso a la demandada condena en costas y agencias en derecho.

APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandada, interpuso recurso de apelación, pues consideró que el Despacho no valoró en su totalidad la prueba documental y el interrogatorio de parte rendido, pues en este el demandante manifestó la buena fe que le asistió a la empresa, ya que esta sí pago a tiempo los emolumentos mientras mantuvo económicamente su solvencia y de hecho agregó que se trataba de una excelente empresa, también señaló que realizó abonos a las prestaciones sociales y cumplió con sus pagos a seguridad social. Insistió en que si bien el Despacho arguyó la mala fe del empleador para condenar a sanción moratoria, esta no puede ser automática, pues el juzgador deberá realizar un estudio profundo de los medios probatorios, a fin de establecer si los actos del empleador moroso son constitutivos de mala fe. Igualmente señaló que la Corte ha dispuesto en materia de indemnización moratoria, que no existe regla absoluta que objetivamente determine cuando un empleador ha actuado de buena o de mala fe, solo con el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas, se podrá establecer la buena o mala fe. De esta manera, solicitó a los jueces valorar la conducta exacta del empleador para acreditar si existe posibilidad o no de exonerar al empleador de la sanción moratoria.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes allegaron los siguientes alegatos de conclusión:

La apoderada de la demandada SV INGENIERIA, manifestó inconformidad con la condena al pago de sanción moratoria, aduciendo que su poderdante demostró buena fe patronal, toda vez que no se probó haber iniciado trámite de reestructuración o liquidación ante la Superintendencia de Sociedades.

A su vez, el apoderado del demandante LUIS ALBERTO REY DURÁN, solicitó confirmar la sentencia objeto de estudio, al señalar que la demandada presentó excusas injustificadas a lo largo del proceso por el no pago de las obligaciones, pero que estas no son causa para eximirlo del pago de esta sanción, como quiera que se encontró probada la mala fe.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si en el presente proceso se encuentra acreditada una razón atendible por la parte de la demandada para no cancelar oportunamente los salarios y prestaciones sociales del actor.

CONSIDERACIONES

La indemnización moratoria, consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, reformado por la Ley 789 de 2002, ordena que en caso que a la finalización del contrato de trabajo, el empleador no haya cancelado salarios y prestaciones sociales, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se obliga a pagar una indemnización, equivalente a un día de salario por cada día de mora, hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo y a partir del mes 24 si no ha presentado satisfacción de tales obligaciones, deberá intereses moratorios a la tasa más alta de crédito de libre inversión certificado por la Superintendencia Financiera.

Como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, la indemnización moratoria pedida, tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Bajo tal parámetro es claro que la entidad accionada no hizo ningún esfuerzo probatorio para justificar su actuación, en el sentido de no pagar a la terminación del contrato de trabajo los salarios y prestaciones debidos al actor; además de no demostrarse el pago, tampoco se ofreció justificación alguna por parte de SV INGENIERÍA del porqué no efectuó el pago, ni aportó documento alguno que diera cuenta de la situación alegada en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, esto es, la difícil situación económica de la sociedad. Por lo que se avizora que, tal proceder de ninguna manera permite ubicar su actuación en el escenario de la buena fe, en tanto aparece evidente la intención de lesionar los derechos laborales y sociales del aquí demandante, sin demostrar razones satisfactorias y justificativas de su conducta, que la exoneren de la sanción contemplada en el art. 65 del CST.

En otro giro, debe añadir la Sala que, en todo caso, la justificación de la parte demandada para su actuar omisivo en el pago de las prestaciones sociales se circunscribe a la grave situación administrativa y financiera de la entidad, a su juicio un hecho notorio que da origen a la buena fe que da lugar a absolver a la demandada por el concepto objeto de estudio, lo cual no es de recibo, pues la ley sustantiva laboral expresamente tiene prescrito en su artículo 28 que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas operacionales del empresario o patrono.

Aceptar la tesis del recurrente, de no imponer condena por tales razones es como otorgar una patente de corso al incumplimiento sistemático de las obligaciones laborales de los empresarios privados que, por el manejo irregular de sus negocios, se ven abocados a crisis como la que aparentemente soporta la entidad demandada; se itera, ello no la exonera del pago de la sanción moratoria por no cancelar a la promotora del litigio y a la terminación de su contrato de trabajo el valor de los salarios y prestaciones sociales adeudadas (ver al respecto la sentencia CSJ SL2885-2019, del 17 de julio de 2019); razón por la que a juicio de la Sala debe imponerse la condena reclamada.

Consecuente con lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

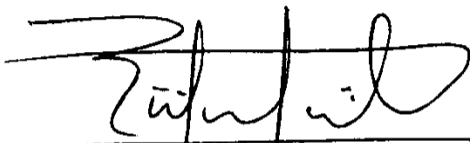
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

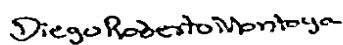
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ROSALBA RIOS MORA
contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR. Rad 110013105-028-2019-
00504-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de
Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el
Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de
junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre
de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos
por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR Y COLPENSIONES,
contra la sentencia proferida por el Juzgado 028 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11
de noviembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado
Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora ROSALBA RIOS MORA, pretende se declare la ineficacia y nulidad del
traslado efectuado en mayo del 2000 a la Administradora de Fondo Pensiones -AFP
PORVENIR, y se declare que siempre ha estado válidamente afiliada al Régimen de
Prima Media con Prestación Definida. Como consecuencia de lo anterior, se condene
a la AFP PORVENIR a trasladar los aportes de la demandante tales como
cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos
sus frutos e intereses, esto es, con los intereses que se hubieren causado. Asimismo, se
condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a validar los
aportes girados por la AFP PORVENIR, e incorporarlos a su historia laboral.
Finalmente solicitó, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita que pueda
resultar, así como en costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 19 de
julio de 1966, afiliándose al ISS desde el mes de julio de 1987 y hasta el mes de mayo

del 2000, acumulando durante este periodo 416 semanas. Que en mayo del 2000, un asesor de la AFP PORVENIR, la persuadió para que realizara el cambio de régimen, sin darle ningún tipo de asesoría, puesto que solo le manifestó de manera falaz y parcializada la inminente terminación del ISS por lo que perdería sus ahorros. Igualmente, tampoco le informó sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado al RAIS, por lo que considera que fue inducida a error por la AFP PORVENIR, ya que su traslado se hizo bajo la convicción de obtener una mejor mesada pensional que la ofrecida en el RPM, con la posibilidad de pensionarse a una edad más temprana a la contemplada legalmente. Señaló que completó en el RAIS 790 semanas, para un total de 1.206 semanas cotizadas durante toda su vida laboral y para ambos regímenes.

Concluyó que el 13 de junio de 2019 solicitó la autorización de traslado de sus aportes en pensiones, de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES, así como el traslado a la misma entidad de sus rendimientos, cuya respuesta fue negativa; igualmente, que radicó a Colpensiones solicitud del reintegro a este régimen, cuya respuesta fue igualmente rechazada (Fls. 2 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que esta administradora siempre ha actuado de buena fe; adicionalmente, que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que, era consciente sobre el formulario de afiliación que suscribió y el traslado de régimen, y que además la elección de administradora se dio de forma libre, espontánea y sin presiones. Conforme a lo anterior, afirmó la actora no podría retornar al RPMPD, por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales, pues los beneficiarios del régimen de transición, lo pierden una vez efectúen el traslado al RAIS. Por otro lado, indicó que toda declaración de nulidad se encuentra prescrita, pues ha superado el tiempo legal permitido, y que tampoco es viable pues no se puede interponer esta figura por el mero inconformismo sobre las normas y lineamientos propios del RAIS.

Finalmente solicitó absolver a esta administradora de todas las pretensiones en su contra y pidió subsidiariamente, en caso de un fallo condenatorio, absolverla al pago de costas y agencias en derecho, por cuanto no incumplió con sus deberes legales. Presentó como excepciones de fondo las de «Protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al `régimen de prima media con prestación definida»,

«prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «innominada o genérica» y «buena fe» (Fls. 54 a 69).

La AFP PORVENIR, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de del actor, y solicitando se le absuelva de las mismas, en razón a que no existen circunstancias fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o nulidad del traslado de régimen, pues la decisión que tomó la actora se hizo de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna índole, y que por el contrario, se hizo con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la época; lo anterior porque antes de tomar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características del RAIS. Además de lo anterior, agregó que la actora suscribió el formulario de afiliación que cumplía con los requisitos de ley, donde plasmó de forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre, expresión que no puede tenerse en cuenta como mero formalismo pues es un requisito normativo. Por lo anterior, señaló que la AFP cumplió a cabalidad con los deberes que le correspondían en materia de información, conforme a las normas establecidas y vigentes para la época. Anudado lo anterior, manifestó que la responsabilidad del deber de información no puede acarrearle solo a la administradora, pues es también deber de la demandante informarse sobre las implicaciones que tendría el cambio de régimen, al ser su deber como consumidor financiero, para obtener una información suficiente sobre las condiciones del Sistema General de Pensiones y de las diferentes modalidades de pensión. Presentó como excepciones de fondo las de «Prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fl. 90 a 109).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la AFP PORVENIR el 06 de junio del 2000, y como consecuencia de ello, condenó a la AFP PORVENIR a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Igualmente, condenó a COLPENSIONES, a activar la afiliación de la actora en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Declaró como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y les condenó en

costas y agencias en derecho en suma de \$500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que para declarar que el traslado del régimen de afiliación ha sido valido, este debe haber sido precedido del deseo del afiliado de trasladarse y de que la administradora le haya brindado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además porque bajo el criterio de transparencia, se deberá desanimar al afiliado de tomar una decisión que lo perjudique en sus intereses y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la ineficacia del traslado.

Señaló que conforme a Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral y bajo el presente caso, no se logró acreditar que la demandante hubiese recibido la información precisa y detallada por parte de la AFP, sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen pensional, lo que consideró que acreditó su falta de información; además, tampoco agregó que no se aportó prueba de cálculo o proyección a futuro de lo que podría recibir en uno y otro régimen, situaciones que permitirían a la actora concluir la idoneidad de la información suministrada, pues si bien dentro del proceso reposa una simulación hecha por Porvenir, esta data del año 2019, documento que no es idóneo ya que este debió hacerse para la fecha del traslado de la demandante y no 19 años después.

Por la anterior razón, dijo no poder tener como subsanada la omisión de la AFP, ya que si bien, la demandada allegó el formulario de afiliación donde la actora firmó su voluntad por trasladarse de régimen, lo cierto es que este no es un medio probatorio del cual se infiera que se le proporcionó toda la información del traslado en razón a que esta debe ser clara, precisa y detallada. Así entonces, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante a la AFP.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR, apeló la decisión, solicitando se revoque en su totalidad el fallo proferido en primera instancia, pues a su juicio, durante el proceso no se logró acreditar que la demandante firmó el formulario de afiliación en contra vía de lo establecido por ley, no se demostró cual fue la obstrucción a su voluntad por hacer un traslado de régimen pensional, tampoco se probó el actuar doloso por parte de esta AFP con la asesoría que prestó, ni la razón del desconocimiento por la afiliada de los cambios que generaba. Adicionalmente, afirmó que la AFP cumplió con la normatividad vigente para la época del traslado, por lo que no era necesario dejar documentada la información suministrada, sino que bastaba con el formulario de afiliación. Igualmente, dijo que al momento de traslado, la actora

contaba con 34 años de edad, razón por la cual no era posible establecer cuál sería su monto pensional en cada uno de los regímenes, al no contar con el número de cotizaciones que ella haría ni el ingreso sobre el cual iba a cotizar. Finalizó aduciendo que tampoco es dable la devolución de los gastos de administración pues estos son autorizados legalmente para remunerar la gestión que cumplió la administradora durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a ella, ni tampoco los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, pues sería desconocer que esta AFP ha protegido sus cotizaciones y generando un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, argumentando para ello que el deber de información de las administradoras ha tenido varias etapas, razón por la que el suministro de la información, debe tenerse en cuenta bajo la ley vigente para la fecha de suscripción del formulario o del traslado, pues no podrían soportar estas entidades las obligaciones de leyes no vigentes al momento del traslado, pues se desvirtuaría el principio de confianza legítima, y de paso se violaría el debido proceso, puesto que es Colpensiones, quien sin ser parte del traslado entrará a soportar la carga de la prestación; además porque la actora de manera libre consintió su traslado y para la fecha de la solicitud del retorno, ya se encontraba inmersa en la prohibición legal.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., solicitaron revocar la sentencia en todas sus partes y que como consecuencia se les absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora.

De otro lado, el apoderado de la demandante solicitó se confirme la sentencia, al considerar que la entidad PORVENIR S.A., incumplió el deber de información con violación directa de las disposiciones superiores.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que venía manejando la mayoría frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 11 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 19 de julio de 1966, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el 19 de julio de 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES en el mes de junio de 2019 (Fls. 16-18), es decir, previo a la edad exigida para adquirir el derecho pensional, pero a menos de diez años para alcanzarla; de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos tenía cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, 133.14 semanas (fls. 38-41), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la

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

Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 6 de junio de 2000 (Fl. 29), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien

sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 29), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (06 de junio de 2000, fl. 29), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado,

precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

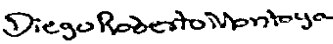
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.