



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: PEDRO JULIO MÁRQUEZ GALÁN CURADOR JOSÉ REINEL MÁRQUEZ GALÁN.
Demandado: UGPP Y OTROS
Radicación: 11001-31050-10-2017-00117-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. YULIAN STEFANI RIVERA ESCOBAR, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Pedro Julio Márquez Galán curador de José Reinel Márquez Galán, instauró demanda ordinaria contra Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP y Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, con el propósito de que declare sin ningún efecto legal la Resolución RDP 48422 del 17 de octubre del 2013, que niega la pensión de sobrevivientes. Así mismo, el dictamen No. 19345553 del 8 de mayo del 2014 de la Junta citada, por el cual se fijó un porcentaje del 54% de mengua laboral y fecha de estructuración a partir del 9 de enero del 2014, sin justificación legal. Como consecuencia de lo anterior, solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional que en vida disfrutó su señora madre Ana Ascencio Galán López, a favor de su hijo beneficiario, junto con las mesadas pensionales causadas a partir del 14 de abril del 2010.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la señora Ana Ascencio Galán López fue pensionada por invalidez por la Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución No. 008911 de 1994, efectiva a partir del 1 de diciembre

de 1993; que la citada fallece el 13 de abril del 2010. Refirió que al reclamar la sustitución provisional la demandada niega la petición incoada, argumentado que faltaba la certificación de invalidez actualizada.

Así las cosas, indicó que la EPS Compensar calificó su invalidez el 13 de octubre del 2013 con más del 50%, sin embargo, no estableció la fecha de estructuración; razón por la que la Junta Regional de Calificación de Invalidez calificó un PCL del 54% y como fecha de estructuración de la enfermedad el 9 de enero del 2014, por lo que la codemandada acogió dicho dictamen y confirmó la negatoria de la pensión, lo cual, aduce va en contra de la calificación ya realizada por Cajanal el 29 de mayo del 97. (fols. 109 a 120)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 122); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la UGPP. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el demandante no cumple con la totalidad de los requisitos para hacerse beneficiario de la prestación solicitada, ello, en razón a que la calificación que se realizó se evidenció que la fecha de estructuración es posterior a la fecha del fallecimiento de la causante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación por falta de cumplimiento de los requisitos legales, prescripción, imposibilidad de condena en costas y genérica. (fols. 124 a 134)

4. Contestación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca. En su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos técnicos, médicos y científicos, dado que emitió la calificación del origen, pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de la invalidez, con base en lo determinado en la Ley 1562 de 2012 y el Decreto 917 de 1999, vigente para la fecha de calificación. Propuso como excepciones de fondo las que denominó buena fe y genérica. (fols. 169 a 183)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de mayo del 2020, en la que el Juzgado declaró que el señor José Reinel Márquez Galán posee una pérdida de capacidad laboral del 61.20%, con fecha de estructuración de la PCL del 12 de julio de 1956 de origen común; condenó a la UGPP al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte de su progenitora, a partir del 14 de abril del 2010, por cumplir con los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003; al retroactivo pensional causado desde el día 23 de septiembre de 2013 hasta la fecha de su efectiva inclusión en nómina de pensionados, ello en razón a la excepción de prescripción propuesta. Así mismo ordenó el pago de costas a favor del demandante y en contra de la UGPP.

Como sustento de su decisión indicó que el marco jurídico para resolver el asunto es el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación realizada por la Ley 797 de 2003 y Ley 44 de 1980, en tanto que la señora Ana Ascencio Galán López falleció el 13 de abril del año 2010. Así las cosas, luego de hacer alusión a dicha normativa, indicó que la calidad de hijo está probada con el registro de nacimiento, así mismo, la condición de pensionada, por tanto, quedó causado el derecho a pensión de sobrevivientes en el caso de existir beneficiarios.

Sentado lo anterior, indicó que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, y a las pruebas que se allegaron al instructivo, existen varios conceptos de invalidez, entre esos el documento dirigido por la Jefe División Salud Ocupacional a la Subdirectora de Prestaciones Económicas donde señala que el actor tiene una invalidez del 54.5%, por lo que a pesar de que en el citado documento no se indica la fecha de estructuración y el origen, es claro que para aquella data se encontraba en dicha condición.

Ahora, arguyó que el dictamen No. 19345553 del 8 de mayo 2014 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, estableció como de fecha de estructuración enero de 2014 y origen común, con una pérdida de capacidad del 53.13%, mismo que fue solicitado por el actor y el interesado la UGPP, y cuyo fin tuvo lugar a un dictamen pericial, que no tiene recursos. Sin embargo, adujo que no está dentro sus facultades ni es competente para entrar a dejarlo sin valor o declarar una nulidad, ya que los dictámenes que pueden ser debatidos ante la jurisdicción ordinaria son aquellos que se producen durante todo ese trámite legal de calificación.

Así las cosas, indicó que al no tener un conocimiento científico médico para determinar la fecha de estructuración se solicitó un nuevo dictamen, donde se certifica que padece de pérdida de capacidad laboral del 61.20%, con fecha de estructuración del 12 de julio de 1956, lo que permite concluir que es desde su nacimiento y a la fecha del deceso de su progenitora presentaba invalidez. Por manera que encontró acreditada la condición de inválido. Referente a la dependencia económica, tuvo en cuenta las sentencias SL2016 de 2020 y C112-2006, para significar que, si bien no hay prueba testimonial, si obra declaraciones extrajuicio mismas que dan cuenta la dependencia económica del actor hacia progenitora. De manera que tuvo acreditada el segundo requisito, para acceder a la prestación esto es, que el señor José Reinel dependía económicamente de la fallecida. (CD. fol. 236).

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **UGPP** interpuso recurso de apelación argumentando que al demandante no le asiste razón alguna para que sea reconocida la pensión de sobrevivientes, toda vez que esta procede siempre y cuando la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral sea anterior a la fecha del deceso de la trabajadora. Además, por cuanto no fue probado dependencia económica incluso desde el momento del fallecimiento de la de la señora Ana ascensión Galán, esto es, el 13 de abril del 2010, ya que solamente hasta después de 3 años se acude ante el Juez 23 de Familia de Bogotá, mismo que decide nombrar a un curador.

Refirió que desde los alegatos de conclusión el apoderado del actor indicó que dependía económicamente de su hermano Pedro Julio Márquez, por lo que no está probado tal supuesto. Así, adujo que los actos administrativos proferidos fueron a derecho, por lo que tampoco habría lugar al pago de costas, ya que también ha actuado de buena fe por cuanto en su momento no acreditó los requisitos establecidos para proceder a la sustitución de la pensión.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Parte demandante. Indicó en sus alegaciones que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca consideró que la última

calificación ordenada por el Juzgado de primer grado se ajustaba a derecho, en tanto que determinó que la fecha en que se estructuraba la invalidez era la del nacimiento del invalido ocurrido el 12 de julio de 1956 y no desde el 9 de enero del 2014. Anotó que los otros requisitos para acceder a la pensión ya estaban plenamente establecidos, tales como la dependencia económica del enfermo respecto de su señora madre, además, el porcentaje de invalidez que le practicaron las tres entidades, estuvieron por encima del 50%

7.2. Parte demandada. En su escrito indicó que el señor José Reinel Márquez Galán no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ya que la UGPP, al realizar el estudio del caso, encontró que la negativa se efectuó en estricto cumplimiento de las normas y disposiciones legales previstas para tal fin. Por lo que, consideró que las pretensiones solicitadas en el escrito de la demanda no tienen asidero jurídico.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuestos por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a favor de la UGPP en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿El demandante demuestra la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión al óbito de su señora madre Ana Ascencio Galán López y, en consecuencia, tiene derecho a su reconocimiento y pago a partir del día siguiente a su fallecimiento?
- (ii) Para ello, se entrará a resolver ¿El señor José Reinel Márquez Galán demostró el requisito de estructuración de la invalidez con precedencia a la fecha del fallecimiento de su progenitora?
- (iii) Así mismo, se establecerá ¿Se encuentra acreditado el requisito de dependencia económica del aquí actor respecto de su progenitora y, por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión de su deceso?
- (iv) Por último, se determinará ¿Se debe condenar al pago del retroactivo pensional y costas del proceso?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de la señora Ana Ascencio Galán López se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 9, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 13 de abril del 2010, como se indicó en el libelo incoatorio.

Calidad de pensionado del cujus.

No se discute que la señora Ana Ascencio Galán López fue pensionada por invalidez por la extinta Caja Nacional de Previsión Social, además, ello se logra corroborar con el documento visto a folios 24 y 25 del expediente.

Normatividad aplicable

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 13 de abril del 2010.

Requisitos sustitución pensional

La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia, que en el caso de la cónyuge son fundamentalmente tres (i) el parentesco, (ii) la dependencia económica respecto de la causante y, (iii) el estado de invalidez del solicitante.

- **Parentesco**

Respecto del primer requisito relacionado con el parentesco, no hay duda de que José Reinel Márquez Galán, es hijo de la causante, por encontrarse así acreditado con la partida de nacimiento, allegada a folio 8.

- **Dependencia económica**

Sobre este aspecto, la Sala debe señalar que, pese a que la encartada especificó que no se encontraba acreditada la dependencia económica del actor con la causante, ello, en razón a que su apoderado judicial indicó que dependía de su hermano, lo cierto es que, escuchado el audio contentivo de la audiencia, este en ningún momento adujo tal circunstancia, además, si fuese así, esa simple afirmación por sí misma no derriba la conclusión a la que arribó la sentenciadora de primer grado, ya que el hijo reclamante estaba subordinado económicamente a su progenitora fallecida, pues así lo indican los medios probatorios allegados al proceso.

En ese sentido, advierte esta colegiatura en relación con las declaraciones extraprocesales de Jimmy Enrique Lobo Meisel y Cesar Augusto Jiménez Rodríguez, mismos que no requirieron de ratificación, en tanto que la demandada no lo solicitó, que al unisono dan cuenta que conocieron de vista, trato y comunicación a la señora Ana Ascencio Galán López, quien *“tuvo un hijo invalido mentalmente, cuyo nombre es **JOSÉ REINEL MÁRQUEZ GALÁN**, identificado con la c.c. Nr 1934553 de Bogotá que dependía total y económicamente de la señora **ANA ASCENSIÓN GALÁN LÓPEZ**, hasta el momento de su fallecimiento **B) Que el señor **JOSÉ REINEL MÁRQUEZ GALÁN** en el momento se hallaba casi completamente desprotegido, toda vez que la ayuda de sus hermanos es mínima, porque ellos no tienen los recursos económicos suficientes.”*** (folios 6 y 7)

Además, se allegó sentencia del 23 de octubre del 2015 proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Descongestión, en la que se señaló que los deponentes al interior del proceso Julio Márquez Galán y Héctor Márquez Galán, resaltaron que su hermano

es una persona con discapacidad mental, quien siempre estuvo bajo el cuidado de la madre. (folios 66 a 74)

Del soporte probatorio aludido, no existe conclusión distinta a que el señor José Reinel Márquez Galán, dependía económicamente de su progenitora, por manera que contrario a la censura, la Juzgadora de primer grado no se equivocó al encontrar demostrada la subordinación económica con la causante, máxime cuando dicha condición no se descarta por el hecho de que se haya iniciado con posterioridad al óbito el proceso de interdicción al aquí actor, ni que posteriormente sus hermanos hayan ayudado con su manutención, en tanto que, como muchas veces ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la dependencia económica del pensionado, deberá demostrarse a la fecha del fallecimiento, no con posterioridad.

Precisamente, sobre el alcance del concepto de la dependencia económica en tratándose de hijos inválidos, en sentencia SL5605-2019 se explicó:

"El propósito normativo de establecer el requisito de acreditar la dependencia económica contiene un fin válido, dirigido a que la prestación llegue al real beneficiario del hijo o del padre fallecido, según el caso, que no es otro que aquel, que ante la pérdida de su familiar, se vea de tal manera abandonado que esto atenta contra su subsistencia.

La dependencia parte de la necesidad de la protección del hijo en condición de discapacidad que se encuentra subordinado al ingreso que el padre le procuraba para salvaguardar sus condiciones de subsistencia, con lo cual la ayuda económica de éste se torna imprescindible para asumir los gastos ordinarios de aquél, ante la imposibilidad material de costearlos para subsistir.

Ha sido claro que la imposibilidad material de los padres o de los hijos de suministrarse para sí mismos su propia subsistencia, no implica, como se señaló, el encontrarse en estado de mendicidad o la carencia total de recursos, por lo que la determinación de esta imposibilidad conlleva un juicio de autosuficiencia, entendida como aquella autonomía de generar fuentes de recursos que permitan la atención de necesidades básicas que permitan su subsistencia."

Así las cosas, la Sala encuentra probado la subordinación económica con la causante, como bien lo expuso la A quo.

Estado de invalidez

En lo atinente al estado de invalidez, es menester indicar que según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. Así mismo, el actual Manual Único para la Calificación de Invalidez, Decreto 917 de 1999 (vigente para la fecha del primer dictamen en cuestión), define como invalidez aquella que supera el 50% o más de pérdida de capacidad laboral; estado que según lo dispuesto por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, puede ser determinado por las entidades adscritas al sistema de seguridad social, o bien directamente por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando la persona interesada así lo solicita, caso en el cual estas actuarán como peritos, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1352 de 2013, compilado en el Decreto 1072 de 2015.

Así mismo, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 dispone que el estado de invalidez será determinado con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la valoración, mismo que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral, por ende, las entidades encargadas de fijar en una primera oportunidad el grado de invalidez, origen de las contingencias y la fecha de estructuración, como Colpensiones, las ARL y EPS, deberán seguir a cabalidad dicho texto.

Por último, se dejó sentado que en caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad, para que la entidad remita su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, decisión que será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Dicha calificación deberá contener los criterios técnico-científicos de evaluación y pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

No obstante, aunque el dictamen de pérdida de capacidad laboral es por **regla general** la prueba conducente para determinar el grado de invalidez de una persona, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que en casos como el que ahora nos ocupa, en donde el hijo solicita la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, **no constituye la única prueba idónea** para su determinación, haciéndose imperativo valorar en conjunto la totalidad del acervo probatorio para garantizar los derechos de las personas en estado de discapacidad, objeto de una especial protección constitucional, como se indicó en sentencias **T-859/14, T-730 del 2012 y T-151 de 2015**.

Señaló además, de manera expresa que un dictamen expedido por una entidad oficial como el Instituto Nacional de Medicina Legal o una sentencia judicial que declare la interdicción **por discapacidad mental absoluta** de una persona constituyen pruebas de su invalidez sin que, existiendo éstas, se pueda exigir de todas maneras la valoración del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, pues en el caso de la petición de pensión por parte del hijo inválido, no es necesario determinar la fecha a partir de la cual ha dejado de trabajar ni el porcentaje de PCL disminuido a raíz de la enfermedad o accidente, presupuestos que si resultan indispensables cuando se persigue la pensión de invalidez con el objetivo de menguar los efectos de la contingencia que le impide ejercer en el mercado laboral, conforme al propósito del art 38 de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, ha insistido la Corte, en que el no reconocimiento de la sustitución pensional, sin haber tenido en cuenta la totalidad del acervo probatorio, tratándose de una persona **que presenta una discapacidad mental severa**, como ocurre en el presente caso, constituye una vulneración de los derechos fundamentales del accionante y un desconocimiento de la obligación de prestar especial protección a la misma, teniendo en cuenta su condición psíquica, como se desprende del contenido de la sentencia T- 859 del 2004.

Sumado a lo dicho, tal como lo preciso la A quo, en materia de valoración probatoria, *“los jueces de instancia, al encontrarse en presencia de varios elementos probatorios que conduzcan a conclusiones disímiles, tienen la facultad, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, de apreciar libremente los diferentes medios de convicción, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, pudiendo escoger*

dentro de las probanzas allegadas al informativo, aquellas que mejor los persuadan, sin que esa circunstancia, por sí sola, tenga la virtualidad para constituir un evidente yerro fáctico capaz de derruir la decisión” SL1474-2021 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo dichas precisiones, procede a verificar la Sala si el aquí actor cumplió con el requisito de demostrar su invalidez a la fecha del fallecimiento de su progenitora, aclarando, que en sentido estricto la censura no discute su invalidez superior al 50%, sino la data en que perdió la capacidad laboral, es decir, la fecha de estructuración de la invalidez. Para tal fin, allegó la encartada el dictamen pericial realizado por la Sala 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, según el cual se fijó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 53.13%, con fecha de estructuración el 9 de enero del 2014.

Sin embargo, cumple destacar que, si bien la data que se estableció en aquella es posterior a la fecha del óbito de la causante, no por ello esta Sala deba tener por cierto tal hecho, pues, resulta imperioso acudir a las demás pruebas allegadas al plenario que, por demás, muestran palmariamente que la fecha de estructuración de la invalidez del actor, no se situó el 9 de enero del 2014, sino, los fue desde su nacimiento. Ello es así, dado que los medios de convicción apuntan que el Retraso Mental Moderado tuvo como consecuencia de una hipoxia neonatal, tal como lo deja ver el resumen de historias clínicas emitidas por el Médico especialista Jesús Giovanni Cortés Ramírez y Compensar EPS, que obran a folios 50 a 55 del expediente, con fechas 10 de diciembre del 2011 y 13 de diciembre del 2013, respectivamente.

De hecho, se allegó dictamen expedido el por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que se concluye que retardo mental moderado es secundario a alteraciones cerebrales por muerte neuronal masiva por hipoxia perinatal por parto complicado, el cual es crónico e irreversible y, por ende, presenta una discapacidad mental absoluta. (folio 41 a 44). El citado dictamen, dispone que José Reinel, con motivo de su discapacidad mental, requiere de cuidador permanente, que asegure de sus actividades básicas de supervivencia (en especial de su alimentación y toma de medicamentos) y controles por medicina general en su sistema de salud por sus antecedentes de hipertensión y EPOC.

Y como si lo anterior fuera poco, ante la práctica de una nueva experticia, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, no solo determinó una mengua laboral del 61.20% por el promotor del proceso, sino, además, señaló sin mayores discusiones que su estructuración lo fue en la “Fecha de nacimiento cuando se produjo el daño cerebral”, es decir, el 12 de julio de 1956. En ese orden, de la lectura de los anteriores medios probatorios, emerge claro que las intelecciones de la Juez de primera instancia fueron manifiestamente acertadas y las comparte íntegramente esta Sala, ya que es claro que la condición de invalidez no se situó el 9 de enero del 2014, además, por cuanto es evidente que en la primera calificación efectuada por Sala 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, no se tuvo en cuenta todos los antecedentes médicos del actor, pues allí únicamente se partió del diagnóstico “Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica – No especificada”, como se deja entrever con mediana claridad de su ponencia.

De lo expuesto, atinó la falladora de primera instancia al determinar que extremo activo, cumplió con el requisito de acreditar su condición de hijo invalido, ante el haz probatorio arrojado al proceso, el cual, deja en evidencia la condición de invalido al

momento del fallecimiento de su progenitora, al contar con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, con fecha de estructuración el día de su nacimiento.

Así las cosas, se sigue mantener la decisión que en este ítem tomó la A quo.

- **Excepción de prescripción**

Ahora, teniendo en cuenta que la pensión de sobreviviente se causa desde el 13 de abril del 2010, no obstante, el retroactivo pensional se reconoce desde el 23 de septiembre del 2013, ello a partir del que demandante presentó reclamación ante la UGPP el 7 de octubre del 2013, misma que le fue resuelta definitivamente mediante Resolución Nr° RDP019695 del 24 de junio del 2014, notificada el 24 de junio del 2014, oportunidad en la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra del acto administrativo Nr° RDP 048422 del 17 de octubre del 2013, y la demanda fue radicada el 23 de septiembre del 2016, como da cuenta el acta individual de reparto a folio 94 del expediente, es claro que acertó la A quo en tanto que alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT, entre la data de causación del derecho y la reclamación administrativa.

Costas impuestas en primera instancia a Colpensiones

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponerle costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 26 de mayo del 2020, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

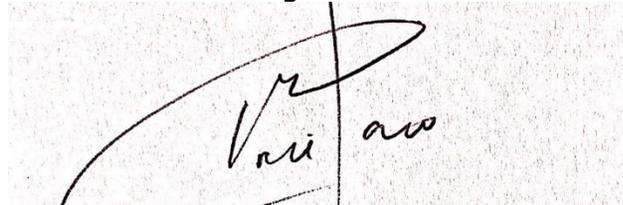
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RAMÓN GERARDO FRANCO CARDONA
Demandado: HEREDEROS DETERMINADOS DE GLADYS MARÍA TOVAR MAHECHA.
Radicación: 1100131050-02-2016-00146-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE CONTRATO REALIDAD

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ramón Gerardo Franco Cardona, instauró demanda ordinaria contra Angie Mayerly Sánchez Tovar, Jimmy Hamninton Sánchez Tovar y Jennifer Elizabeth Franco Tovar, en su calidad de herederos determinados de la señora Gladys María Tovar Mahecha, con el propósito de que se declare la existencia de los extremos laborales del contrato de trabajo a término indefinido existente entre las partes a partir del 8 de abril de 1996 y hasta la fecha. Como consecuencia solicitó que se dispusiera a su favor el pago de las cesantías y sus intereses, vacaciones, prima de servicios causadas desde el 8 de abril de 1996 y las que se sigan causando; sanción por el no pago de los intereses a las cesantías; sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; aportes al sistema de seguridad social integral; indexación; lo que resulte probado de acuerdo con las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar al servicio de la empleadora Gladys María Tovar Mahecha desde el día 8 de abril de 1996, prestando sus servicios personales para aquella y continuando hasta el día de hoy; que su salario inicial fue en la suma de \$284.250 mensuales, en tanto que aquel fue pactado sobre dos veces el salario mínimo legal de cada anualidad, así, teniendo como último la suma de \$1.378.908.

Refirió que a la fecha sigue prestando sus servicios a los herederos de Gladys María Tovar Mahecha como gerente general y representante legal del parqueadero 5-23, cumpliendo con una jornada laboral de 12 horas diarias. Agregó que la citada ejercía los actos de mando y subordinación permanente hasta el día en que falleció, esto es el 6 de marzo del 2014; luego de su deceso continuó prestando sus servicios en forma

permanente y sin interrupción alguna, percibiendo salario con consentimiento de los herederos, presentándose el fenómeno de sustitución patronal. (Cuad. principal, fls. 5 a 29).

2. Contestación de demanda.

2.1. Angie Mayerly Sánchez Tovar y Jimmy Hamninton Sánchez Tovar. En su escrito de contestación se opusieron a la totalidad de las pretensiones de la demandada, argumentando que nunca existió relación laboral alguna entre el actor y su madre, pues, la relación existente fue de tipo afectivo, fruto de la cual nació su hija Jennifer Elizabeth Franco Tovar; tampoco directamente, ni como causahabientes de la fallecida, por lo que nada se ejecutó, ni se está ejecutando a la fecha.

Sobre los supuestos de hecho anotaron que el demandante es propietario de un establecimiento de comercio que funciona desde hace más de 20 años en un lote de propiedad de la señora Gladys María Tovar Mahecha, que está le entregó en arriendo, por lo que es comerciante independiente o lo que es igual su propio jefe. Propusieron como medios exceptivos los de inexistencia de relación laboral, ausencia de elementos constitutivos de relación laboral, comerciante independiente, carencia de legitimación en la causa por activa, ausencia de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción, acto propio, compensación y genérica. (Cuad. principal, fls. 95 a 115).

2.2. Contestación de Jennifer Elizabeth Franco Tovar. En su respuesta se allanó a las pretensiones de la demanda e indicó ser ciertos todos y cada uno de los supuestos fácticos. No propuso excepciones de mérito. (Cuad. principal, fls. 179 a 185).

2.3. Contestación de los herederos indeterminados. La curadora Ad Litem, contestó la demandada señalando no constarle ningún hecho, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por considerar que la señora Gladys María Tovar Mahecha no es sujeto de deberes y obligaciones, aclarando que cualquier condena resultante del proceso deberá quedar en cabeza de los herederos. (Cuad. principal, fls. 386 a 388).

3. Demandas de reconversión. Angie Mayerly Sánchez Tovar y Jimmy Hamninton Sánchez Tovar, presentaron demanda de reconversión, mediante la cual solicitaron se declare que estuvieron vinculados mediante una relación contractual de carácter laboral con el señor Ramón Gerardo Franco Cardona, la primera de ellas durante el periodo comprendido entre diciembre 20 de 1998 y abril 3 de 2002, mientras el segundo entre el 1 de abril de 1996 al 12 de agosto del 2001. Así, solicitaron que la compensación correspondiente a las vacaciones, cesantías, prima de servicios, intereses sobre las cesantías y su sanción por no pago oportuno, sanción de que trata el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aportes al sistema de seguridad social e indexación, costas del proceso.

Las pretensiones se soportaron en que laboraron para el demandado en reconversión en el establecimiento de comercio de propiedad de éste, devengando el salario mínimo legal mensual. Refirieron que la vinculación, dada la relación afectiva del demandado con su señora madre, se produjo de manera verbal, la cual, terminó cuando obtuvieron empleo en la compañía denominada N2P Comunicaciones Ltda y Consulting and Accounting (hoy Horwath Colombia Ltda).

Anotaron que el demandado en reconvencción nunca les canceló prestaciones sociales, ni vacaciones, tampoco fueron vinculados al sistema general de seguridad social en salud, ni los afilió a un fondo de pensiones. (Cuad. principal, fls. 129 a 146 y 148 a 165).

4. Contestación demandas de reconvencción. Al contestar la demanda de reconvencción, Ramón Gerardo Franco Cardona se opuso a todo lo pretendido en su contra, manifestando que no es empleador, pues, su calidad fue la de administrador del parqueadero de propiedad de la señora Gladys María Tovar Mahecha. Negó en su totalidad los hechos del escrito y propuso como excepción las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y falta de causa, prescripción, compensación y genérica. (Cuad. principal, fls. 129 a 146 y 148 a 165).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de noviembre del 2019, en la que la falladora absolvió a los codemandados de todas las súplicas de la demanda; absolvió al demandado en reconvencción y condenó al demandante en costas.

Para arribar a tal decisiva, estableció como problemas jurídicos a resolver si entre el actor y la señora Gladys María Tovar Mahecha existió un contrato de trabajo desde el 8 de abril de 1996 hasta el día del fallecimiento de esta última y si dicha relación laboral continúa ejecutándose con sus herederos. Además, debía determinarse si entre Jimmy Hamilton Sánchez Tovar, Jennifer Elizabeth Franco Tovar y Ramón Gerardo Franco Cardona existió un contrato de trabajo.

Así las cosas, luego de memorar los artículos 164 y 167 del CGP, y 60 del CPT y de la SS, así como referirse al contenido de los artículos 22 a 24 del C.S.T., a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre tal aspecto y al material probatorio arrimado al proceso, indicó que el testimonio de la señora Jennifer Elizabeth Franco Tovar es incongruente y, por tanto, no le daría plena credibilidad, ya que si bien dice constarle que su mamá contrató a su papá para laborar en el parqueadero y que dicha relación perduró por 26 años, esto es desde 1996 a septiembre de 2017, lo cierto es aquella en su declaración aceptó que tenía 28 años, lo que quiere decir que nació en el año 1991, resultando ilógico que a sus escasos 5 años de edad recuerde con tanta precisión y claridad el tipo de contrato que ahora dice existió entre sus progenitores.

Además, refirió que del testimonio de la señora Emperatriz Lozano Barreto se encuentra acreditado que el demandante ejerció las actividades que expuso en los hechos de la demanda, sin embargo, coligió que no es posible determinar que las ejerciera favor de la señora Gladys María Tovar o de sus hijos, pues, ninguna prueba así lo demuestra. Sostuvo que se encuentra probado que eran esposos y convivían juntos, aunado a que el demandante era el propietario del establecimiento de comercio del parqueadero 523 y no existía prueba de que su esposa impartiera órdenes.

Ahora, en lo atinente a las demandas de reconvencción acotó que no hay lugar a declarar la existencia de la relación laboral, en tanto que no allegaron prueba alguna que así lo demostrará. En esa medida despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda principal y de reconvencción. (Cuad. principal Cd fol. 421)

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación arguyendo que está aprobado dentro del proceso que prestó el servicio personal dentro del parqueadero, mismo que no era de su propiedad, ya que siempre lo fue de la señora Gladys María Tovar Mahecha, dejándose, sentando en el proceso de sucesión. Significó que sobre esa propiedad desde el 8 de abril de 1996 comenzó a liderar por su condición de gerente y representante legal, pues así lo indica el certificado de matrícula de persona natural y los testigos.

Indicó que no estaba de acuerdo con la tacha que se le impuso a la testigo, en tanto que por su condición de hija le constaba sobre la relación de sus padres y las condiciones en que el actor atendía el parqueadero. Máxime cuando la señora Emperatriz dijo que conocía que Ramón Gerardo permanecía dentro del parqueadero como administrador y moviendo vehículos hasta largas horas de la noche. Refirió que las actividades que tuvo fueron propias del parqueadero, quien debía ser responsable del mismo; que el contrato arrendamiento suscrito por las partes tuvo como fin defender la construcción del parqueadero, contrato que no tuvo la oportunidad de ser debatido porque efectivamente fue a través de un proceso civil donde se advirtió su presencia.

Arguyó que la subordinación está encaminada a que la señora Gladys María asistía esporádicamente a recibir los dineros que eran fruto del parqueadero, sumas que sirvieron para la educación de sus hijos. Sostuvo que la señora Jennifer si bien era muy pequeña para tener conocimiento de la relación, sin embargo, no todo giró cuando tenía 5 años, en tanto que la situación comenzó a verse reflejada desde el 8 de abril de 1996 al 6 de mayo del 2014 cuando falleció su señora madre.

Por otro lado, expuso que sus hijos en ningún momento estaban atados al parqueadero, pero, las condiciones del parqueadero siguieron a cargo de estos, dado a que eran titulares en virtud de la sucesión y fruto del proceso de restitución. En ese sentido, acotó que las condiciones de tiempo, modo y lugar que se vivieron dentro del parqueadero son propias de una relación laboral, reiterando que la propiedad y titularidad del parqueadero es de la señora Gladys María que se otorgó a través del proceso de sucesión que ya terminó. (Cuad. principal Cd fol. 421)

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Parte demandante. En su escrito indicó que está plenamente probado que fue el administrador del parqueadero del inmueble de propiedad de Gladys María Tovar Mahecha, desde el 8 de abril de 1996 hasta el 6 de marzo del 2014 cuando falleció, situación que posteriormente continuó con los herederos hasta el momento en que se culminó la restitución del inmueble para el día 23 de noviembre de 2017.

Señaló que de la declaración de parte del actor y de los documentos allegados con la demanda, éste efectivamente reconoce que prestó sus servicios desde el 8 de abril de 1996, donde su actividad era de administrador del parqueadero 523, quien ejercía los actos de mando y subordinación. Agregó que la demandada Jennifer Elizabeth Franco Tovar confesó en la contestación de la demanda y en su interrogatorio que efectivamente su papá fue administrador del parqueadero del inmueble de propiedad de su señora madre, Gladys María Tovar Mahecha.

7.2. Angie Mayerly Sánchez Tovar y Jimmy Hanmynton Sanchez Tovar. En sus alegaciones refirieron que no es cierto que está plenamente probado que el actor era administrador de su señora madre, menos aún de éstos. Refirió que la declaración del demandante no basta por sí sola para probar ninguna de sus afirmaciones, pues evidentemente es el directo interesado, además, ninguno de los testigos de la parte actora pudo atestar que el demandante rindiera cuentas a Gladys María Tovar Mahecha, ni a éstos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Gladys María Tovar Mahecha, Angie Mayerly Sánchez Tovar, Jimmy Hamninton Sánchez Tovar y Jennifer Elizabeth Franco Tovar, en su calidad de herederos, fungieron como empleadores del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

De la relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos:

"Pues bien, reiteradamente, 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 sometimiento 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»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que prestó sus servicios en favor Gladys María Tovar Mahecha y tras su deceso a Angie Mayerly Sánchez Tovar, Jimmy Hamninton Sánchez Tovar y Jennifer Elizabeth Franco Tovar, encuentra la Sala que se escuchó a la señora Emperatriz Lozano Barreto, testigo de la parte demandante, quien señaló que distinguió a la señora Gladys alrededor de 25 años, mientras que al demandante alrededor de 20 años, esposo de aquella y quien trabajaba en el parqueadero como administrador; que siempre lo observó solo en aquel sitio, en tanto que no empleó a otras personas, aclarando que no sabía si era empleado de su esposa.

También se escuchó en calidad de testimonio a la señora Jennifer Elizabeth Franco Tovar, quien adujo que tenía conocimiento de la relación laboral que existió entre sus padres durante aproximadamente de 26 años, misma que terminó en septiembre del año 2017. Expuso que su padre trabajó en el parqueadero como administrador del parqueadero, quien además era encargado del pago de recibos y actuaciones ante la Alcaldía; que cumplía con un horario de 7:00 de la mañana hasta las 10:00 p.m., de lunes a sábado y recibida de su mamá dineros más o menos mensualmente. Sostuvo que su progenitor nunca contrató a nadie, dado que era potestad única de su mamá y que al igual que los otros herederos visitaba esporádicamente el parqueadero y eran por momentos, así lo hacía también su mamá quien iba a recoger el dinero y recibir cuentas de su padre. Aclaró que después del fallecimiento de la señora Gladys María Tovar Mahecha, en la sucesión se acordó que su papá continuaría con la administración del parqueadero, lo cual, terminó cuando el bien fue restituido. Posteriormente, señaló la existencia de una persona que ayudaba en el parqueadero.

De las declaraciones vertidas por los testigos, de entrada, se advierte que las afirmaciones efectuadas no ofrecen credibilidad alguna para la Sala, en tanto que no dan cuenta la prestación efectiva del servicio a favor de la señora Gladys María Tovar Mahecha y sus herederos, toda vez que, si bien aludieron fehacientemente que el demandante laboraba dentro del parqueadero, no dieron cuenta si lo ejecutaba en favor de las citadas personas o en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Parqueadero 5 23.

Ello, porque al tenor de lo dicho por la señora Emperatriz Lozano Barreto, si bien indicó su concurrencia al parqueadero, no le constó si esto lo hacía en beneficio de la señora Tovar Mahecha, en tanto que se circunscribía a observarlo nada más, lo que impedía conocer a quien prestaba sus servicios y bajo que vínculo. Nótese, además, que las citadas declarantes fueron contradictorias en su relato, pues, mientras que la señora Emperatriz Lozano Barreto indicó que lo avistaba en el parqueadero por más de 25 años, sin que nadie le ayudase en sus labores; por su parte la señora Jennifer Elizabeth

Franco, adujo la existencia de una persona que lo apoyaba en sus tareas en el parqueadero. Y aunque esta última afirmó la prestación del servicio del demandante en beneficio de su progenitora y los accionados, lo cierto es que aquella no podría constarle aquel aspecto ni tan preciso, no solo por la edad que ostentaba para la fecha de iniciación de la relación que aduce existió entre sus padres, sino, por cuanto no podría saberlo en tanto que según su propio dicho arribaba esporádicamente al parqueadero junto con su madre, a quien la veía simplemente recoger el dinero y recibir cuentas de su padre.

En este punto, resulta oportuno precisar que el apoderado de Angie Mayerly Sánchez Tovar y Jimmy Hamninton Sánchez Tovar oportunamente formuló tacha de sospecha contra el testigo de la parte actora, Jennifer Elizabeth Franco, por considerar que además de tener un vínculo de consanguinidad con el aquí demandante, tiene intereses en las resultas del proceso.

En ese sentido, el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Para ello, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, por ejemplo, por razones de parentesco, sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

Dicha precisión es necesaria para denotar que la deponente tiene un interés inclinado a beneficiar la causa del actor, en tanto que sus afirmaciones resultan evidentemente contrarias a la realidad que refleja. Ello a partir del esfuerzo que hace para emerger la existencia de un contrato de trabajo entre sus padres, refiriendo el cumplimiento de horario, la remuneración y el sometimiento a órdenes cuando está por demás decir que a juicio de la Sala de su propio dicho imposibilita que conociera en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que es una persona que iba esporádicamente al parqueadero en compañía de su madre, signo indicativo de que su permanencia allí era ocasional y casual, luego esa circunstancia impide que conociera en detalle la razón que justificaba la presencia del demandante en ese lugar o por lo menos, si lo veía prestando un servicio que conociera bajo qué condiciones o nexos contractual lo hacía.

En esa medida, encuentra la Sala razón a la parte demandada la justificación de la tacha por sospecha del testigo propuesta, compartiendo igualmente las conclusiones a las que llegó la juez de primer grado, máxime cuando no denotan erradas o contrarias a la realidad probatoria, ello en atención a que de los medios de convicción no emergen con la contundencia requerida que de la actividad personal desplegada por el actor se hubiera beneficiado la señora Gladys María Tovar Mahecha o a sus herederos, pues, bien pudo haberlo hecho como propietario del establecimiento de comercio, entre otras cosas, porque así lo irradian las pruebas documentales aportadas al plenario, mismas que dan cuenta de su actividad mercantil (folios 33 a 77).

Ahora, debe la Sala acotar que en torno a la contestación de la demanda de la cual pretende la censura derivar una confesión y con ello demostrar la existencia de la relación laboral que pregona, se observa que, aunque la señora Jennifer Elizabeth Franco se allanó a las pretensiones y aceptó la totalidad de los hechos propuestos en el libelo introductor, no obstante, en ningún momento puede la Sala extraer de dicha

actuación procesal una confesión pura y simple de que el actor hubiese laborado para los demandados en la forma como se pide.

Lo anterior, por cuanto el allanamiento que hizo la demandada no comporta confesión, sino la aceptación tanto de los hechos como de las pretensiones de la demanda, evento que conlleva a que el juzgador de primera instancia proceda dictar sentencia de conformidad con los pedimentos impetrados en aquel libelo introductor, a menos que se advierta fraude, colusión o cualquier otra situación similar o que no provenga de todos los demandados, caso en el cual, se decretará pruebas de oficio cuando se presente lo primero, mientras que para lo segundo el juez proferirá sentencia parcial y el proceso continuará respecto de los demandados que no se allanaron¹.

Por manera que no es dable predicar la confesión como pretende la censura, entre otras cosas, porque tampoco se evidencia la admisión de un hecho que le produzca consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria, situación que a su vez tampoco permite colegir que verse exclusivamente sobre hechos personales o de los que tenga o deba tener conocimiento². En esa medida, bastara recordar lo ya dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Radicado No. 7.370, del 16 de mayo de 1995, sobre tal aspecto:

"El estatuto procesal civil vigente entiende por allanamiento la aceptación expresa por parte del demandado de las pretensiones de la demanda y de sus fundamentos fácticos. (...) En últimas, nace de un acto unilateral del demandado con el propósito de extinguir una controversia jurídica, mediante la aceptación total o parcial no solo de los hechos de la demanda sino también de las pretensiones, el que debe ser aceptado por el juez de primer grado, sino militan los impedimentos contemplados en la ley. Difiere de la mera confesión que se reduce a la admisión de un hecho que debe perjudicar a quien lo admite como cierto, pero que no implica forzosamente la aceptación de la pretensión."

De ahí que no se le halle razón a la censura, cuando pretende tildar de errada la sentencia de primer grado al no advertir la existencia de confesión sobre la contestación de la demanda, en tanto que tal intelección es contraria a la norma procesal. Además, la misma situación se predica frente a la declaración que dio la señora Jennifer Elizabeth Franco en audiencia del que trata el artículo 80 del CPT y de la SS, respecto de la cual tampoco podría tenerse como confesión, ya que no es permitido en los términos del artículo 192 del CGP y, por tanto, debe tomarse como testimonio de tercero, misma que, como se vio, perdió credibilidad ante su denotado interés y parcialidad.

En esa medida, los razonamientos precedentes conllevan a confirmar la decisión que bien tomó el A quo, por lo que así se decidirá.

Costas. En esta instancia a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, 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

¹ Artículo 98 del CGP

² Artículo 191 del Ibidem

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre del 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

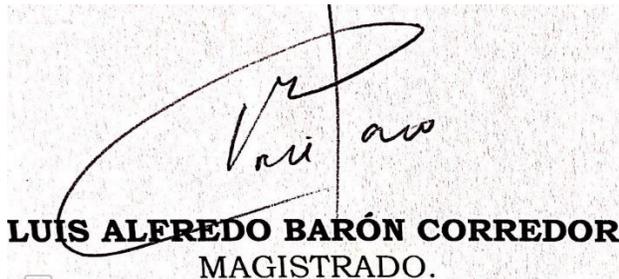
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$800.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NURY LORENA PLATA CASTILLO
Demandado: CORPORACIÓN SALUD UN – HOSPITAL UNIVERSITARIO NACIONAL DE COLOMBIA
Radicación: 08-2018-00389-01
Tema: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - TRABAJO SUPLEMENTARIO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nury Lorena Plata Castillo, instauró demanda ordinaria contra Corporación Salud UN – Hospital Universitario Nacional de Colombia, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, cuya vigencia fue de 6 meses contados a partir del día 19 de octubre del 2016 al 18 de abril del 2016 (SIC), mismo que fue renovado automáticamente por dos periodos y terminado por la demandada de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor el reajuste del valor de prestaciones sociales y vacaciones, incluyendo el valor de las horas extras diurnas y nocturnas laboradas, así como el reajuste para el año 2017; el pago de la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST, indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST, reliquidación de las cotizaciones dejadas de pagar al sistema general de seguridad social en pensiones; lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue contratada por la encartada por medio de un contrato de trabajo a término fijo por seis meses, el cual se renovó en dos oportunidades; para ejercer el cargo de jefe de Facturación, cuyo salario básico correspondió a la suma de \$3.840.000, el cual, se reajustó en el año 2016 a \$4.097.000 mensuales.

Indicó que su horario correspondió de las 8:00 a.m. a 5:00 p.m., sin embargo, la citada jornada laboral no fue suficiente para cumplir con las funciones asignadas, por lo que debía cumplir horario adicional. En ese sentido, arguyó que la Corporación tenía amplio conocimiento de que la demandada laboraba horas extras desde el mes de abril del 2016, por lo que ante tal situación el 2 de enero del 2017 no asistió a su lugar de trabajo y en

esa medida fue citada a rendir descargos el 3 de enero del 2017, oportunidad en la que explicó ampliamente cada una de las preguntas formuladas.

Advirtió que el 13 de enero del 2017 le fue notificada de la terminación de la relación laboral al considerar que faltó al trabajo sin justa causa, sin embargo, no se le informó cual fue el día que no cumplió de forma cabal con su jornada laboral, por lo cual consideró que el despido se tornó injusto. Por último, agregó que la encartada al liquidar las prestaciones sociales no tuvo en cuenta las horas extras laboradas, tampoco, el salario correspondiente a los 15 días laborados, toda vez que fue con base al salario del año anterior, sin tener en cuenta el reajuste efectuado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal mensual vigente. (fls. 2 a 15).

2. Contestación de Pioneer de Corporación Salud UN – Hospital Universitario Nacional de Colombia. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a excepción de las pretensiones relativas con la existencia de la relación laboral, su vigencia, modalidad y duración. Sobre los supuestos fácticos refirió que el horario establecido es de 7:30 a.m. a 5:30, jornada mínima puesto que en los términos del artículo 162 del CST, el trabajador está excluido de la regulación sobre la jornada máxima legal y deberá trabajar el número de horas necesarias para el cabal desempeño de sus funciones, por lo cual no habrá lugar al reconocimiento de horas extras cuando sobrepasen el límite legal.

Agregó que los correos electrónicos aportados como prueba, no gozan de conducencia ni pertenencia, puesto que no prueban que se encontrara dentro de las instalaciones de la entidad cumpliendo horarios adicionales. Indicó que ello tampoco prueba que estuviera desempeñando labores, además, por cuanto si quedaba en las instalaciones de la institución en la jornada nocturna, esto lo hacía sin conocimiento ni autorización de su superior jerárquico y, lo realizaba con el fin de compartir la jornada laboral con su compañero permanente, enfermero de referencia y contra referencia.

Por otro lado, señaló que la accionante no asistió el día 2 de enero del 2017 y tampoco justificó su inasistencia, causando graves traumatismos al servicio que se encontraba a su cargo. En esa medida, aludió que la demandante aceptó de manera expresa que incumplió con su obligación contractual, de esta manera admitió que el despido fue con justa causa, puesto que comprendía que su ausencia representada un incumplimiento. Propuso como excepciones de fondo los que denominó legalidad del despido – despido justificado, carencia de fundamento legal y convencional de las pretensiones, buena fe y genérica. (fols. 54 a 61)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de enero del 2020, en el que la falladora declaró probada las excepciones propuestas y, en consecuencia, absolvió a la encartada de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante, condenándola en costas. (CD fol. 96)

Para arribar a tal decisiva refirió que no existe motivo de duda que entre las partes existió un vínculo laboral que inició a través de un contrato de trabajo a término fijo el 19 de octubre del 2015, mismo que terminó el 13 de enero del 2017; tampoco existe controversia en torno a la labor ejercía por la demandante, que no es otro que el cargo de jefe de Facturación; ni el salario devengado, en tanto que la pasiva aceptó los montos que se señaló en la demanda. Así, respecto de la indemnización por despido sin justa causa, recordó que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde al trabajador demostrar el despido e incumbe al empleador demostrar que fue con una justa causa.

Así las cosas, indicó que la encartada decidió terminar el contrato de trabajo mediante carta calendada del día 13 de enero del 2017, a través de la cual se le expuso las situaciones de orden factico y normativos. Precisó que a la actora se le realizó la citación de descargos y, por tanto, se le respeto el debido proceso. Conforme a ello, luego de hacer alusión a los medios probatorios arrojados al plenario, coligió que la promotora del proceso reconoció su falta, pasando por alto la importancia de su cargo y de las disposiciones establecidas en el reglamento interno de trabajo, el cual, si bien no fue aportado al plenario, lo cierto es que aquella en la diligencia de descargos indicó conocer las disposiciones.

Agregó que la gestora no demostró una justa causa para ausentarse de las instalaciones de su empleador, por consiguiente, en uso de sus facultades inició proceso disciplinario, que lo llevó a concluir la terminación del contrato de trabajo, decisión que estuvo fundada en una justa causa, que es el incumplimiento justificado a sus labores el día 2 de enero del 2017. De otro lado, indicó que, con respecto al reajuste salarial, es decir, el incremento salarial de acuerdo con el IPC o el incremento del salario mínimo, el CST en su artículo 148, en tratándose de los salarios mínimos el reajuste deberá ser automático una vez se decreta por el Gobierno Nacional. Sin embargo, para aquellos salarios que superan el salario mínimo legal no existe disposición legal que ordene su aumento o reajuste anual, por lo que no habría lugar acceder a dicha pretensión.

Por último, frente al trabajo suplementario denotó que la parte demandante no allegó prueba que permita establecer las fechas en que realizó el trabajo adicional y menos las horas que corresponden al mismo. Precisó que, aunque los testigos señalaron que la trabajadora extendía sus funciones por encima de la jornada laboral, sin embargo, no establecieron con precisión cual era la jornada laboral y en que periodo fue que se extendió. La misma suerte corrió la copia de los correos electrónicos, en tanto que no demostró que la gestión se adelantara por esta en las instalaciones de la empresa demandada. Por manera que se abstuvo de impartir condena.

4. Alegatos parte demandante. En su escrito refirió que la juzgadora de primer grado no valoró las pruebas en conjunto, en tanto que el interrogatorio de parte fue claro que la representante legal de la entidad tenía conocimiento que laboraba en horario diferente a su jornada laboral, además, los testigos fueron enfáticos en afirmar dicha situación. Referente al despido sin justa causa, no se argumentó de forma clara y precisa, "*lo que deja un sin saber sobre la aceptación del Despacho sobre los argumentos presentados*".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- i) ¿El actor tiene o no derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, incluyendo el valor de trabajo suplementario que no se tuvo en cuenta al momento de su liquidación?
- ii) ¿Se debe actualizar el salario percibido por la actora para el año 2017 y, en esa medida reajustar las prestaciones sociales y vacaciones que aduce tener derecho?

- iii) ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

De la relación laboral, su modalidad y extremos temporales

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, cargo y el salario devengado por la actora. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino, además, porque las mismas se corroboran con el contrato de trabajo (folios 17 a 20), comunicación de terminación del contrato de trabajo (folio 27) y liquidación de prestaciones sociales (folio 28).

Trabajo suplementario

Sentando lo anterior, recuerda esta Sala que la señora Nury Lorena Plata Castillo pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario que aduce ejecutó y, en tal virtud, se reliquide sus acreencias laborales con base en un salario superior proveniente de la citada incidencia salarial. Petición a la que se opone enfáticamente la accionada, significando que la actora al ejecutar un cargo de dirección, de confianza o de manejo, se excluía el régimen de jornada máxima legal.

Pues bien, en tratándose de trabajo suplementario cual sea la denominación que se le atribuya, impone al demandante probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que efectivamente lo ha trabajado.¹ (Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53)

Ahora, en tratándose de trabajadores que ejecuten actividades calificadas como de dirección, manejo o confianza, el artículo 162 del CST establece que quedarán excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo, sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que *“el hecho de que un cargo sea calificado como de dirección, manejo o confianza no acarrea su exclusión del régimen interno de la empresa en cuanto a la observancia del horario de trabajo, ni genera una*

¹ “la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas>

disponibilidad absoluta y atemporal, pues lo previsto por el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo tiene un carácter excepcional, ante circunstancias concretas y sólo para efectos de no generar recargos por trabajo suplementario, cuando haya lugar a este.” (SL4883 de 2020)

Conforme a lo anterior y dada la controversia que suscita la atención de la Sala, lo primero que debe anotarse es que las partes no controvierten que la actora laboró para la corporación en el cargo de “jefe de facturación”, misma que tenía la función, según da cuenta en la declaración de parte, de la facturación de consulta externa y hospitalización, y liderazgo de un grupo de 6 trabajadores, en tanto que “*tenía que distribuir las cuentas de los pacientes que se les iban a dar egreso, para que fueran facturadas, en este caso fueran revisadas por los auxiliares de facturación; yo controlaba que hicieran bien su trabajo, para evitar los procesos de glosas y devoluciones que se presentan en un Hospital cuando se facturan las cuentas, por lo que era una revisión rigurosa, pues lo hacíamos con mucho detenimiento, pues para que nos los fuéramos a equivocar en lo posible; adicional a ello como era un proceso nuevo todos los errores que se identificaban durante el momento de la facturación debían ser corregidos en la mayor brevedad, porque, pues eso afectaba otras cuentas, pues tan pronto como identificaban el error en el sistema, se pasaba la corrección, se modificaban cosas desde la parametrización del sistema que nosotros utilizábamos un sistema que se llamaba vos vital y adicional a ello yo tenía que hacer la liquidación de los honorarios médicos, de cada uno de los médicos especialistas del hospital cuantas interconsultas hacían en el Hospital, cuantos pacientes veían, para poder hacer el reporte a talento humano, para que ellos hicieran el respectivo pago de los honorarios de ellos (...)*”

Al punto que las labores desarrolladas por ésta eran de tal relevancia que corroboraba la calificación aludida por la demandada, pues, sobre tal aspecto indicó aquella en la misma diligencia que conocía que su cargo era de dirección, manejo o confianza, significando que “*de hecho como yo tenía que quedarme tanto tiempo adicional a mi jornada normal de mi trabajo, yo me comuniqué con el área de talento humano informándoles que si ese tiempo adicional que yo hacía tenía alguna retribución, porque, pues realmente me tocaba quedarme mucho tiempo para que el área funcionaria como debía ser y el Jefe del área Julián Giraldo el manifestó que como era de confianza pues yo no tenía derecho a que me pagaran horas extras (...), por lo que sabía que era de confianza*”

De lo expuesto, es claro que la promotora del proceso al ejercer el cargo de “*Jefe de Facturación*”, coordinaba el trabajo de los auxiliares de facturación, velaba porque dicha facturación estuviese acorde para evitar glosas y devoluciones, se encargaba de la facturación de consulta externa y hospitalización, así mismo, de liquidar los honorarios médicos, para que el área correspondiente procediera a su pago, es decir, que tenía una responsabilidad concreta, misma que delimitaba “*con claridad las características que identifican a los cargos de dirección, confianza y manejo que exigen, honradez, rectitud y lealtad especiales, lo que indica que el empleador deposita en el trabajador un grado especial de confianza, distinto al exigido a cualquier otro trabajador, en tanto aquellas labores comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa*”²

De ahí que la cláusula convenida en el contrato de trabajo vista a folios 17 a 20, según la cual se expone:

"CLÁUSULA CUARTA: JORNADA LABORAL. EL TRABAJADOR se obliga a laborar la jornada ordinaria en los turnos y dentro de las horas señaladas por EL EMPLEADOR, pudiendo hacer éste ajustes o cambios de horario cuando lo estime conveniente.
PARÁGRAFO 1: En razón de desempeñar **EL TRABAJADOR** un cargo de **MANEJO Y CONFIANZA** y por tratarse el presente de un contrato con Salario Integral en los términos del Artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, EL TRABAJADOR está excluido de la regulación sobre la jornada máxima legal y deberá trabajar el número de horas necesarias para el cabal desempeño de sus funciones, por lo cual no habrá

² CSJ, 19 jul. 2006, rad. 24428

*lugar al reconocimiento de horas extras cuando sobrepasen el límite legal. Ello sin perjuicio de cumplir los horarios mínimos señalados por **EL EMPLEADOR.***”

Tiene plenos efectos jurídicos, por no afectar el mínimo de derechos y garantías del demandante, motivo más que suficiente para concluir que al ostentar tal calidad, la señora Nury Lorena Plata Castillo no tiene derecho al reconocimiento de trabajo suplementario.

Ahora, si la Sala entendiese con el dicho de la actora, que pese a tener la citada calidad, la empleadora se aprovechó de la condición pues le generaba “*una disponibilidad absoluta y atemporal*”, lo que daría lugar a que se transgredieran las normas previamente citadas y, por tanto, el pago del trabajo suplementario implorado tampoco sería suficiente para arribar a conclusión distinta. Ello, en atención a que las pruebas adosadas al plenario a efectos de acreditar el trabajo en horas extras adolecen de la precisión requerida, pues más allá de la discusión en torno a si ejerció no un cargo de dirección, de confianza o de manejo, imponía como tal demostrar el trabajo suplementario que efectivamente laboró la demandante, por fuera de la jornada máxima ordinaria.

Nótese que únicamente se aportó como prueba lo contenido en correos electrónicos incorporados a folios 29 a 44 y la declaración de las señoras Lina Maritza Suarez Córdoba y Gloria Amparo Colmenares, lo cual nada prueba con certeza el número de horas exactas y sobre las se aplicaría el pretendido recargo, pues, si bien en el citado documental se evidencia que fueron enviados a distintas horas posteriores a la jornada laboral, además, las citadas deponentes indicaron que la veían en las instalaciones de la Corporación después de terminada la jornada laboral, lo cierto es, que también la demandante en interrogatorio practicado aseguró que su dirección electrónica siempre la utilizaba en las instalaciones de la empresa, ya que se quedaba para adelantar trabajo, aunado a que las testigos, no explicaron a qué hora y día exactamente ingresaba a trabajar y a qué hora terminaba su labor, cuestión determinante para establecer cuantas horas diurnas y cuentas nocturnas prestaba el servicio para efectos de liquidar no sólo los pertinentes recargos sino para conocer el total de extras servidas en cada jornada.

De lo anterior, surge evidente la improcedencia del reconocimiento de trabajo suplementario peticionado por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud, máxime cuando no evidencia confesión del representante legal de la demandada sobre este aspecto, ya que, aunque señaló en su declaración de parte que dadas las circunstancias de la actividad laboral en oportunidades implicaba quedarse con posterioridad a su jornada laboral, no obstante, también aseguró que ello era debido a su calidad de trabajadora de confianza, situación que como se vio quedó plenamente acreditada.

En esa medida, la decisión a tomar por esta Sala ha de ser confirmatoria.

Reajustes salariales

En lo atinente al reajuste salarial peticionado, correrá la misma suerte de la pretensión anterior, en tanto que bien es sabido que de conformidad con el artículo 148 del CST, en tratándose de trabajadores del sector privado, los incrementos salariales son aplicables en forma obligatoria cuando se trate de remuneraciones que sean en cuantía de salario mínimo.

En ese sentido, los empleadores no estarán obligados a efectuar incrementos con base en el IPC, a menos que se tratara de trabajadores que devengaran el salario mínimo, que no es el caso, pues la promotora del proceso devengó un salario de \$4.097.000 al momento de terminar su vínculo laboral. En todo caso, tampoco existe preceptiva alguna o pacto entre

las partes que establezca la obligación para el dador del laborío reajustar el salario a la actora en los términos solicitados en el escrito primigenio, pues, sobre tal aspecto no se adoso ningún medio de prueba.

Sobre el tema objeto de análisis, es pertinente traer a colación la sentencia SL4701-2020, en la que la Sala de Casación Laboral de la CSJ, explicó:

"En lo relacionado con los reajustes salariales anualizados, vale decir por la Sala que el demandante no demostró un instrumento legal o extralegal que ordenara su realización (CSJ SL4392-2019), al tiempo que resulta improcedente dar aplicación a la normativa que es aplicable con exclusividad a los empleados públicos.

Así mismo, para el caso de los trabajadores del sector privado y los trabajadores oficiales, los incrementos salariales de origen legal son inaplicables de forma obligatoria salvo que se trate de la actualización de remuneraciones que tengan una cuantía de salario mínimo; luego, si la remuneración del interesado superaba aquel valor, no es obligatorio su incremento."

En ese orden de ideas, al no existir fundamento normativo o instrumento extralegal diferente al ordenamiento jurídico vigente, en el que ordene el reajuste salarial como consecuencia del aumento del índice de precios al consumidor o conforme a los parámetros del Gobierno Nacional para el incremento de salario mínimo, se confirmará la decisión de primer grado, en cuanto negó los reajustes reclamados.

Reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria

Teniendo en cuenta que no salieron a flote las pretensiones de reajuste salarial y trabajo suplementario, las peticiones de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones e indemnización moratoria seguirán su misma suerte, como quiera que aquellas están edificadas sobre la prosperidad y reconocimiento de las primeras.

Indemnización por despido sin justa causa

En lo que respecta al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.ST., aduce la accionante que la encartada *"no se le informó a la demandante cual fue el día en que no cumplió de forma cabal con su jornada laboral, por lo cual el despido se torna en injusto."* (folio 9)

Frente a esta petición, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto. Precisamente, en sentencia SL180-2018, se reiteró:

"Debe recordarse que, en asuntos como el presente, corresponde al empleador, quien decide finalizar el vínculo de trabajo de manera unilateral invocando justas causas para ello, allegar las pruebas que den cuenta certera de la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de tal determinación. Esto, si pretende exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, una vez demostrado el hecho del despido, tal como lo ha considerado esta Corporación de manera reiterada. En sentencia CSJ SL 13260-2016, se recordó cual es la carga de la prueba que le compete a cada una de las partes, cuando se discute la procedencia de la mencionada indemnización, al precisar lo siguiente:

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha establecido que a la luz del artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba referente al despido le corresponde al trabajador, pues sobre él gravita el deber de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a este, si es que anhela el éxito de su excepción, le incumbe justificarlo o, de lo contrario, habrá de responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral.

En igual sentido se pronunció la Corte en sentencias CSJ SL5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014.”

Resaltando que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del C.S.T., se ha indicado que la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda alegar causales o motivos distintos, en tanto que, “... *no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo*” (Corte Constitucional, sentencia C-594-97.)

Siendo ello así, a folio 28 del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo a la actora emitida por la encartada, donde se expone que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en el artículo 62, literal A, numeral 6º, artículo 58 numerales 1, artículo 60 numeral 4 del del CST, en concordancia con el Reglamento Interno de Trabajo, artículo 71, literales d, e, i, y artículo 74, “*parágrafo de adicionales por área literal d*”. Decisión que obedeció a que la gestora del litigio faltó a su trabajo sin justa causa y sin permiso del empleador, “*por lo que no cumplió de forma cabal con su jornada.*”

Como se observa la demandada comunicó a su trabajadora los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se fundamentaron en la citación y descargos realizados por la empleadora, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle a su trabajador las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa; para ello, es decir, con el fin de establecer si los hechos invocados ocurrieron, se examinará las pruebas aportadas al plenario:

A folio 22 a 23 del expediente obra citación a rendir descargos del 3 de enero del 2017, a fin de oír sus explicaciones frente a la posible responsabilidad disciplinaria en la ausencia a su lugar de trabajo el 2 de enero del 2017.

Con tal propósito, a folio 24 del expediente la accionante aportó al plenario el acta de descargos rendido, donde le fue indagado respecto de los hechos que con posterioridad motivaron su despido. Al ser interrogada sobre cuál fue el origen que la llevó a ausentarse, señaló que el viernes pasado hicieron cierre de mes y por la cantidad de trabajo que tenía y, la falta de personal debía dejar lista la radicación del lunes siguiente, realizando el proceso de sanitas hospitalario, organizando el trabajo el fin de semana, asignando tareas por correo electrónico y terminado hasta la una de la mañana; agregó que el domingo ingresó al sistema para realizar el trabajo, “*tuve el error de no comentarle a Rocío, no pensé que me demorara eso y en vista de que se fueron al medio día yo decidí tomarlo el lunes y me concentre en dejar el trabajo listo. Suelo salir en altas horas de la noche o de la madrugada.*”; posteriormente reiteró el yerro por no haber anunciado a “Rocío” su ausencia, insistiendo que “*No lo hice de faltar por faltar si no compense el tiempo con otro. Yo estoy acá como personal de confianza esas horas más no me las reconocen. Yo no deje mi trabajo colgado*”.

Al plenario se allegaron además las declaraciones de los señores Rocío Gómez Benavides (directora Operativa) y Willman Carrillo Riaño (Jefe de Facturación actual), testigos de la parte demandada. La primera de las citadas indicó que era el jefe inmediato de la actora y que para el 2 de enero del 2017 se encontraba en vacaciones y, por tanto, quien se encargada de sus actividades en su momento fue el jefe de referencia y contrarreferencia Diego Fernando Montenegro, situación conocía por todos los empleados. Agregó que, hallándose disfrutando de sus vacaciones, el señor Diego Fernando se comunicó con el fin de preguntar sobre la existencia de permiso de la señora Nury Lorena, a lo que contestó que no. Posteriormente, la demandante también se comunicó con el fin de indicar la ausencia, a lo que le respondió que debía haber informado de tal situación o tener una excusa. Refirió que la primera semana del mes de enero es crítica para la Corporación, en tanto que tienen plazo hasta el día 10 de radicar todas las cuentas que por algún motivo se han dejado de presentar durante todo el año. Sin embargo, al regresar de sus vacaciones no encontró ningún problema de facturación.

Por su parte, el señor Willman Carrillo Riaño señaló que para aquella época ostentaba el cargo de auxiliar contable y en razón a ello, la señora Lorena Plata no informó que se iba ausentar para el 2 de enero del 2017; que actualmente como jefe de Facturación debe pedir permiso a su superior inmediato Rocío Gómez. Agregó que para la citada calenda se encontraban sacando el rezago del año anterior, para ser presentado ante las EPS, en tanto que estaban atrasados. Aclaró que el traumatismo que generó fue que quedaron pendientes de cierre algunas facturaciones.

También se escuchó en el diligenciamiento a las señoras Lina Maritza Suarez Córdoba (Analista de Facturación) y Gloria Amparo Colmenares Posada (Auxiliar de Facturación), quienes al unisonó informaron que como jefe de Facturación fue despedida en tanto que no fue a laborar el 2 de enero del 2017. Las situaciones anteriores, son contestes con lo que emana de la declaración de parte surtida a la trabajadora, toda vez que esta señaló que no asistió a su lugar de trabajo, por considerar que tenía derecho a su descanso el lunes, ya que trabajó el fin de semana, sin embargo, dejó claro que no solicitó permiso.

De conformidad con el caudal probatorio, la Sala concluye que quedó suficientemente demostrado que se presentaron los hechos indicados en la carta de terminación del contrato de trabajo, dado que se acreditó que la conducta que se le imputó al demandante con el objeto de fenecer el vínculo laboral con justa causa, fue la ausencia injustificada para el día 2 de enero del 2017 a prestar el servicio, en tanto que tampoco solicitó permiso a sus superiores inmediatos, situación de la que fue consciente la demandante desde el mismo momento de la diligencia de descargos, lo cual, fue corroborado no solo por la misma al surtir el interrogatorio de parte, sino, además por los testigos traídos en conjunto por las partes.

Lo anterior refleja sin equívocos que la aquí actora aceptó que su conducta se enmarco dentro de una falta a sus obligaciones, además, que tuvo responsabilidad en la comisión de la conducta, en tanto que no estaba autorizada para ausentarse por parte de su jefe inmediato, tampoco le dio aviso oportuno, ni siguió las pautas para tal fin. Y si bien justificó dicha ausencia a su lugar de trabajo, en tanto que el fin de semana adelantó trabajo, lo que llevó a que considerara su descanso el lunes siguiente, dicha circunstancia quedó en una simple suposición, lo cual, por demás conviene no olvidar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella, por manera que mal podría afirmarse que lo dicho por esta declarante sea suficiente para justificar plenamente su ausencia a su trabajo.

En esa medida, la conducta endilgada a la trabajadora hoy demandante por parte de Corporación Salud UN – Hospital Universitario Nacional de Colombia en la carta de terminación del contrato de trabajo, con fundamento en el Lit. a), núm. 6 del art. 7° del Decreto 2351 de 1965, que modificó el artículo 62 del CST, en concordancia con los núm. 1° del artículo 58 de esa norma sustantiva, está plenamente probada, por lo que es factible concluir, sin atisbo de duda alguna, que aquella fue despedida con justa causa.

Así las cosas, y estando plenamente acreditado que la demandante, en su calidad de Jefe de Facturación, se ausentó sin justificación alguna, comportamiento que constituye una falta a las obligaciones que se comprometió a cumplir en el ejercicio de su cargo, lo cual también lo aceptó en la diligencia de descargos y permitió al empleador que hiciera uso de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 58 del CST, que exigen a la trabajadora de manera personal en los términos estipulados, acatar las órdenes e instrucciones que le sean impartidas.

Por lo expuesto se sigue confirmar en su integridad la decisión de primer grado, pues, como se vio en ningún dislate incurrió. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 29 de enero del 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

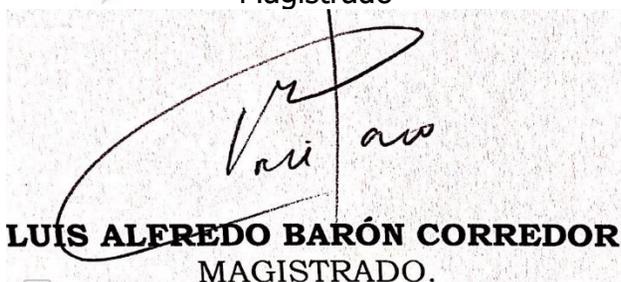
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ORLANDO NEUSA FORERO
Demandado: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS
Radicación: 04-2018-00014-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA – CONTRATO DE TRABAJO – CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda.

1.1. Pretensiones: Orlando Neusa Forero, instauró demanda ordinaria contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la Compañía de Inversiones de la Flota mercante SA, desde el 9 de junio de 1979 al 20 de diciembre de 2012 y que la terminación del proceso fue ineficaz por no cumplirse el procedimiento de despido establecido en la convención colectiva y legislación laboral.

En consecuencia de dichas pretensiones de orden declarativo, solicitó se condene a las demandadas a pagar al actor la plenitud de los valores ordenados en la sentencia proferida No. 168 del 9 de noviembre de 1999 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 22 de junio de 2001 y no casada por sentencia del 23 de mayo de 2002, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, solicitó el pago de lo ordenado en la sentencia del 16 de octubre de 2009 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá; a pagar en forma indexada el valor final de las prestaciones sociales en la que incluya todos los conceptos salariales devengados en vigencia de la relación; indemnización legal por haber sido despedido sin justa causa; sanción moratoria por falta de pago de las prestaciones sociales y conceptos salariales, de conformidad con el artículo 65 del CST; indemnización como consecuencia de los perjuicios morales y materiales padecidos por las actuaciones de la demandadas, causadas desde el 20 de diciembre del 2012 hasta la fecha de presentación de la

demanda, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, las que estimó en la suma de \$100.000.000; indemnización de 180 días de salario, por la terminación de su contrato de trabajo en razón de la enfermedad e incapacidad en la que se encontraba; intereses moratorios; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como pretensión subsidiaria solicitó:

- A la pretensión tercera solicitó se condene por efectos de la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA EN CALIDAD DE ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota mercante S.A. a pagar en su favor lo ordenado en la sentencia proferida No. 168 del 9 de noviembre de 1999 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.
- A la pretensión tercera y decimotercera solicitó se condene por efectos de la responsabilidad de LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a pagar en su favor lo ordenado en la sentencia proferida No. 168 del 9 de noviembre de 1999 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.
- A la cuarta solicitó se condene por efectos de la responsabilidad subsidiaria a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA EN CALIDAD DE ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota mercante S.A. cerrada a pagar a su favor lo ordenado en la sentencia del 16 de octubre de 2009 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.
- A la cuarta y decimoquinta solicitó se condene por efectos de la responsabilidad a LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a pagar en su favor lo ordenado en la sentencia del 16 de octubre de 2009 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.
- A la quinta se condene por efectos de la responsabilidad subsidiaria a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA EN CALIDAD DE ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota mercante S.A. a pagar en forma indexada el valor final de las prestaciones sociales en la que incluya todos los conceptos salariales devengados en vigencia de la relación, así como al pago de las demás pretensiones principales de orden condenatorio.
- A la quinta se condene por efectos de la responsabilidad subsidiaria a LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a pagar en forma indexada el valor final de las prestaciones sociales en la que incluya todos los conceptos salariales devengados en vigencia de la relación, así como al pago de las demás pretensiones principales de orden condenatorio.
- A la décima se condene a las demandadas a pagar todas las sumas debidamente indexadas.

1.2. Sustento fáctico de las pretensiones.

Luego de indicar lo que fue de la situación jurídica de la Flota Mercante, así como su liquidación y terminación, señaló que el demandante laboró para la Flota Mercante

Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota mercante S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido desde 9 de junio de 1979 hasta el 20 de diciembre de 2012.

Adujo que dentro de la Compañía funciona la organización sindical UNIMAR, la cual actualmente tiene vigente la personería jurídica, por lo que entre esta y el sindicato se firmaron convenciones colectivas de trabajo y se profirieron laudos arbitrales, entre eso, el pacto que se celebró el 13 de agosto de 1965, mismo que se firmó en New York y se denominó "PACTO DE NEW YORK"; asimismo, que se celebraron las convenciones colectivas de trabajo de fecha 1 de enero de 1993 y del 1 de enero de 1996 al 31 de diciembre de 1998, de las cuales adujo ser beneficiario por encontrarse a paz y salvo con el tesoro sindical. Señaló que el contrato fue suspendido por su empleador el 24 de septiembre de 1997, sin embargo, fue reestablecido en la sentencia proferida No. 168 del 9 de noviembre de 1999 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conformidad por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 22 de junio de 2001 y no casada por sentencia del 23 de mayo de 2002, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Agregó que ante el citado juzgado elevó proceso ejecutivo, mediante el cual libró mandamiento ejecutivo, sin embargo, la sentencia no fue pagada como gastos de administración, por lo que tuvo que presentar acción de tutela, misma mediante el cual tuteló el derecho, por lo que en el incidente de desacato se indicó que en el proceso liquidatorio se pagaría la sentencia y debido a ello hubo un pago parcial en cumplimiento de la orden de tutela. Sostuvo que el liquidador terminó el contrato de trabajo el 30 de junio del 2008, sin embargo, mediante sentencia del 16 de octubre de 2009, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, ordenó en proceso de fuero sindical el reintegro y pago de salarios y prestaciones sociales. No obstante, en el juzgado de origen no existe ningún valor para el pago del proceso ejecutivo, mismo en el que ya se libró mandamiento ejecutivo de pago.

Refirió que posteriormente el Liquidador de la Compañía terminó la relación laboral con más de 34 años de servicio, ordenando el cierre de la empresa con un trabajador activo, sin embargo, no se le canceló la indemnización por despido sin justa causa. Además, significó que el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales se han generado multiplicidad de perjuicios morales y materiales. Afirmó que le adeudan los salarios desde el 23 de septiembre de 1997 al 20 de diciembre de 2012, excepto lo pagado para el periodo agosto de 2000 hasta septiembre de 2002, lo cual asciende a la suma de US 227.710; que por el mismo lapso: prima de antigüedad, primas legales y extralegales; intereses a las cesantías y su sanción; cesantías US 115.409; vacaciones y su prima, viáticos, aporte a Foregan, indemnización por despido sin justa causa.

Por último, señaló que el momento del despido tenía la siguiente composición salarial:

- Salario básico mensual de US 1.809,64 dólares americanos.
- Prima de antigüedad del 39% correspondientes a US 705.75 dólares americanos.
- Viáticos \$2.754.910 suma que el 75% tenía incidencia salarial.
- Incidencia salarial y prestacional de las primas extralegales del 8.33% en un valor de US 307.53 dólares americanos.

Además, que el actor desde el año 2000 había sufrido tres preinfartos con implantación de stents, hecho que no tuvo en cuenta la demandada al momento del despido. (Cuad. 1, fs.

3 a 17 y cuad. 3, 882 a 896)

2. Contestación de la demanda.

2.1. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, además, en lo atinente a los supuestos fáctico no le constó ninguno de esos hechos al considerar que en los términos indicados por el juez de concurso y en base a la sentencia SU 1023 de la Corte Constitucional, es la Federación Nacional de Cafeteros la que debe suministrar los recursos para el pago de las obligaciones, específicamente indicadas en el contrato de fiducia mercantil 3-1-0138. Propuso como excepciones de fondo las de prejudicialidad de la acción invocada, decisiones pendientes por resolver, cosa juzgada, cosa juzgada frente a la responsabilidad del patrimonio autónomo, de la responsabilidad de la matriz, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación y genérica. (Cuad.3 fls. 900 a 917, Cuad. 4, fol. 1385).

2.2. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos 1.4 a 1.7, 1.9 a 1.12, 1.19, 1.34 a 1.36, 1.38, 1.39 y 1.13 según enumeración de la demanda y respecto de los restantes manifestó no constarle. En relación con los hechos que fueron agregados en la reforma del escrito introductor por el actor, se tuvo por no contestados en el auto del 23 de agosto del 2018. En su defensa expuso que de conformidad con la Ley 100 de 1993 no actúa como administradora de pensiones, ni participó en el proceso de liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante que adelanta la Superintendencia de Sociedades; como tampoco fue accionista ni ejerció control sobre la esta, la cual es una persona jurídica que no tiene carácter de entidad descentralizada, por lo que no puede responder por las pensiones de dicha Compañía. Indicó que quien debe asumir la responsabilidad es la Matriz, es decir, el Fondo Nacional de Café a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros. Propuso como excepciones de fondo las de indebida vinculación del Ministerio, inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

(Cuad.3 fls. 967 a 978).

2.3. Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que actúa como mandataria desde el año 2014 y dentro de sus obligaciones que surgen del contrato de mandato No. 9264-001-2014, no tiene la facultad de ejercer representación legal de una entidad liquidada, por lo tanto, no fue empleador del demandante, ni ostenta la calidad de sucesor procesal, ni subrogatoria de la extinta CIFM SA. En igual sentido, adujo que no esta consagrada dentro de sus obligaciones contractuales, la de administrar los recursos, función que está radicada en la fiduciaria La Previsora SA, vocera y administradora del mencionado patrimonio autónomo. En relación con los hechos, señaló ser ciertos el 1.11., 1.30, 2.69, y los restantes manifestó no constarles o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo a las que denominó inexistencia de la mandataria durante la vigencia del contrato de trabajo aducido, mandataria con representación tiene y actúa únicamente con cargo a PANFLOTA, inexistencia de la obligación patrimonial, compensación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica. (Cuad.3 fls. 997 a 1019, Cuad. 4, fols. 1386 a 1408).

2.4. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Se opuso a la totalidad de pretensiones tanto declarativas como condenatorias principales y subsidiarias; aceptó los hechos 1.1. al 1.12., 1.19., 1.28, 1.45, 2.16, 1.7 según enumeración de la demanda y negó los demás. Respecto de los hechos que fuero agregados en la reforma del escrito introductor por el actor, se tuvo por no contestados en el auto del 23 de agosto del 2018. En su defensa

expuso que el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, no presume la responsabilidad subsidiaria que se pretende endilgar, por cuanto el objeto de la presunción es la causa que dio lugar a la situación de concurso; además, no fue la causante de la situación de insolvencia de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, como ninguna de las decisiones adoptadas por la Federación fueron tomadas con el ánimo de beneficiar, ni tampoco de perjudicar a la Compañía, puesto que todas las decisiones estaban orientadas a aliviar la situación económica en que estaba incurso la Compañía generada por hechos externos a la empresa. Por último, señaló que el accionante nunca estuvo vinculado a la Federación. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa y límite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz con relación a su subordinada que entra en insolvencia. (Cuad.3 fls. 1033 a 1063).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de marzo del 2019, misma en que la falladora declaró que entre el actor y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante existió un contrato de trabajo el cual tuvo como inició el 9 de junio de 1979 y finalizó el 20 de diciembre de 2012, el cual terminó sin justa causa por la demandada. Así, condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café a reconocer y pagar al demandante prima de antigüedad, primas legales y extralegales de servicio, cesantías, intereses a la cesantía y su mora, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, la suma diaria de \$18.890 desde el 21 de diciembre de 2012 y hasta cuando el pago de las condenas se verifique; indexación de las vacaciones. Por último, dispuso condenó en costas a la citada Federación.

Para arribar a tal decisiva y en lo que interesa a los recursos de apelación formulados por las partes, señaló en primer lugar que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal es una persona jurídica de derecho privado constituida desde sus orígenes como sociedad anónima, por lo que el aquí demandante ostenta la calidad de trabajador particular. Refirió que sobre la existencia de la relación laboral entre las partes ya había sido objeto de decisión por parte del Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta ciudad, mismo que estableció que entre el actor y la citada Compañía existió contrato de trabajo cuyo inicio correspondió al 9 de junio de 1979, por lo que habría lugar sobre tal aspecto a la declaratorias parcial de la excepción de cosa juzgada. Respecto a la fecha de finalización adujo lo sería el 20 de diciembre del 2012, en tanto que el liquidador de la Flora Mercante terminaba su vinculación laboral.

Sentado lo anterior, apuntó al estudio de la excepción de prescripción, para significar que la parte actora formuló reclamación el 9 de noviembre de 2015 ante la Federación codemandada, por lo que encontró prescritos los derechos laborales causados con anterioridad al 9 de noviembre del año 2012, a excepción del auxilio de cesantía y vacaciones, pues estas deben ser contada a partir de su causación. En esa medida, en lo que refiere a los factores salariales indicados en la demanda, así, como el salario para efectos de liquidar las prestaciones sociales, sostuvo que le correspondía al demandante acreditar el monto de este al aducir que fue superior al mínimo, sin que para ello le sea dable hacer suposiciones frente a este valor. Bajo dicho argumentó no encontró prueba alguna de los salarios básicos devengados por el demandante al año 2012, por lo que debían tomarse como salario básico el mínimo mensual legal vigente para esa anualidad. Acotó que el actor allegó un peritaje en el que se indica incremento del salario de acuerdo con la variación porcentual del IPC en dólares, sin embargo, no halló soporte que demuestre que por parte de la empresa se tenía dispuesto que el salario aumentará de esa manera año a año.

Referente al despido sin justa causa dijo que el accionante cumplió con la carga que le correspondía y probó el hecho del despido conforme a la carta calendada del 20 de diciembre del 2012, sin embargo, tal suerte no la corrió la demandada en tanto que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha manifestado que la extinción jurídica de la empresa es una causa legal, más no justa para dar por terminado el contrato, como lo indicó recientemente en sentencia SL5077 del 2018. Por lo anterior halló que el despido del actor devino en injusto, razón por la que condenó al pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST. En lo que atañe a los perjuicios morales y materiales señaló que no hay lugar a su reconocimiento por cuanto no aparecen acreditados dentro del proceso siendo esta una carga procesal del demandante. Mientras que sobre la indemnización moratoria indicó que para determinar si hubo buena o mala fe en la actuación del empleador para no satisfacer las obligaciones económicas que tiene con su trabajador, por lo que al no avizorar elementos de juicio para exonerar por este concepto despachó la condena favorablemente. Limitando que como quiera que las vacaciones no se encuentran cubiertas por la moratoria este último concepto debe ser indexado.

Sobre la indemnización de 180 días de salario no observó prueba que demuestre que el demandante se encontraba en un estado de discapacidad al momento del despido o que se encontrara incapacitado para dicha fecha, o a lo sumo que el empleador tuviera conocimiento de las patologías que dice ostenta, como tampoco acreditó la calificación por alguna entidad de Seguridad Social en Salud. De esa forma, estableció que no estaba amparado por la figura de la estabilidad laboral reforzada lo que conlleva a absolver de la pretensión.

Ahora, frente a las solicitudes de pago de los valores ordenados en las sentencias proferidas por la jurisdicción laboral, aseveró que no accedía ya que para solicitar el pago de dichas condenas debía acudir al proceso ejecutivo a fin de hacer efectivas las mismas. Finalmente, adujo que de conformidad con la Ley 222 de 1995 al encontrar demostrada la condición de subordinada de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante respecto de la Federación Nacional de Cafeteros y esta no demostró que su liquidación fue por razones no entregables, tales como fuerza mayor, caso fortuito o que el Estado le retiró la protección fiscal o Mercantil o la supresión de la de la reserva de carga, debía asumir las condenas impuestas. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 1480).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación respecto de los conceptos prestacionales y salariales que deben ser liquidados de conformidad al verdadero salario devengado por el trabajador. Así mismo, en cuanto a que absolvió a la demandada al reconocimiento y pago de las acreencias laborales derivadas de la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá y la responsabilidad subsidiaria como matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiano. Adujo que, en lo atinente al salario en el contrato de trabajo, la convención colectiva, así como el dictamen pericial y la prueba trasladada debidamente aportada está definido claramente el emolumento que devengaba el trabajador, como el salario básico, prima de antigüedad y viáticos, por lo que para el año 2012 estaba devengando la suma de US1809 dólares.

De otro lado refirió que el A quo no tuvo en cuenta las condenas ordenadas en los procesos que el demandante presentó y que culminaron con sentencia a su favor, por lo que debió ordenar a la Federación su pago de acuerdo con la responsabilidad que tiene la matriz y controlante de Flota Mercante. Agregó sobre el fenómeno de la prescripción

que, si bien existen normas del derecho sustantivo y procesal que establece que los derechos laborales prescriben en 3 años, también es importante no solamente la interrupción de la prescripción, sino, la vigencia respecto en los procesos, por lo tanto, no puede afectar las acreencias y derechos laborales que estaban ya reconocidos porque nacieron a la vida jurídica.

A su turno, pretendió que se revoque la absolución en cuanto al no pago por la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1996, ya que la Corte Constitucional señala que protege a quienes están en debilidad manifiesta, como es su caso en razón a que ha sufrido varios infartos y precisamente para la época de su despido. Destacó que, en cuanto a la absolución de los perjuicios morales y materiales, el trabajador enfermo y en situación de debilidad manifiesta, no solamente deviene un problema moral, sino, la cesación en la prestación del servicio trae como consecuencias una aflicción, además, de los perjuicios materiales por las sentencias que no le pagaron.

(Cuad. 4 fls. Cd. fol. 1480).

4.2. Recurso de apelación Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Refirió en su alzada que la juzgadora de primer grado yerra sobre la responsabilidad que resulta completamente extraña a la jurisdicción ordinaria, en tanto que la presunción legal no opera respecto de todos los requisitos establecidos en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

Sostuvo que las circunstancias que llevaron a la situación de infortunio de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante y, por ende, al concurso, resultan completamente exógenas no solo a la Federación, sino, a cualquier administrador accionista, máxime cuando la Flota Mercante no tenía desde el año de 1959 réditos o utilidades de su negocio marítimo. Agregó que el concepto de la parafiscalidad cafetera no permite entender que el Fondo Nacional del Café es una cuenta especial de naturaleza parafiscal y cuya titularidad corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, recursos que gozan de una destinación específica y que se encuentran vedados a la destinación de los recursos para efectos de situaciones de índole laboral o pensional.

Por otra parte, manifestó que respecto a la declaración parcial de las excepciones de cosa juzgada y prescripción debe ser total o absoluta, pues muchas de las suplicas de la demanda se encuentran contenidas ya en acciones previamente iniciadas y concluidas y, que se hallan en la fase de proceso ejecutivo, escenario idóneo para la reclamación de estas. Afirmó que medio un estado de liquidez absoluto por parte de la Compañía que la llevó a cerrar su existencia jurídica con una rendición de cuentas finales en cero. Así, existiendo una imposibilidad insuperable que afectó sustancialmente los pagos de acreencias laborales. Respecto a la declaratoria del despido injustificado indicó que la modalidad de terminación del contrato fue la contemplada en el artículo 61 del CST y, por tanto, no es dable atribuir a la modalidad la connotación de despido injusto. En lo atinente a la indemnización moratoria esgrimió que no procede de manera automática e irrestricta, por lo que se entiende justificada la falta de pago ante la inexistencia de mala fe, pues, no era empleadora y su responsabilidad no es principal, sino que es subsidiaria.

Referente a la indexación sobre el descanso remunerado las prestaciones pactadas entre la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante y sus trabajadores fueron pactadas en dólar americano, por lo que, al realizar la conversión en virtud de la tasa representativa del mercado, se entiende superada la necesidad de corregir la pérdida de poder adquisitivo de la moneda y por consiguiente no resulta procedente. Por último, señaló que la presente demanda adolece de una serie de efectos probatorios los cuáles

han de llevar a que sean confirmadas la absolución de perjuicios Morales y materiales.

(Cuad. 4 Cd. fol. 1480).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito refirió que las demandas que incoó en contra de la encartada con posterioridad a la promoción del juicio ejecutivo, luego en la actualidad no existe la posibilidad de incluirlas como ejecutadas a ninguna de las hoy demandadas y en ese sentido si es la oportunidad procesal para que se dirima la responsabilidad de la matriz y controlante y como consecuencia se declare que debe pagar las sentencias judiciales.

Por otro lado, indicó que en la convención colectiva de 1993 con su respectivo sello de depósito se recopiló todos los derechos consagrados en los laudos arbitrales y convencionales colectivas y esta discriminado todos los factores salariales que componen el salario. Agregó que las prestaciones al actor no se le han pagado y revisado el plenario al 1 de enero del 91 tenía más de 10 años en la compañía, por ello es beneficiario del párrafo transitorio del artículo 6, que modificó el artículo 64 del CST.

Sostuvo que en el expediente están algunos de los créditos bancarios otorgados donde se demuestra las maniobras financieras, ya que la empresa desde 2002 no le ha pagado sus salarios ni prestaciones sociales y en el proceso liquidatorio tampoco, luego si hay la prueba de los perjuicios materiales como los intereses que ha pagado por los préstamos. Por último, acotó que fue despedido estando enfermo, dados a sus 6 infartos y la intervención coronaria y colocación de 6 stent.

5.2. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Solicitó ratificar la absolución de la cartera ministerial teniendo en cuenta que está facultado exclusivamente para ejercer funciones asignadas expresamente por la Ley, tal como lo define el artículo 5º de la Ley 489 de 1998, dentro de las cuales no está la de reconocer u otorgar pensiones, dado que no funge como administradora o fondo de pensiones.

5.3. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. En su escrito refirió que el problema jurídico planteado debió ser abordado bajo la consideración de la pauta doctrinaria emanada de una autoridad de la más alta calidad, proferida como consecuencia de un ejercicio de solida argumentación, en donde justamente se analizó la controversia que ahora se somete al escenario jurisdiccional.

Manifestó que para establecer la presencia de la figura de responsabilidad corresponde realizar un análisis mucho más estricto que el efectuado en la sentencia que se controvierte por vía de apelación (más allá de que nos encontremos ante una figura extraña a las materia de conocimiento de la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social) ya que la responsabilidad subsidiaria entraña un alto valor de moralidad al impedir que quien es el beneficiario último y real de las operaciones de un ente societario en estado de insolvencia se aproveche de sus propias maniobras como controlante societario cuando éstas se encaminan a impedir que los acreedores de la sociedad controlada perciban sus créditos.

Concluyó que en el acervo demostrativo reunido a lo largo de este trámite, contrario a lo mencionado por la Juez 4 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., no deja duda en cuanto a que el colapso de la CIFM no fue obra de acciones deliberadas de sus accionistas, sino resultado de un conjunto de causas que hicieron económicamente inviable su operación

en el escenario del comercio mundial y del colombiano, el cual se vio profundamente alterado por los fenómenos de la globalización y la liberalización a partir de 1990.

De otro lado sostuvo que el fallador de primer grado erró en el entendimiento de la cosa juzgada y procedió a la declaración parcial de dicho medio exceptivo, desatendiendo que el mismo afecta plenamente a la suplicas perseguidas por el extremo promotor de esta acción. Señaló que resulta complejo desconocer que en profusa jurisprudencia el órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha reconocido que la supresión y liquidación de una entidad, si bien constituye un motivo legal de extinción del vínculo laboral, no representa una justa causa de despido; sin embargo, deviene en prudente fijarse en que ese criterio ha sido proferido y aplicado en un alto porcentaje de casos que aluden a controversias propias del derecho laboral individual de los servidores públicos y más concretamente de los trabajadores oficiales. Tal particularidad, abre la posibilidad de reevaluar el citado precedente como fundamento de la decisión de la emisión de la orden de pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, con sus consabidas modificaciones.

Precisó que un examen pormenorizado de las pruebas recaudadas permite advertir como suma claridad que respecto del ex empleador del demandante operan toda una serie de circunstancias que lo excusan de asumir cualquier indemnización de naturaleza sancionatoria como quiera que su proceder se encuentra perfectamente encajado dentro del campo de la buena fe.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- i) ¿El demandante probó que en vigencia de la relación laboral devengó un salario en los términos señalados en el escrito primigenio y no un salario mínimo legal mensual, como lo concluyó la a quo?
- ii) ¿Sobre las pretensiones debatidas en el presente juicio ya existe un pronunciamiento judicial debidamente ejecutoriado y, por ende, se configura el instituto jurídico de la cosa juzgada?
- iii) ¿Operó la excepción de prescripción de la acción sobre la totalidad de pretensiones debatidas en el presente asunto y no en forma parcial como lo coligió la Juez de primer grado?
- iv) ¿La causal aducida en la carta de terminación del vínculo laboral es una razón objetiva y, por ende, justificativa del rompimiento del nexo contractual, lo que amerita la improcedencia del pago de la indemnización del artículo 64 del CST?
- v) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al condenar a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., sin valorar que no fue empleadora del accionante, que su responsabilidad no es principal, sino subsidiaria, además, sin tener en cuenta la existencia de buena fe del empleador por encontrarse liquidada, lo que desvirtuaba la presunción de mala fe?

- vi) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al no condenar el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, por interpretación errónea del artículo 26 de la Ley 361 de 1997?
- vii) ¿Es procedente impartir condena a la aquí demandada a pagar a título de perjuicios materiales o extrapatrimoniales la suma de \$100.000.000 como consecuencia de la terminación del contrato laboral al actor?
- viii) ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, por las condenas impartidas en este asunto?
- ix) ¿Es dable condenar al pago de la indexación sobre el valor que se indicó como compensación de vacaciones no disfrutadas?

Contrato de trabajo

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, sobre la relación laboral y el hito inicial ya fue tema de discusión por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia del 9 de noviembre del 1999, misma en la que se señaló que las partes estuvieron atadas mediante un contrato de trabajo a término cuyo inició correspondió el 9 de junio de 1979. Referente al extremo final, los medios de convicción vertidos al proceso permiten colegir que el nexo contractual finiquitó el 20 de diciembre del 2012, de acuerdo con la comunicación adosada a folio 403 del Cuad. 2.

- **Salario.**

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone el demandante recurrente, debe recordarse que en términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En este orden, al pretender el demandante una sentencia acorde con lo deprecado tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. De ahí la necesidad específica del actor de probar los presupuestos de hecho que permitan sin lugar a duda determinar el salario que aduce devengo en vigencia de la relación laboral, no siendo suficiente afirmarlo, sino imperativo resulta su demostración, toda vez que aseverar no es probar.

Aclarado lo anterior y en lo que al fondo del asunto concierne, esta Sala evidencia que no existe ningún medio de prueba que permita con suficiente contundencia asegurar el salario percibido en vigencia del laborío, ni menos que a su finalización correspondiera a la suma de US\$3.999, 35 dólares, tal como se expuso en el libelo introductor. De hecho, las documentales a folios 751 a 757 del segundo cuaderno no tienen ningún signo indicativo de

que hayan sido expedidas por su empleador, máxime cuando las sumas allí señaladas se acompañan con en el dictamen pericial visto a folios 787 a 821 del segundo y tercer cuaderno, el cual, pese a que también se pretende hacer valer para tal fin, tampoco se puede colegir el salario devengado por el actor, ya que leído con sumo detenimiento, parte de un supuesto que no está previsto convencionalmente, ni legalmente, pues, cada año se aumenta con la variación porcentual del IPC en dólares. En este orden, la Sala descarta la aducida experticia, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, precisando que el mismo es un simple referente que no ata a ninguna decisión final.

Por manera que no erró la falladora primigenia, al considerar que en ausencia de prueba del salario devengado, debía tomarse el salario mínimo legal mensual vigente, lo anterior, por demás, en tanto que así lo dejó sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2676-2020:

"Siendo ello así, le asiste razón al colegiado al señalar que, ante la falta de prueba del salario devengado, debe ordenarse el pago de los aportes pensionales con base en el salario mínimo legal mensual vigente, solución que ha sido admitida precisamente cuando no se demuestra el monto de la remuneración pactada por las partes. La carga de la prueba, en este caso, le incumbía a la demandante, pues si pretendía el pago de acreencias laborales como los aportes a seguridad social en pensiones, a través del cálculo actuarial que ordenó pagar el Tribunal, era su deber aportar los elementos de juicio que permitieran establecer la base salarial para ello.

Por ende, ante la ausencia de prueba sobre el ingreso salarial de la demandante para las referidas anualidades, resulta correcto tomar como parámetro de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente, aún si para anualidades anteriores la accionante percibió sumas superiores."

De ahí que mal puede atribuirle un desatino a la A quo y, por ende, se sigue mantener la decisión que tomó al respecto.

- **Cosa Juzgada.**

De cara a la apelación propuesta por las partes en torno a la existencia o no de la cosa juzgada, cumple recordar que en términos del artículo 303 del C.G.P. *"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes"*. Sobre dicha institución, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia bajo el radicado N° 36910 de 7 de julio del 2005, señaló que *"la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicen de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias."*

Bajo este entendimiento, la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro. Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes, entendiéndose que no es la identidad de las personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto, que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa, que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

Descendiendo al caso objeto de estudio, de entrada, la Sala advierte ningún yerro a la falladora de primer grado, pues los recurrentes parten de un supuesto errado, al considerar de una parte, que la cosa juzgada debe declararse probada en su totalidad respecto de los hechos y derechos controvertidos a través del presente asunto, y, de otra, que no debe ser declarada ni siquiera de forma parcial, ya que lo que buscó fue el pago de las condenas impartidas por el Juzgado Diecinueve Laboral de esta ciudad mediante sentencia del 9 de noviembre de 1999, confirmada en segunda instancia y no casada por el órgano de cierre, además, por lo ordenado por este Tribunal mediante sentencia del 16 de octubre del 2019, virtud de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, que no fue declarada en las citadas providencias.

Se afirma lo anterior porque de cara a las citadas sentencias, si bien el actor y la Compañía de Inversiones de la Flota mercante S.A. ya fueron parte en dos procesos anteriores, en ellos se dispuso:

- El primero con radicado 0326/98, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 9 de noviembre de 1999, se condenó a la demandada a restituir al demandante todas las condiciones laborales bajo las cuales venía desarrollando su contrato de trabajo al momento de las suspensión del mismo, a partir del 24 de septiembre de 1997, con el pago de salarios dejados de percibir desde esa fecha junto con los aumentos legales y/o convencionales a que haya lugar, así como al pago de los viáticos. (Cuad. 2 fls. 581 a 585).
- El segundo con radicado 08-2008-00855-01, cuyo conocimiento correspondió en segunda instancia a este Tribunal, en sentencia del 16 de octubre del 2009, dispuso condenar a la encartada a reintegrar nuevamente al demandante al cargo que venía ocupando, con el subsiguiente pago, a título de indemnización, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, descartando las pretensiones de declaración de responsabilidad subsidiaria y solidaria frente a la matriz o controlante. (Cuad. 2 fls. 634 a 642).

De lo dicho se encuentra que no existe identidad de causa y objeto con respecto al diligenciamiento que es de conocimiento de esta Sala, pues, aunque en este último se persigue como pretensión primaria el cumplimiento de las ordenes que se señalaron en precedencia, también es cierto que se persiguen otros propósitos de orden declarativo y de condena que no fueron solicitados en aquellos asuntos, como es el pago de prestaciones sociales legales y extralegales; lo que de plano descarta la posibilidad de declarar la excepción de cosa juzgada de manera total.

Además, se precisa que el demandante pretende en este asunto la responsabilidad subsidiaria de la codemandada federación frente a las citadas sentencias, sin embargo, ello no impide la posibilidad de reclamar ejecutivamente las condenas en contra de ella, como lo coligió la A quo, sino, además, de acuerdo con el acervo probatorio, el actor ya hizo uso, al punto que mediante auto del 12 de marzo del 2008 el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá libró mandamiento ejecutivo en contra de la "*COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA representada legalmente por FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO SA Y/O FIDUAGRARIA SA y solidariamente en contra FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA (...)*", sobre el cual no se observa que haya sido revocado.

Ante tal panorama, no le queda otro camino que mantener la decisión intacta.

- **Excepción de prescripción.**

La excepción de prescripción parcial declarada por la A quo estuvo fincada en que la parte actora formuló reclamación el 9 de noviembre de 2015 ante la Federación y presentó la demanda el 19 de diciembre de 2017, lo que da lugar a la prescripción de los derechos laborales causados con anterioridad al 9 de noviembre del año 2012, a excepción del auxilio de cesantía que empieza a correr solo a partir de la finalización del vínculo laboral.

La Sala observa que para efecto de estudiar el fenómeno de la prescripción en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, debe partirse de la base de que la entidad accionada propuso dicha excepción en la contestación de la demanda obrante en los folios 1055 (Cuad. 3) y en tal virtud, es dable acudir al artículo 488 y 489 del CST, preceptivas que establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y señalan que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Bajo tal contexto, es claro que el demandante reclamó a la demandada las acreencias laborales que pretende el 9 de noviembre del 2015 (Cuad. 2 fls. 771 a 782), por tanto, la prescripción fue interrumpida a partir de dicha calenda. En ese sentido, y como quiera que la demanda se presentó 19 de diciembre de 2017, no transcurriendo el término trienal entre una y otra fecha, es dable deducir que la excepción de prescripción se surtió en relación con los intereses a las cesantías y su sanción, primas legales y extralegales de servicio y primas de antigüedad exigibles con anterioridad el **9 de noviembre del año 2012**. En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**, tal como lo concluyó la falladora de primera instancia, de ahí que no se la halle ningún reproche.

No obstante, en cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020), se debió declarar probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **9 de noviembre del año 2011** y en esa medida si bien hubo un desatino que daría lugar a modificar la condena respecto de este rubro, lo cierto es que citado pronunciamiento no fue objeto de reproche por la parte demandante, por lo que habrá de mantenerse incólume la decisión sobre este aspecto.

- **Indemnización por despido sin justa causa.**

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café demandada, argumentó en su apelación que no se dan las condiciones para que sea condenada a su pago, en tanto que hubo una causal objetiva que justifica la terminación.

Sobre tal semblante, en reiteradas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, existe para cada una de las partes la respectiva carga probatoria, razón por la cual ha sostenido que se debe partir del supuesto que la demostración del despido le corresponde a la parte actora y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le compete a la demandada, en términos del artículo 167 del C.G.P.

En ese sentido, se advierte que el demandante cumplió con la aducida carga, pues, así se desprende de la carta de terminación del contrato de trabajo adiada el 20 de diciembre del 2012, según la cual:

"Me permito informarle que con ocasión de la ejecutoria de los Autos No. 400-010928 del 28 de agosto de 2012, No. 400-016211 del 22 de noviembre de 2012 y No. 400-017782 del 18 de diciembre de 2012 expedidos por la Superintendencia de Sociedades, se ha extinguido la persona jurídica denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación Obligatoria.

Así las cosas como consecuencia de la culminación del proceso liquidatorio y la terminación de la existencia jurídica de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación Obligatoria, debemos informarle que a partir de la fecha se entiende termina su vinculación laboral (...)"

De esta manera, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria y de otra, que el dador del laborío cumplió con el deber de comunicarle a su trabajadora las causas y motivos de su decisión, surge para Sala estudiar si la pasiva acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa.

En tal virtud, y como quiera que dicha circunstancia no fue probada, ya que, contrario a lo afirmado por la censura cuando dice que el demandante no fue despedido en forma unilateral e injusta dado que su desvinculación estuvo fundada en la terminación del contrato de trabajo con apego al artículo 61, literal e) del CST; lo cierto es que la citada preceptiva, aunque autoriza el finiquito de la relación laboral por virtud de la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, no significa que esa situación constituya una justa causa, por tanto, deviene en un despido injusto, tal como de forma reiterativa y pacífica ha advertido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en la sentencia SL1394-2021.

Por lo expuesto, queda incólume la conclusión de la falladora de primer grado consistente en que el contrato finalizó el 20 de diciembre del 2012, con ocasión de un despido injusto, del que se deriva la condena de la indemnización por terminación sin justa causa.

- **Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.**

Para resolver la inconformidad planteada por la parte demandada en su apelación, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Dada a la a la naturaleza eminentemente sancionatoria de la norma en cuestión, la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que su aplicación no puede ser automática, debiendo el funcionario judicial, antes de imponerla, verificar si el deudor tuvo alguna razón que justificara el no pago. Así se pronunció en sentencia SL109-2018, en la que señaló:

"Indemnización moratoria por la falta de pago de las prestaciones

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad se consideró que «la Corte en desarrollo de su función de intepretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»."

De acuerdo con lo expuesto, resulta indispensable estudiar los medios de prueba arrojados al plenario para determinar si se desvirtuó la presunción de mala fe por parte del empleador, generada por la omisión en el pago de las acreencias laborales del demandante, la cual debía realizarse a la finalización del vínculo laboral, siendo entonces

necesario determinar si el empleador logró probar serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención.

Así las cosas, conforme se ha reseñado en precedencia, es preciso reiterar que a esta Corporación no le queda duda de que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, estuvo en proceso de liquidación que la llevó a la extinción total de su personería jurídica mediante auto calendado del 28 de agosto del 2012, modificada por auto del 22 de noviembre del mismo año, proferidos por la Superintendencia de Sociedades, sin embargo, bien sabido es que tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, en tanto que, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., *"aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo."*(SL16884-2016)

De ahí que no sea factible predicar la buena fe de la sociedad, como lo pretende la recurrente, pues si bien es cierto, la situación financiera conllevó a la apertura de la liquidación empresarial, lo que dio lugar a que la personería jurídica se extinguiera, no es menos cierto que con posterioridad a dicha situación la entidad no perdió toda posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones que pudiesen estar a su cargo, en tanto que en el auto que terminó la liquidación y sus posteriores modificaciones se dejó sentado que las reclamaciones laborales, así como aportes y mesadas pensionales que su suscitara con ocasión al finiquito del proceso debían presentarse ante el patrimonio autónomo denominado PANFLOTA administrado por la Fiduciaria Previsora S.A., en tanto que aquella tenía a cargo la administración de los recursos que por virtud del contrato de fiducia mercantil fuesen puestos a disposición por la Federación Nacional de Cafeteros como Administradora del Fondo Nacional de Café, para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Ello quiere decir, que a la finalización de la relación laboral la conducta no fue la de pagar inmediatamente las acreencias laborales del trabajador, tampoco con posterioridad, demostrándose con ello, una conducta desprovista de buena fe. Máxime cuando se debe tener en cuenta que **"(...) la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás."**¹

Dadas esas razones, y como quiera que en este asunto no se observa ninguna razón válida para exonerar el pago de la indemnización moratoria, por manera que esta Sala halle ningún dislate a los razonamientos que llevaron a la prosperidad de la aducida sanción por la Juez A quo, se sigue confirmar su decisión.

- **Estabilidad laboral reforzada**

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si la empresa actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997,

¹ Sala de Casación Laboral de la CSJ rad. 37288, 24 ene. 2012

es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por la Juzgadora de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación.

Bajo ese hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer 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 en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual 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, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado "*la presunción de desvinculación laboral discriminatoria*", entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: "*en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*"

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas**

previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Cumple advertir, que en gracia de discusión si la Sala encontrara que dicha disposición, es decir, el Decreto 2463 de 2001 estuvo vigente al momento de la terminación de la relación del actor, esto es, el 20 de diciembre del 2012, de ahí su exigibilidad, en tanto que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013 nació a la vida jurídica el 26 de junio del 2013, lo cierto es que con precedencia nuestra Corte Constitucional había sentado el criterio de que la protección *“no se limita entonces a quienes tengan una calificación porcentual de discapacidad, basta que esté probado que su situación del salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin la necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.”* (Sentencia T-1040 de 2001 2),² por lo que la Sala optará por aplicar el discernimiento reiterado que sobre la estabilidad laboral reforzada efectúa la jurisprudencia constitucional, misma a la que ya se hizo hincapié.

En este orden, se entrará a determinar la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que en el caso en concreto, no existe duda que para el día 20 de diciembre del 2012, fecha en que la demandada terminó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba bastante comprometida en razón a la patología diagnosticada *“ANGINA INESTABLE DE ALTO RIESGO, POR INMEDIATO DE ANGIOPLASTIA + COLOCACIÓN DE STENT MEDICADO EN OM2, ANTECEDENTE DE ENFERMEDAD CORONARIA CON IMPLANTE DE STENT EN CD Y CK EN EL 2000, HIPERTENSIÓN ARTERIAL NO CONTROLADA”*, misma que según se evidencia del resumen de historia clínica aditada el 22 de noviembre del mismo año:

"PACIENTE QUE CONSULTA POR CUADRO DE DOLORES TORÁCICO HACE 8 DÍAS, REGIÓN RETROESTERNAL, DR. LEVE INTENSIDAD Y DE CORTA DURACIÓN, DESDE ENTONCES DETERIORO DE SU CLASE FUNCIONAL, HACE 2 DÍAS DOLOR DE IGUALES CARACTERÍSTICAS ASOCIADO A SENSACIONES PALPITANTE CON MEJORÍA POSTERIOR. AYER DOMINGO A LAS 7:30 DOLOR TORÁCICO EN REGIÓN RETROESTERNAL DE MAYOR INTENSIDAD IRRADIADO A DORSO Y MANDÍBULA DE 10 / 10 DE INTENSIDAD DE 30 MIN DE DURACIÓN ASOCIADO A SENSACIÓN DE DISNEA Y ORTOPNEA, CONCILIA EL SUEÑO PERO LO DESPIERTA DOLOR DE ALTA INTENSIDAD DE IGUALES CARACTERÍSTICAS AL INTERIOR A LA 1 AM MOTIVO POR EL CUAL CONSULTA. REFIERE A DOLOR DE IGUALES CARACTERÍSTICA QUE LE DIO CUANDO TUVO IAMSEST."

En esa oportunidad, al actor se le realizaron los procedimientos angioplastia + stent, que arrojaron como resultado *"En vista del resultado del procedimiento y cuadro clínico consideramos que el paciente de ser valorado por el servicio de Cardiología y control de factores de riesgo. Se recomienda manejo con aspirina y clopidogrel por un año y valoración no invasiva del isquemia en 12 meses"*. Además, según se evidencia del acopio probatorio la enfermedad coronaria que sufrió fue tratada en el año 2000, oportunidad en la cual la Clínica Fundación Abood Shaio el 10 de enero del 2001 sometió a Angioplastia Coronaria, significando que *"los resultados son totalmente satisfactorio sin tipo de lesión residual con magníficos lechos distales. En vista de estos resultados y del cuadro clínico del paciente Señor **ORLANDO NEUSA**, consideramos que debe continuar en control y manejo médico permanente por consulta Externa de Cardiología"*; ya para el 25 de octubre del 2007, según se registra en la historia clínica emitida por la Corporación IPS SaludCoop Cundinamarca, le fue

² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia T- 039 de 2010, Corte Constitucional Colombiana

concluido que con base a "1. CORONARIAS EPICARDICAS SIN EVIDENCIA DE LESIONES ANGIOGRAFICAMENTE SIGNIFICATIVAS. 2. STENTS PERMEABLES EN CORONARIA DERECHO Y CIRCUNFLEJA. 3. EXTENSO INFARTO INFERO – POSTERO APICAL. 4. MODERADO COMPROMISO DE LA FUNCIÓN VENTRICULAR FE 30%", debía continuar en manejo médico.

Lo anterior permite concluir que (i) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto el demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud que venía siendo tratada desde el año 2000; (ii) sin embargo, aquella situación no se demostró que era de conocimiento de la demandada, pues, sobre tal presupuesto no se adoso medio probatorio alguno que permitiera colegir que al momento del finiquito el empleador tuviese conocimiento de su situación de salud, lo cual, no puede ser deducido de las historias clínicas antes indicadas, ya que es evidente que para el año 2000, 2007 y 2012 el actor se encontraba desvinculado laboralmente de la empresa, a causa de la terminación acontecida el 24 de septiembre de 1997 y el 30 de junio del 2008, que si bien fue objeto de reintegro por orden judicial, dicha circunstancia no fue materializada, por lo menos así se observa de los medios de persuasión allegados al plenario.

En esa medida, al no estar demostrado dicho presupuesto, es decir, el conocimiento del empleador sobre las condiciones especiales de salud de su trabajador al momento de la terminación del contrato³, mal podría señalarse que su estado determinó la desvinculación, como bien lo apunto la juzgadora de primer grado sobre esta cuestión, máxime si se tiene en cuenta que aquí se logró demostrar justificación suficiente para el rompimiento del nexo contractual, que aunque no es con justa causa, si esta prevista por el legislador, esto es, la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, conforme a las voces del artículo 61 del CST.

Por lo expuesto, al no haber probado el conocimiento de las patologías que padece el actor y el estar plenamente acreditado que la determinación fue a causa de la liquidación total de la empresa, resulta evidente el desacierto de la apelación, lo que a su vez impone a esta Colegiatura confirmar la intelección que sobre este punto realizó la A quo.

- **Perjuicios materiales y morales.**

Es del caso recordar que la parte actora solicita que se condene a título de indemnización los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales o morales como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral, dado que le trajo consigo un impacto emocional que lo conllevó a sufrir moralmente, además, por cuanto se vio afectado patrimonialmente ante el no cumplimiento de las ordenes que fuesen impuestas por las otras autoridades judiciales.

Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos que estructurales de la responsabilidad general, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal entre lo primero y lo segundo; en efecto, la imputación de responsabilidad requiere de tres elementos concurrentes: el padecimiento de un daño por parte de quien reclama la indemnización; una actuación culposa o dolosa de la demandada en el proceso y un nexo de causalidad entre la culpa y el daño. Cada uno de estos elementos es considerado como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que debe acreditar en cualquier reclamación de esta naturaleza.

³ La Corte Constitucional en sentencia T-052-2020 reiteró las subreglas de procedencia de protección del fuero de estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta en razón a su estado de salud, así: En esos casos, además del requisito administrativo de la autorización de la oficina del Trabajo, la protección constitucional dependerá de: (i) que se establezca que el trabajador tenga un estado de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, pues no cualquier afectación de la salud resulta suficiente para sostener que hay lugar a considerar al trabajador como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) que el estado de debilidad manifiesta sea conocido por el empleador en un momento previo al despido, y, finalmente, (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el mismo tiene origen en una discriminación. La jurisprudencia constitucional ha señalado que establecida sumariamente la situación de debilidad, corresponde al empleador acreditar suficientemente la existencia de una causa justificada para dar por terminado el contrato.

Descendiendo al caso en concreto, siguiendo el norte de la apelación propuesta por la censura, la parte demandante imputa a la demandada de una parte el suceso de la terminación de la relación laboral que le trajo consigo un daño moral y, por otra, el no cumplimiento de las sentencias que trajo consigo un menoscabo patrimonial.

Aunque para esta Sala es un hecho cierto que la ruptura del vínculo contractual trae como consecuencia tristeza, frustración y dolor, que puede conllevar a un deterioro moral, no solo del sujeto a quien se le termina, sino de su grupo familiar, al versen afectados sus ingresos mensuales, permitiendo colegir de aquello, en cierto grado, un presupuesto de la concurrencia de la responsabilidad general, además, por cuanto ha sido demostrado el no cumplimiento de las providencias en mención, no es menos cierto que en este asunto no quedó demostrado la actuación culposa y reprochable de la demandada, cuando esta decidió terminar el contrato de trabajo del actor, menos aún que el no pago de las condenas impartidas por esta jurisdicción laboral le haya acontecido un daño, lo que supone que al no estructurarse uno o más de los presupuestos, es decir, el actuar reprochable y daño, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende.

Lo anterior, en primer lugar, porque el obrar de la demandada se ajustó a las leyes laborales, pues el finiquito del vínculo laboral recayó sobre una causal legalmente determinada en la norma sustancial, esto es, "por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento", misma que, aunque no es justa causa, conllevó al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la cual, además, comprende el lucro cesante y el daño emergente. De ahí que su obrar no tenga fuente inmediata en un hecho antijurídico o un obrar negligente, como lo pretende hacer valer el demandante, sino por el contrario, su actuación se enmarcó en la legalidad.

Sobre este aspecto, basta con traer a colación la sentencia SL14618-2014, que la que se indicó:

"Aun cuando el Código Sustantivo del Trabajo prevé una indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la misma únicamente comprende, en los términos de su artículo 64, el lucro cesante y el daño emergente. Esto significa que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial."

Más adelante indicó:

"Aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, dado que es necesario ponderar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente."

En segundo lugar, si bien se probó el no pago de las sentencias proferidas por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá y por este Tribunal, también lo es que no se logró demostrar el menoscabo o detrimento del interés jurídico, es decir, la irrogación del perjuicio o daño y, que tal situación haya sido como consecuencia de la culpa o negligencia de la demandada en su actuar, pues, sobre tal aspecto no hay ningún medio de prueba, más allá de los mandamientos ejecutivos que fueron adosados al cartapacio. Así las cosas, debe recordarse que el daño debe ser cierto y susceptible de identificarse, que afecte el

patrimonio del trabajador y que este tenga su fuente inmediata en el hecho antijurídico o un obrar negligente, lo que de plano no se sucede en este asunto, como ya se adujo.

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda esta condena, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

- **Indexación de las vacaciones.**

Sobre tal cuestión, basta con concluir que la Juez de primer grado no se equivocó al impartir la indexación de las vacaciones condenadas, en tanto, que aquella es incompatible con la indemnización moratoria y, por tanto, no se contrarrestó los efectos deflacionarios del que se vio afectada con el transcurso del tiempo, por manera que, para mantener el valor adquisitivo de aquéllas, necesario es que sean indexadas aquellas, tal como se señaló en sentencia SL2695-2019. Máxime cuando dicha acreencia laboral fue liquidada con el salario mínimo legal mensual vigente y no como lo aduce la censura, con salario en dólares.

- **Responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café.**

Frente a ello, es del caso indicar que mediante auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000, la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación obligatoria de la CIFM y en auto del 28 de agosto de 2012 la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de dicha empresa y declaró extinguida la personería jurídica de la misma.

Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012 dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, en el artículo quinto indicó:

"ARTICULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)"

Decisión que guardó sustento con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001, en la que señaló que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café es la matriz o controlante de la Flota Mercante y por ende se presume la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que le ordene poner a disposición del liquidador los recursos para que éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que fue objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, misma que reafirmó la obligación de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, en su deber de responder subsidiariamente por las obligaciones pensionales a cargo de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE (ANTES FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A.).

Ahora, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito el 14 de febrero de 2006 entre

la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación y Fiduciaria la Previsora S.A., se constituyó el Patrimonio Autónomo "PANFLOTA", para que la fiduciaria administrara los recursos y bienes que le fueran transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración del contrato y los que posteriormente se transfirieran de conformidad con lo descrito en el mismo, con el fin de que éstos fueran destinados al pago de mesadas pensionales y aportes a EPS a cargo de la compañía de la flota Mercante S.A. en Liquidación; así mismo, le fue asignada la administración de contingencias judiciales que le fueran entregadas y atención de gastos necesarios para cumplir dichos objetivos de acuerdo con las cláusulas del contrato.

Ante la terminación de la liquidación obligatoria de la CIFM y su aprobación de la rendición final de cuentas presentada por el Liquidador de la CIFM, la Superintendencia de Sociedades mediante número 400-016211 modificó el numeral vigésimo séptimo del Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, para en su lugar advertir a los que tuvieron calidad de partes laborales dentro del proceso concursal liquidatario, que cualquier reclamación de tipo laboral o pensional deberá efectuarse ante el Patrimonio Autónomo PANFLOTA administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En tal virtud, en auto 400-010509 ordenó al liquidador de la Compañía nombrar un mandatario con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA con el fin de que atendiera las solicitudes y trámites, pero únicamente respecto de las pensionales de los ex trabajadores de la Compañía y sus beneficiarios; con tal fin el Liquidador de la CIFM suscribió contrato de mandato con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA y nombró la Dra. Carmen Isabel Suarez Gutiérrez; el mencionado contrato de mandato fue cedido por el Liquidador a PANFLOTA, quien ostenta actualmente la condición de mandante; y en virtud del contrato de mandato No. No. 9264-001-2014 suscrito entre Fiduciaria la previsora S.A. como Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA y Asesores en Derecho S.A.S., es esta última quien actualmente actúa como mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA.

En ese sentido, todo apunta a que es la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, quien asume el pago de las obligaciones pensionales, en caso de que no existan recursos suficientes para tal efecto en el patrimonio autónomo administrado por la Fiduprevisora, lo que también permite admitir su responsabilidad, en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, sobre los créditos de orden laboral, como en este asunto acontece, pues es evidente "(...) que la situación concursal y la posterior liquidación de una sociedad, en este caso de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., acaece por la actuación de control ejercida por la matriz, Federación Nacional de Cafeteros, quien se benefició así misma o a sus subordinadas y que perjudicó a la controlada". (SL2958-2019)

Bajo tal contexto, si bien la demandada en su recurso de apelación indicó que la liquidación ocurrió por circunstancias ajenas a su actuar, lo cierto es que ello quedó en simples afirmaciones las cuales están lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, acotando que en nada impide a esta Sala el estudio de la responsabilidad que se pretende, pues esta surge del imperio de la Ley y parte de una presunción, misma que no fue derruida, quedando de presente, se reitera, en virtud del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, de ahí que sea responsable en el pago de las condenas que en este asunto en concreto se estableció, como bien lo coligió la juez de primer grado.

De lo expuesto en precedencia habrá de confirmarse en su integridad la sentencia refutada, por no hallar razón a ninguna de los recursos propuestos por las partes.

Costas. Sin costas en esta instancia judicial.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 28 de marzo del 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: STEPHANIA CAICEDO ACOSTA
Demandado: LUCIA DELGADILLO LÓPEZ Y DELOP S.A.S.
Radicación: 1100131050-33-2017-00573-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA CONTRATO REALIDAD CONFIRMA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Stephania Caicedo Acosta, instauró demanda ordinaria contra Lucia Delgadillo López y Delop SAS, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, mismo que terminó sin justa causa imputable a los demandados, por cuanto no se le preavisó de la culminación, ni se le informó a que razón respondía, tampoco la justa causa; que al finiquito las codemandadas no pagaron los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral. Como consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indemnización por despido injusto, aportes al sistema de seguridad social integral, pensión de vejez, lo que resulte probado de acuerdo con las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se celebró de manera verbal contrato de trabajo el 1 de julio del 2013 al 20 de septiembre del 2014, cuyo objeto fue la prestación de servicios en calidad de empleada del servicio doméstico de la vivienda de la persona natural demandada que está ubicada dentro de las instalaciones del Colegio de los Ángeles "COLANGELES", como directamente a la institución, establecimiento comercial de la codemandada.

Adujó que por la citada actividad devengó un salario mínimo mensual vigente, labor que fue ejecutada en forma personal, atendiendo las instrucciones de sus empleadores y cumpliendo con el horario de trabajo. Sin embargo, indicó que los empleadores no le reconocieron ni cancelaron las prestaciones sociales, ni la afiliaron al sistema de seguridad social durante el lapso en que se mantuvo vigente la relación laboral. (fls. 14 a 20).

2. Contestación de demanda.

2.1. Contestación DELOP SAS. En su escrito de contestación se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, en tanto que están basadas en una relación laboral que no ha existido, desconociendo el motivo por el cual se le vincula en la presente causa. En lo atinente a los supuestos de hecho arguyó que la actora no se vinculó bajo ninguna modalidad laboral con la sociedad, así como nunca desempeñó de manera alguna función, ni prestó algún servicio dentro de la institución educativa, ya que ha contado con personal encargado para las funciones que aduce la demandante haber desempeñado en el colegio.

Agregó que no existió remuneración alguna, toda vez que la misma desempeñó laboral alguna que hiciera surgir tal obligación de remuneración. Propuso como medios exceptivos las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido e inexistencia de relación laboral como motivo de la Litis. (fols. 121-127)

2.2. Contestación de Lucia Delgadillo López. En su respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que las mismas se fundan en una relación laboral que nunca existió. Sobre los supuestos fácticos sostuvo que no existió relación laboral entre las partes, en razón a que existió un contrato de prestación de servicios, para determinada laboral y a cambio de unos horarios que fueron pagados al finalizar cada ejecución, siendo esto en la suma de \$20.533.

Indicó que el vínculo jurídico se entendió como un acuerdo de voluntades, verbal, independiente y autónomo para la ejecución de la labor de aseo, siendo ejecutada de manera libre y discrecional de la demandante, de manera que no existió unas funciones desarrolladas en una jornada específica de trabajo, ni bajo subordinación, ni se constituyó una actividad en forma interrumpida y sin solución de continuidad, toda vez que se pactó para eventos esporádicos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del contrato realidad, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción. (fols. 129-143)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de noviembre del 2019, en la que el fallador declaró que, en virtud del principio de la realidad sobre las formas, existió un contrato de trabajo entre DELOP SAS. y Stephania Caicedo Acosta desde el 5 de mayo del año 2011 al 20 de septiembre del año 2014. Así mismo, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las prestaciones laborales y vacaciones causadas con anterioridad al 11 de septiembre del año 2014. Como consecuencia, condenó a la encartada a pagar las señaladas acreencias laborales, cotizaciones al fondo de pensiones, indemnización moratoria y costas del proceso.

Para arribar a tal decisiva, se refirió al contenido de los artículos 22 a 24 del C.S.T., a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre tal aspecto y al material probatorio arrojado al proceso, para indicar que efectivamente la demandante prestó sus servicios en el lugar de vivienda de la señora Cecilia Delgadillo, Lucía Delgadillo, Cecilia y Fernando Delgadillo López, de modo que su sitio de labor era justamente la ubicación de la casa contigua al colegio de los Ángeles, lugar en que la demandada fue rectora.

Sostuvo que, demostrada la prestación de servicios, surge la presunción a favor de la actora, trasladándose la carga probatoria a la demandada. Así, señaló que con base en los testimonios e interrogatorios de parte la señora Stephania Caicedo prestó sus servicios en labores de Oficios Varios, entre el lugar de la vivienda de la señora Cecilia

Delgadillo en vida y de sus hijos Fernando, Cecilia y Lucía Delgadillo López. Además, que en el Colegio suministraba bebidas como el tinto, chocolate, aromática, almuerzos, no para todos los estudiantes, sino para algunos educandos a los que se le prestaba el servicio, así, como a los profesores que son justamente el núcleo familiar del cual hace parte las directivas del colegio.

Agregó que la señora Caicedo Acosta no era autónoma para el desempeño de sus funciones, no logrando acreditar las encartadas la tesis de la existencia de un contrato prestación de servicios, ya que tenía un horario, su labor era desempeñada tanto en la casa de la demandada, como en el colegio y que eventualmente los fines de semana debía atender eventos familiares. Aunado a que quienes le impartían ordenes eran Cecilia, Lucía, Patricia, así como el señor Fernando Delgadillo López. Sentando lo anterior, en entorno a los extremos temporales y por vía del principio extra petita, consideró que el extremo inicial de la relación laboral que resultó probado es el 5 de mayo del 2011, de manera permanente para la accionada. Respecto del extremo final, adujo que no existió discusión alguna entre las partes, siendo este el 20 de septiembre del año 2014.

Finalmente, dijo que para determinar a quién prestó sus servicios y cuál es la persona que entra a responder por estos puntos, hizo referencia al 32 del CST, para significar que el verdadero empleador de la demandante era DELOP SAS, pues la codemandada, así como la señora Patricia fueron representantes del empleador, en el sentido de remunerar su trabajo e impartir órdenes y directrices en el desempeño de su trabajo. De manera que las personas naturales como representantes del empleador, no están llamados a asumir responsabilidad alguna para que le sea impuesta al empleador en desarrollo de funciones de representación. (CD fol. 168)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandada. Formuló recurso de apelación arguyendo que no logró evidenciarse ninguno de los elementos constitutivos de relación laboral, pues, basta revisar los propios alegatos de la demandante, quién por conducto de su apoderado reconoció la inexistencia de la relación laboral respecto DELOP, solicitando en subsidio la existencia de la relación laboral con la señora Lucía Delgadillo y Patricia Delgadillo, siendo que esta última ni siquiera fue demandada en el proceso.

Insistió que nunca se configuró un vínculo laboral que haga determinar que entre las partes existió una obligación, toda vez que la parte actora nunca prestó sus servicios de manera personal a la sociedad. Así mismo, nunca existió subordinación en la cual la demandante recibiera órdenes por parte, ni mucho menos remuneración, ya que si bien es cierto Patricia Delgadillo le generaba algún pago, lo hacía por cuanto manejaba las finanzas de su señora madre.

Significó que de acuerdo con lo declarado por los testigos la sociedad cuando requirió personal de apoyo a fin de cumplir su objeto social vincula a sus trabajadores mediante contrato laboral escrito lo cual genera que los mismos gocen plenamente de todos sus derechos y no de manera verbal como lo aduce la demandante. Por último, adujo que existe la firme convicción de que el fallo proferido dista la realidad y de los elementos fácticos y probatorios con base en los cuales se tomó la determinación. (CD fol. 105)

6. Alegatos parte demandada. En su escrito señaló la existencia de una indebida valoración probatoria, esto por cuanto fue evidente que los testimonios presentados coincidían en que la prestación del servicio de la demandante se efectuó respecto de

la señora Lucia Delgadillo y nunca a DELOP S.A.S. Agregó que en el curso del proceso y en la etapa probatoria no logró probarse de manera alguna los elementos que configuran la relación laboral conforme artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo respecto de la parte que resultó condenada.

Refirió que lo anterior en atención a que la parte demandante manifiesta haber prestado servicios desde la casa de la señora Cecilia Delgadillo, donde también residía la demandada Lucia, y que como consecuencia de esas actividades prestaba algunos servicios que resultaban beneficiando a personal de DELOP, sin embargo, esto no implica que el servicio se prestará para la sociedad en mención, sino que por instrucción expresa de la señora Delgadillo, se pedía eventualmente llevar un café a uno de los familiares que trabajaban o desempeñaban alguna función en el colegio luego esto no implicaba de manera alguna que existiera una relación laboral ya que no existía, ninguno de los elementos de los que habla el artículo 23 del estatuto laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿La sociedad Delop SAS fungió como empleadora de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

De la relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos:

"Pues bien, reiteradamente, 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 sometimiento 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»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que prestó sus servicios en favor de la sociedad codemandada, encuentra la Sala que se escuchó a los señores Cristina Florián Hernández (compañera de trabajo) y Juan Carlos Maurello Toloza (mantenimiento del colegio), testigos de la parte demandante, que al unísono manifestaron que la señora Sthephania Caicedo Acosta, laboraba a favor de la familia Delgadillo López, quienes a su vez eran los propietarios de la sociedad Delop SAS y, por ende, del Colegio de los Ángeles, al que también le prestó sus servicios personales, entre tanto, que la actora repartía los almuerzos, tintos y chocolate preparados a los profesores y algunos de los alumnos, quien a su vez regresaba a la casa de Lucia Delgadillo López, inmueble que quedaba lindante al citado claustro, con el fin de lavar los utensilios de cocina utilizados para tal efecto.

Dichas declaraciones no fueron derruidas por las declaraciones de las señoras Patricia Delgadillo López (Rectora del Colegio de Los Ángeles) e Irene Acuña Herrera (Docente y secretaria de rectoría). De hecho, las citadas declarantes fueron contradictorias en su relato, en tanto que la primera de las citadas adujo que la actora no obstante de que hubiese sido contratada por una de sus hermanas con el fin único de prestar servicios de organización y búsqueda de documentos, como "*mi pasaporte*", en la casa que colindaba con el establecimiento, era quien le remuneraba el día con "*\$45.000 o \$50.000 por la jornada de trabajo*"; mientras que la segunda deponente aseguró que la demandante no prestaba sus servicios en el claustro educativo, pues lo hacía a favor de la señora Lucía Delgadillo, pero, en ocasiones era quien le llevaba el maletín o la agenda a la señora Cecilia de Delgadillo, para ese entonces rectora del colegio, que a su vez cocinaba para la citada, ya que por su edad y por prescripción solo debía comer "*lo que enviarán de la casa*".

Así las cosas, de las pruebas anotadas en precedencia, para esta Sala es claro que las declaraciones de Cristina Florián Hernández y Juan Carlos Maurello Toloza ofrecen más claridad sobre la forma en que prestó sus servicios personales la señora Stephania Caicedo Acosta, ya que no solo fueron coherentes en su dicho, sino, además, conducen a esta Corporación tener convencimiento de que las actividades que realizó también lo fueron en beneficio de la sociedad Delop SAS, pues, estos aseguraron que realizaba laborales generales al interior del Colegio de Los Ángeles.

Bajo tal contexto, las conclusiones del juez de primer grado no fueron erradas, ni tampoco distan de la realidad probatoria que alega la censura, ya que las señoras Patricia Delgadillo López e Irene Acuña Herrera no tienen la capacidad de desvirtuar a la intelección que llegó con relación a que la señora Lucia Delgadillo López no era la empleadora de la actora, pues no ofrecieron ninguna certeza al respecto, asimismo, se contradijeron entre sí, tal como se evidenció precedentemente. Aunado, a que existe solidez en los demás medios probatorios que las labores desempeñadas fueron también en beneficio de la empresa, resultando inane los esfuerzos que hace la recurrente, para desvanecer la prestación de los servicios personales que probó la demandante a favor de la encartada y que halló el A quo.

Así las cosas, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de la sociedad Delop SAS, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que, como se vio, fue nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó la señora Caicedo Ramírez al ser contratada.

Como se memora, las situaciones fácticas que trae la parte demandada a colación no tienen por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiaria el extremo activo, porque lo que pretende demostrar con las declaraciones, es significar que los servicios personales se efectuaron en favor de la persona natural demandada, cuando es claro que lo realizó al igual en beneficio propio de la empresa, al punto que llama la atención de la Sala que la señora Patricia Delgadillo López, quien en forma insistente señaló que la promotora del proceso fue contratada para la búsqueda de documentos, cambie su versión cuando estas son confrontadas, señalando que la señora Caicedo Acosta y sus hermanas en algún tiempo eran las que preparaban los alimentos para la época a sus familiares y "*algunas niñas que tuvieran necesidades se les regalaba el almuerzo*".

En esta perspectiva, se concluye que la Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que le atribuye la apelación de la demandada, pues se reitera, la decisión que tomó fue a partir de las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal de la demandante en favor del extremo pasivo de esta Litis, por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24 ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte de la accionada, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho en su contra.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los documentos enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio del demandante a favor de la sociedad Delop SAS, y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se reitera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión del Juez primigenio.

Costas. En esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 14 de noviembre del 2019, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

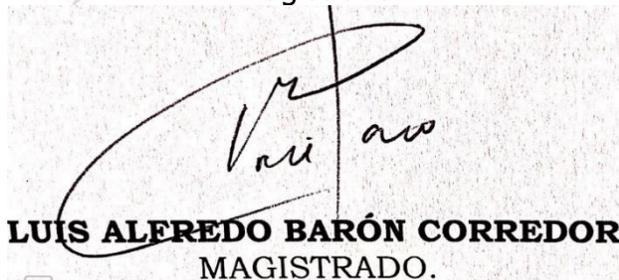
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$800.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CAMILO CHAVES PACHECO
Demandado: BANCO DE OCCIDENTE
Radicación: 10-2016-00646-04
Tema: APELACIÓN SENTENCIA POR LAS PARTES -DESPIDO SIN JUSTA CAUSA – INDEMNIZACIÓN MORATORIA – REVOCA.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Camilo Chaves Pacheco, instauró demanda ordinaria contra Banco de Occidente, con el propósito de que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el día 24 de noviembre de 1984 y terminó por causas imputables al empleador el día 11 de marzo del 2015. Como consecuencia de dicha pretensión de orden declarativo, solicitó se condenara a la encartada al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, debidamente indexa y en virtud del despido indirecto de que fue objeto; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que desde el 26 de noviembre de 1984 se vinculó al Banco como trabajador mediante contrato a término indefinido, teniendo como último cargo el de Gerente Comercial de Zona y salario de \$13.331.000. Indicó que la relación contractual se mantuvo hasta el 11 de marzo del 2015, fecha en la que presentó carta de renuncia por causas imputables al empleador, configurándose un despido indirecto.

Sostuvo que en la carta de finalización del contrato de trabajo tuvo como fundamento haber recibido malos tratos, injurias y calumnias, en tanto que recibió comunicaciones escritas, verbales y otros actos maliciosos usados por funcionarios del empleador, que le ocasionaron graves perjuicios a su estado de salud, tales como angustia mental, estrés y desprestigio. Además, se basó en la carga excesiva de trabajo que se le impuso, lo que llevó a desmotivación laboral y dar por terminado el nexo contractual.

Adujó que inició denuncia penal en contra de los señores Beatriz Helena Calle y Oscar Burbano, representantes del empleador, por los delitos de injuria y calumnia. Al mismo tiempo que formuló querrela ante el Ministerio de Trabajo por conductas de acoso

laboral no solo en contra de los citados, sino, además, a Oswaldo Arias y Fabio Guzmán, las cuales, aduce se encuentran en trámite y pendientes de resolver. (Cuad. 1, fls. 145 a 149 y 153 y 154)

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que, si bien entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, dicho contrato finalizó el 11 de marzo del 2015 por renuncia del demandante, misma que no se produjo como consecuencia de conductas imputables al Banco, pues tal como le comunicó en respuesta a la carta, su renuncia obedeció *"a su reprochable decisión de evadir el proceso disciplinario que actualmente se encuentra en curso y su responsabilidad por los sobregiros irregulares que Usted autorizó, que presuntamente le generaron un beneficio personal y que derivaron en grave perjuicio económico para el Banco"*.

En lo atinente a los supuestos fácticos relató que el demandante fue vinculado a un proceso disciplinario a raíz del informe de investigación de fecha 7 de noviembre de 2014, con ocasión a la aprobación de varios sobregiros por valores superiores a \$25.000.000, sin que contara con facultad para ello y omitiendo los procedimientos establecidos para tal efecto; incumplimientos y omisiones que derivaron en perjuicios para el Banco superiores a mil millones de pesos.

Sostuvo que las razones que adujo el actor para dar por terminado su contrato de trabajo, como supuestas causas imputables no se encuentran probadas, además, porque se debe tener en cuenta que jamás incurrió en ningún tipo de acto malicioso encaminado a afectar su salud, generar angustia mental, estrés o desprestigio; acotando que siempre cumplió de manera completa y oportuna con la totalidad de obligaciones legales y contractuales frente al demandante, entre eso, el pago de la totalidad de salarios causados y no le impuso cargas excesivas de trabajo. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, mala fe del demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y genérica. (Cuad.1 fls. 165 a 193).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de septiembre del 2019, misma en que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 26 de noviembre de 1984 al 11 de marzo del 2015, el cual terminó sin justa causa y por causa imputable al empleador, devengando como último salario integral la suma de \$13.331.000. Así, condenó a la pasiva pagar a título de indemnización la suma de \$378.431.430 de forma indexada y costas procesales.

Para arribar a tal decisiva señaló que no existe controversia en torno a la existencia de la relación laboral, en tanto que fue aceptado por la parte demandada. Así, luego de realizar referencia en torno a las pruebas allegadas al plenario, en especial a la carta de renuncia motivada, además, a los artículos 56, 57, 59, 62 64 del CST, recordó que al trabajador le correspondía comunicar al empleador los motivos que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo, en tanto que así lo tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

En ese sentido indicó que, si bien el actor manifestó al empleador que recibió malos tratos, injurias o calumnias de sus representantes, sin embargo, en la comunicación no se dice quienes fueron esas personas que realizaron las citadas conductas; ni las

razones y circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuaron; tampoco a que miembros de su familia. Por lo que mal haría el trabajador tratar de probar esos hechos en el proceso, sin señalarse previamente a su empleador.

Agregó que hubo una denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación en contra de Beatriz Calle y Oscar Burbano por calumnia e injuria, sin embargo, allí se archivó dichas diligencias; aunado que también se agregó al proceso radicación de denuncia formulada en contra del demandante, pero se encuentra en etapa de indagación; lo cual no es suficiente para enrostrar las conductas, en tanto que no fueron señaladas en la carta de terminación. Descartó los testimonios de las señoras Bertha Sonia Ardila Plata y Angela Marcela Mora Morales, en tanto que la primera no le constaba ningún hecho de la demanda, mientras que la segunda tenía un interés en las resultados del proceso dada a su condición de esposa del actor y las contradicciones de su dicho. Así mismo, apartó los señalamientos en torno al acoso laboral, como quiera que el asunto no le atañía al asunto.

Ahora, en lo atinente a la segunda causal indicada en la carta de renuncia, encontró probado que existió una llamada del número de celular 315 5753388, pero, no hubo comunicación, sino, simple marcación. En ese sentido, coligió que, si bien el demandante señaló que lo llamaban para cuestionarlo, sin embargo, ello quedó en una suposición al no contestar la llamada. Además, que como quiera que el demandante confesó que la señora Beatriz Calle no conocía de su estado de salud, no era posible que la comunicación fuese para ocasionarle estrés o algún daño en su salud.

De otro lado, arguyó que no evidencia que en la comunicación del 3 de septiembre del 2014 la señora Beatriz Calle hubiere sido desobligante y agresiva, en tanto que lo hacía de acuerdo con su poder subordinante dado que le exigía al demandante justificar la prestación del servicio. Así mismo, encontró que el actor si bien se le bloqueó el usuario de acceso al sistema ello lo fue en horas inhábiles, aunado a que desde el 2 de septiembre del 2014 hasta el 11 de marzo del 2015 se encontraba incapacitado médicamente, por lo que no halló el daño que adujo el actor sobre tal cuestión.

En igual sentido aludió a la inexistencia de criterio médico donde se afirme el agravamiento a su estado de salud por cuestiones realizadas a su contrato de trabajo, por lo que si bien es cierto que, la empleadora le envió al trabajador una comunicación que lo citaba a descargos, aun cuando se encontraba en estado de incapacidad, ello lo fue a causa de la investigación que se le estaba realizando, significando que dicha citación no le fue imperativa, por manera que no encontró interés de su empleador de causarle estrés al demandante o angustia mental.

Sostuvo que, aunque existe comunicación del 16 de febrero del 2015 suscrita por la Beatriz Calle, no obstante, en la citada carta el Banco no aceptó que su estado de salud sea como consecuencia de la actividad laboral o culpa del patrono. Ahora, respecto de la tercera causal aducida en la carta de terminación indicó que existe en el plenario dos comunicaciones elevadas por Famisanar EPS al empleador mediante las cuales le solicitan documentación para el proceso de calificación de origen del actor, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 1352 de 2013. Sin embargo, adujo que obra comunicación de Seguros de Vida Alfa S.A., misma en la que se señala que no ha sido posible realizar el análisis de puesto de trabajo por no tener colaboración del actor. Además, milita comunicación del 16 de marzo del 2015, mediante la cual le ponen de presente que el APT y matriz de peligros le fueron remitidos a la EPS.

Bajo lo dicho, concluyó que hubo una falta de colaboración del demandante para realizar el Análisis de Puesto de Trabajo y que solamente se pudo hacer con otra persona diferente al trabajador el 11 de marzo del 2015. Sin embargo, en lo que tiene que ver con el pago de incapacidades laborales posteriores a 181, arguyó que ninguna de las normas anunciadas en el escrito enviado al trabajador faculta al empleador para que deje de pagar el subsidio de incapacidad, ni para que le avise al actor que debe realizar los trámites ante la AFP para obtener su pago, por lo que de conformidad con el artículo 121 del Decreto ley 019 de 2012 es deber del empleador el trámite y reconocimiento de las incapacidades.

En esa medida dedujo que la demandada incumplió con las normas que regula tal cuestión, incurriendo en un desconocimiento de sus obligaciones con el trabajador, de acuerdo con los numerales 6° y 7°, literal b del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, por manera que coligió acreditada la causal expuesta por el trabajador. Además, encontró probados incumplimientos por parte de la demandada, pese a que no fueron expuestos en la carta de terminación, como el no pago de aportes al sistema de seguridad social en salud en el mes de marzo de 2015, pues tan solo se le cotizó un día; aunado que durante la incapacidad laboral el trabajador no se encontraba en facultades de realizar actividades propias de sus labores, por lo que se encontraba inhabilitado para presentar los descargos, quebrantándose su derecho de defensa. Así, condenó a la indemnización del artículo 64 del CST. (Cuad. 2, Cd a fl. 608)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandada. Formuló recurso de apelación manifestando que de manera alguna incumplió con sus obligaciones a su cargo, en tanto que, si bien el demandante se encontraba incapacitado desde el 2 de septiembre del 2014, lo cierto es que para el 2 de marzo del 2015 el demandante ya tenía concepto favorable y, por tanto, no le quedaba otro camino que reinstalarse a prestar sus servicios para el cargo fue vinculado. Además, el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012 aplica en el evento en que no se halla emitido concepto favorable al trabajador, situación que no ocurrió.

Indicó que las actuaciones desplegadas por el demandante desde el momento en que se le cita a la diligencia de descargos y hasta la finalización de su contrato de trabajo no evidencian otra cosa que la evasión por parte del demandante a cumplir con sus obligaciones. Precisó que en la carta de renuncia no se relaciona como causal expresa que estuviera evadiendo su obligación de adelantar el trámite para el cobro de las incapacidades laborales, por lo cual, la A quo se desbordó las causales presentadas por el actor y lo señalado por la jurisprudencia, introduciendo motivos que no fueron dichos por el trabajador.

Sostuvo que no obligó al demandante a interrumpir su incapacidad laboral, pues, aunque lo requirió para que diera las explicaciones correspondientes a los sobregiros, este podría acudir cuando a bien lo decidiera, máxime cuando es evidente que el proceso disciplinario nunca concluyó dadas las evasivas del trabajador. Insistió que la juez de primer grado adicionó una causal que no estuvo en la carta de renuncia, solicitando, además que sea revisado el valor de la condena, ya que, en gracia de discusión, la indemnización que procede es la señalada en el artículo 64 del CST. (Cuad. 2, Cd a fl. 608)

5. Alegatos parte demandante. En su escrito refirió que el despido indirecto obedece a causales imputables al empleador, en tanto que fue ejecutado de manera inconstitucional, ilegal e injusta, así, constituyendo un incumplimiento a su contrato de trabajo por parte de la demandada, al haber roto indirectamente el nexo laboral de manera ilícita ya que estaba obligada y tenía el deber de cumplir sus obligaciones contractuales conforme al artículo 62.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuestos por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- i) ¿La causa aducida en el numeral 3° por el actor en la carta de terminación del vínculo laboral justifican su proceder para concederle la indemnización por despido indirecto, al considerar que la demandada incumplió sistemáticamente sus obligaciones al negarle el pago salarial por presentar más de 181 días de incapacidad, exigiéndole, además, el trámite de su incapacidad laboral ante el fondo de pensiones?
- ii) De ser así, ¿se equivocó la a quo al tarifar la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, en tanto que esta debió liquidarse a las voces del artículo 64 del CST, con la modificación introducida por la Ley 789 de 2002?

Contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y el último salario devengado el actor. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, las mismas se corroboran con el contrato de trabajo y su adición (Cuad. 1, folios 194, 195 y 199), certificación laboral (Cuad. 1, folio 26), comunicación de terminación del contrato de trabajo (Cuad. folios 10 a 13) y liquidación de prestaciones sociales (Cuad. 1, folio 26).

Despido indirecto

Sentado lo anterior, se iniciará por establecer si en efecto existe una justa causa que le de soporte a la pretensión declaratoria de despido indirecto, y consecuentemente al pago de la indemnización por despido injusto. Para el efecto se tiene que el señor Camilo Chaves Pacheco, solicita el pago de aquella por considerar que la presentación de su renuncia se dio por razones atribuibles a su empleador; argumentos que corresponden a lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado despido indirecto, en virtud del cual, se ha entendido que se presenta cuando el empleador obliga a su trabajador a terminar el contrato de trabajo, bien sea porque directamente lo exige, o

bien cuando su actuar conlleva a ejercer presión que necesariamente llevan al trabajador a tomar tal decisión.

En ese sentido, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del CGP, debe acreditar el extrabajador la existencia de las justas causas que invocó en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria.

Ahora, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que:

"PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."

Tras lo indicado, se observa que el trabajador también puede dar por terminado el contrato de trabajo con su empleador cuando este considere que el empleador ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones o ha realizado actos que atenten directamente con el desarrollo de sus funciones que transgreden la naturaleza del contrato de trabajo; para lo cual, el trabajador puede invocar las justas causas para dar por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo y reclamar la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, causales que se encuentran de manera taxativa en los artículos 62 y 63 del mismo cuerpo normativo.

Aclarando que no basta solo con invocar la causal fundada en la Ley para determinar la existencia u ocurrencia de una justa causa para dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que la parte que quien pretende el finiquito - en este caso el trabajador por tratarse de un despido indirecto-, deberá señalar los hechos o motivaciones que dan origen a su decisión, tal como lo previó la Corte Constitucional en sentencia C – 594 de 1997.

La razón de lo anterior es por cuanto se permite con ello inferir cuales son las razones de fondo que configuran la justa causa legal para dar por finalizado el vínculo laboral, en desarrollo de los principios de buena fe y lealtad que deben estar inmersas al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-19995-2017, reiteró una vez más lo siguiente:

"El despido indirecto, se materializa cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque de antaño se ha precisado, que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (CSJ SL18623-2016)."

Además de lo anterior, debe recordarse que no es viable invocar hechos ocurridos con una anterioridad excesiva a la fecha de la presentación de la carta de terminación del contrato, por cuanto según lo ha establecido de manera reiterada la jurisprudencia del máximo órgano de la justicia laboral ordinaria, para finalizar una relación laboral con justa causa, las que se invoquen por quien decide romper la relación contractual deben ser mediatas, dentro de un término moderado y razonable, pues de lo contrario se entienden que han sido condonadas.

En conclusión, que quien pretenda presentar su decisión de terminar la relación laboral, deberá, como primera medida, manifestarle a su empleador las razones de la terminación del vínculo, tal cual lo consagra el parágrafo del artículo 62 ibidem; en segundo lugar, deberá indicarse los motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo y, en tercer lugar, demostrar que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador.

Siendo ello así, a folios 10 a 13 del cuaderno 1° se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo a la encartada emitida por el actor, donde se expone que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa imputable al empleador conforme a lo preceptuado en el artículo 7, numerales 2, 5, 6 ,7 y 8 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los artículos 57, numerales 2°, 4° y 5°; y 59, numerales 1 y 9 del CST.

Decisión que obedeció a que su empleador, según concluyó en el numeral tercero, incumplió sistemáticamente:

"(...) sin razones válidas por parte del empleador BANCO DE OCCIDENTE, de sus obligaciones convencionales, como es la comunicación de fecha 24 de febrero del 2015 del señor FABIO MANUEL GUZMAN ROJAS Coordinador de Administración de Personal del BANCO DE OCCIDENTE donde me informa que a partir del día 2 de marzo del 2015 el banco no continuará realizando ningún pago salarial por presentar más de 181 de incapacidad laboral (...). (se anexa copia certificación de la EPS FAMISANAR)

Como se observa el actor comunicó a su empleadora el hecho y motivo que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo, el cual, fundamentalmente se basó en que la encartada incumplió sistemáticamente sus obligaciones, en cuanto negó el pago de las incapacidades laborales superiores a 181, dado que su trámite y pago corresponde al empleador; contexto que sirvió para que la Juez de primer grado impartiera condena, por considerar que en efecto dicha obligación estaba en cabeza de la demandada, en los términos del artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, pero que sin justificación alguna se abstuvo de dar su cumplimiento.

Ahora, expuesta la razón de la terminación del vínculo, corresponde acreditar los supuestos esbozados; en esa medida, a efecto de resolver si en el presente asunto la causal invocada por el actor en la carta de terminación del vínculo laboral conlleva a establecer la configuración de un despido indirecto, de entrada se descarta la referente obligación que se trató de imponer al empleador y que coligió la a quo en cabeza suya, pues en criterio de la Sala la norma sobre la cual basó su decisión como tampoco la jurisprudencia constitucional exigen al empleador efectuar el trámite para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades laborales superiores a 181 con cargo de las administradoras de fondos de pensiones.

Lo anterior por cuanto a que el fundamento normativo que regula tal obligación de transcribir y cubrir incapacidades expedidas por el médico tratante y solicitar el recobro ante la EPS, termina cuando el trabajador cumple los 180 días continuos de incapacidad laboral, caso en el cual, el importe de las expedidas a partir del día 181 continuará a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 121 y 142 del Decreto Ley 019 de 2012. Al respecto indica la norma:

"ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento

*de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del **Sistema General de Seguridad Social en Salud**, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, **EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.”*(negrillas y subraya fuera de texto)

Por su parte el artículo 142 señala:

*"Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la **Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.***

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”

Preceptiva que, si bien liberó a los afiliados incapacitados del trámite de la transcripción del certificado de incapacidad, para en su lugar procurarlo al empleador, así como su pago, sólo prevé dicha obligación cuando su reconocimiento corresponda al subsistema de seguridad social en salud y no al de pensiones, pues sobre este último no lo reguló la norma. Por manera que al advertir como encargada a la empleadora de tramitar las incapacidades superiores a 181, la Sala encuentra un desacierto en la decisión de primer grado en razón a que no se encuentra contenida como una de las justas causas que den margen al reconocimiento de la indemnización deprecada con fundamento al denominado despido indirecto.

Vale indicar en gracia de discusión que, si el promotor del proceso se llegó a sentir abocado a terminar el contrato por un aparente incumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones convencionales o legales, por el hecho de que la encartada debió tramitar y pagar sus incapacidades laborales aun expedidas con posterioridad al día 180, bien porque no existió concepto de rehabilitación otorgado por la EPS o porque le correspondía su cancelación, de las pruebas aportadas al plenario, se puede verificar que no se comprobó "el incumplimiento sistemático" respecto de la aducida obligación.

De hecho, esta Corporación encuentra que, aunque el demandante llegó a los 180 días de incapacidad el 2 de marzo del 2015, según se colige de la comunicación del 24 de febrero del mismo año suscrito por su empleador y de la incapacidad laboral No. 40270 expedida la Clínica de Nuestra Señora de la Paz (Cuad. 1, folio 79), misma en la que se otorgó al trabajador 30 días a partir del 5 de febrero a 6 de marzo de 2015, dicho incumplimiento no puede tener el calificativo de sistemático, pues, para ello requería que ocurriera de forma continua y periódica; descartando la posibilidad de tener en cuenta la incapacidad causada del 8 de marzo al 13 de marzo del 2015, porque al

momento de su retiro, esto es, 11 de marzo del 2015, debía cancelarse en todo caso junto con el total de liquidación por concepto de prestaciones sociales, de ahí que no se pueda calificar como sistemático o dirigido a perjudicar al trabajador o inducirlo a su renuncia y, por ello, esa última causal no se puede tener como probada.

En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL18623 de 2016, M.P. Gerardo Botero Zuluaga reiteró:

En lo que tiene que ver con el «incumplimiento sistemático» que refiere la codificación laboral, tanto en las justas causas para dar por finalizado un contrato de trabajo por parte del empleador como del trabajador, conviene traer a colación lo expresado por la Sala en sentencia de la CSJ SL, 11 may. 2006 rad. 26951, reiterada en un caso análogo de despido indirecto SL, 9 ag. 2011, rad. 41490, en la que sostuvo:

*(...) Con todo, al margen de lo anterior, es de agregar que la interpretación del Tribunal sobre la **causal de despido indirecto** que tiene que ver con <El incumplimiento **sistemático** sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales y legales>, contenida en el **ordinal 6° del literal b) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965**, y que lo llevó a concluir que la conducta de la empleadora no se enmarcaba dentro de esa causal para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de los trabajadores demandantes, al estimar que en el sub lite, fuera de que mediaban razones valederas para haberse atrasado el empleador en el cubrimiento de sueldos en algunos periodos, <La mora en el pago de los salarios nunca fue **reiterada**>, queriendo significar que el incumplimiento debe ser continuado y no ocasional para que se configure la causal; no va en contravía a lo adoctrinado por esta Sala de la Corte sobre el tema, en donde al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) de ese mismo ordenamiento, que tiene plena aplicación para esta eventualidad en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo "sistemático", en sentencia del 6 de junio de 1996 radicado 8313, puntualizó: <(…) Considera la Sala oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inejecución de las obligaciones legales o convencionales **sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir**" (resalta la Sala)>.*

Existen además otros tópicos que centraron la decisión de la A quo, consistentes con que se encontraba probado el incumplimiento sistemático de las obligaciones del empleador al considerar que no hubo pago de los aportes pensionales de la última calenda del contrato de trabajo, en tanto, que la encartada reportó la novedad de retiro el 1 de marzo del 2015, y no el 11 de marzo del 2015, fecha de terminación de la relación laboral, y además, refirió que encontrándose incapacitado el demandante la empleadora exigió su presencia en las instalaciones del Banco para rendir descargos respecto los hechos relacionados con lo sucedido con la empresa H y H Asociados y los sobregiros sujetos de investigación; situaciones que a su juicio, si bien no fueron indicadas en la carta de despido indirecto, si reforzaban la tesis de inobservancia sistemática de sus obligaciones.

Sobre tal aspecto, insiste la Sala que, la primera causa o motivo no se encuentra descrita en la carta de terminación de la relación laboral por el actor y, por tanto, aunque está debidamente acreditado que no hubo pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud durante 10 días, ello no fue discutido al interior del proceso, y, por tanto, la pasiva no tuvo oportunidad de controvertir la causa del no pago, ni el fundamento, bien sea contestando a lo expuesto o proponiendo excepciones,

impidiéndose también arribar para el efecto medios probatorios que sustentaran cada una de sus afirmaciones, para que fuesen esencialmente rebatidos y valorados por el juzgador de primer grado; quebrantándose así el *derecho al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio*¹.

Ahora si la Sala pasara por alto tal dislate, la citada circunstancia no puede considerarse como un incumplimiento sistemático, pues este no fue regular, periódico y continuo, máxime cuando del haz probatorio se desprende inequívocamente que el actor siempre estuvo afiliado al subsistema de seguridad social en salud, recibiendo así las prestaciones económicas y asistenciales que demandó su patología.

Siguiendo ese mismo hilo conductor, tampoco comparte la intelección que efectuó la a quo para reforzar la tesis del incumplimiento de obligaciones por parte del empleador demandado, pues de la simple lectura de las comunicaciones que lo citaban a descargos, se extrae que su único fin fue escuchar al trabajador respecto de los hechos que acontecieron en su ejercicio como Gerente Comercial de Zona Banca Personal, según comunicación del 1 de diciembre del 2014 "*omitió el procedimiento de establecido por el Banco para el otorgamiento de cupos de sobregiro, pago, sobre canje y negociación de remesas para Banca Personal, contenido en la Circular DGE 26.02 del Banco*" (Cuad. 1, folio 19).

De hecho, avizora la Sala que el trabajador nunca se acercó con el fin de ser escuchado en la citada diligencia, pese a las misivas adiadas del 23 de enero y 9 de febrero del 2015 (Cuad. 1, folios 20 y 21) que **invitaban** al actor a presentarse con el fin de discurrir acerca de tal suceso; por manera que nunca fue exigencia del dador del laborío en tanto que no fue más allá de una proposición, lo que de plano tampoco frustró el objeto que tuvo la incapacidad laboral que para aquellos días fuera otorgada por el médico tratante, al punto que no existe medio probatorio que permita colegir que con tales llamados se haya compelido su garantía del derecho a la salud del trabajador y con ello cohibido su recuperación satisfactoria, pues, es claro que nunca se acercó a las instalaciones del banco.

Por lo expuesto, al no haber probado la causal alegada el actor, resulta evidente el desacierto atribuido en la apelación, lo que a su vez impone a esta Colegiatura revocarla, para en su lugar absolver de dicha condena a la censura.

Costas. En ambas instancias a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, 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 decisión impugnada, para en su lugar, **ABSOLVER** a la convocada a juicio de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

¹ SL3614-2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo del demandante en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

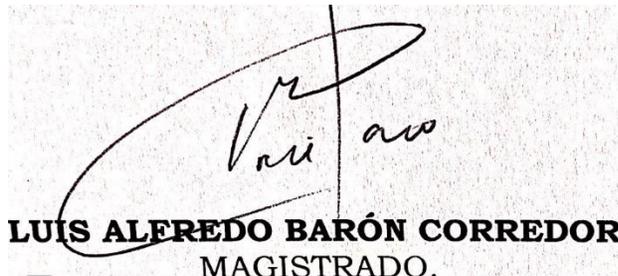
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$ 500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: PABLO ALIRIO PATARROYO CASTILLO
demandado: CORPORACIÓN SOCIAL Y CULTURAL MI TENAMPA CLUB
Radicado No.: 29-2018-00535-01
Tema.: CONTRATO REALIDAD – REVOCA.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Pablo Alirio Patarroyo Castillo, instauró demanda ordinaria contra Corporación Social y Cultural Mi Tenampa Club, con el propósito de que se declare la existencia del vínculo laboral entre las partes desde el 27 de enero del 2013 hasta el 11 de agosto del 2018, en consecuencia, se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, dotación, aportes al sistema de seguridad social, indemnización por despido sin justa causa y moratoria; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que mediante vinculación laboral prestó sus servicios personales en favor de la demandada, desempeñando el cargo de mesero, por el lapso comprendido entre el 27 de enero del 2013 al 11 de agosto del 2018, de manera ininterrumpida todos los viernes y sábados de cada semana en horario de las 5:00 p.m. a 3:00 a.m. del día siguiente.

Indicó que el salario pactado entre las partes, para el último año era de \$40.000, es decir, con un "*promedio mensual de \$1.200.000*". Además, recalcó que en todo el tiempo de la relación contractual existió una continua subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador, al punto que debía cumplir un horario. Por otro lado, adujo que la gerencia de la Corporación expidió certificación de vinculación laboral, con fecha 27 de enero del 2018, señalando expresamente que laboró desde hace 5 años como mesero.

Por último, refirió que el 11 de agosto del 2018, presentó verbalmente un despido indirecto, por causas atribuibles al empleador, esto a la falta de pago y provisión de sus derechos y demás emolumentos de carácter laboral. (fls. 25 a 34).

2. Contestación de demanda. La encartada en su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, argumentando que pretende el actor, basado en un documento espurio, demostrar una supuesta relación laboral que nunca existió, ya que las partes suscribieron un vínculo de carácter civil carente de subordinación, prestando sus servicios en forma interrumpida y a quien se le pagó sus honorarios.

En lo que hace a los supuestos fácticos indicó que el actor asistía ocasionalmente como mesero al establecimiento y por cumplir sus turnos le cancelaba \$40.000 por cada uno; que entre las partes no pactaron nada diferente a cubrir turnos como mesero los días que se requerían personal para realizar la labor, al punto que podía llegar en avanzado estado de embriaguez y se cubría el turno con otra persona sin dificultad. Agregó que desde el 27 de enero del 2013 cubría turnos, pero de manera esporádica, con interrupciones de dos y tres meses, y que a mediados del mes de agosto del 2018 definitivamente no volvió. Propuso como medios exceptivos las que denominó cobro de lo no debido, falta de causa en las obligaciones reclamadas, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica. (fols. 121-127)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de febrero del 2020, en el que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, sin imposición de costas al demandante.

Para arribar a tal decisiva, se refirió al contenido de los artículos 22 a 24 del CST, a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre tal aspecto y al material probatorio arrimado al proceso, para indicar que efectivamente de la simple actividad desempeñada por el demandante era dable concluir que se trataba de un contrato de trabajo, en tanto que ningún mesero ejerce una actividad liberal, así preste los servicios esporádicamente.

Así, indicó que se encontraban reunidos los elementos del contrato de trabajo, ya que admitió la demandada que prestaba personalmente los servicios y no fue derruida la presunción señalada en el artículo 24 del CST, demostrándose así su existencia, máxime que por la propia actividad está subordinado a su empleador. Sin embargo, pese a su demostración adujo la existencia de un yerro probatorio que le impidió impartir condena, en razón a que el demandante señaló que no iba todos los fines de semana, lo que la imposibilitada liquidar las prestaciones sociales.

En ese sentido, agregó que el actor debía demostrar claramente que días había prestado sus servicios, con el fin de que pudiese hacer la correspondiente liquidación, por lo que en esa medida despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda. (CD fol. 54)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación arguyendo que la sentencia es desacertada y contradictoria, ya que se demostró el vínculo laboral, pero sin sentido algo se absolvió de las pretensiones, además, dado que, con tan solo un día que se demuestre que existió, este debe ser pago la

totalidad de prestaciones sociales y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Sostuvo que obra certificación laboral expedida por la demandada misma que refleja los extremos temporales de la relación laboral, la cual, si bien fue tachada de falsa nunca la demostraron. Agregó que un testigo declaró que desde los años 2016, 2017 y 2018 observó trabajar al demandante. Por manera que al quedar establecido los extremos temporales con las señaladas probanzas, deben liquidarse las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales. (CD fol. 54)

6. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido las partes no presentaron alegaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Se equivocó la juez de primer grado al considerar no demostrados con exactitud los extremos temporales, motivo que le impidió calcular los derechos laborales o sociales que le correspondían al demandante, pese a tener la firme convicción de la existencia de la relación laboral que ató a las partes?
- ✓ De encontrarse desacertada la conclusión de la a quo, se estudiará ¿Es factible el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que reclama el actor en el libelo introductor?

Extremos temporales de la relación laboral.

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso recordar que el recurrente reclama que la a quo desconoció las normas que regulan el contrato laboral, pues, a su criterio claramente estaba probado no solo su existencia, sino, además, los extremos temporales, en tanto que así lo señalaban los elementos probatorios, lo que permitiría de entrada la prosperidad de sus pretensiones.

Pues bien, la Sala recuerda que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la

prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

Precisión necesaria para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral, por manera que le incumbe a la parte actora probar la prestación personal del servicio, a fin de activar la presunción legal, con lo cual la accionada asume la obligación de desvirtuar que ella no tuvo su fundamento en un contrato de trabajo; prestación personal que valga precisar, se halla demostrada no solo porque no fue objeto de reparo, pues las partes no cuestionaron las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello, sino, además, porque así lo asumió el extremo pasivo en la contestación de la demanda y el interrogatorio de parte que surtió su representante legal, donde señaló claramente que el señor Pablo Alirio Patarroyo Castillo le prestó sus servicios personales para realizar la actividad de mesero al interior de la corporación social dentro del periodo que se alude en la demanda, esto es, 27 de enero del 2013 a agosto del 2018, evento que ocurría los días viernes y sábados de 6:00 o 7:00 de la noche hasta su cierre.

De tal manera que acreditada esa prestación personal del servicio correspondía a la demandada demostrar que en esa relación no medio subordinación o dependencia, por lo que debe dejarse claro en esta instancia judicial que ninguna prueba adosó para ese efecto, es decir, no derruyó la presunción establecida en el artículo 24 citado, como bien lo señaló la Juez primigenia. De hecho, los medios de prueba llevan a la firme convicción que la prestación de servicios fue dependiente y subordinada, así se desprende de la certificación laboral expedida a folio 2 y de la testimonial escuchada. Además, es claro que dada a la naturaleza de la actividad que realizó el actor, esta no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, como en su momento lo pretendió ver la encartada, y, por el contrario, estaba atada al sometimiento del actor a las órdenes, directrices y sugerencias de la encartada además el cumplimiento de un horario.

De lo expuesto se sigue, que Pablo Alirio Patarroyo Castillo, tendría derecho a las prestaciones sociales y demás prerrogativas propias de la vinculación laboral, cuyo pago no se demostró durante la relación, a su terminación o, en el transcurso del proceso.

No obstante, pese a que ese encuentra demostrada la prestación personal del servicio, misma que se vio fue bajo el poder subordinante y dependiente de la convocada, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre eso, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor. Así, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime al trabajador de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, como equivocadamente lo sostiene la censura, pues es indispensable en procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde

satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

"Llegado a este punto, 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"

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó si la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida y dentro de los extremos que se afirman en el escrito genitor, esto es, entre el 27 de enero del 2013 al 11 de agosto del 2018; o si por el contrario esta fue esporádica u ocasional como lo alega la encartada.

Así entonces, del acopio probatorio recaudado se tiene que se arrió al plenario certificación laboral expedida por el empleador el día 27 de enero del 2018, según la cual, el promotor del proceso laboró para "*nuestra empresa desde hace 5 años desempeñándose como **MESERO** tiempo en el cual ha demostrado ser una persona responsable, honesta y cumplidora de todas sus obligaciones encomendadas.*"; probanza que es suficiente para demostrar la prestación del servicio desde la data que se indicó, tal y como se indicó en el libelo introductor, pues conforme lo ha señalado ampliamente la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral:

"El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial (...)" (Sentencias SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018)

En ese sentido, si bien el extremo pasivo indicó que el documento que se le atribuye no lo elaboró el representante legal de la Corporación, lo cierto es que el andamiaje probatorio arrió a la diligencia da cuenta que quien firmó la citada certificación fue la señora Claudia Lorena Cárdenas Rojas, misma que, aunque dijo no haber tenido autorización para su elaboración, significando además que la realizó por consideración al actor, no obstante, nunca indicó que su contenido no fuese cierto, ni tampoco que el trabajador no hubiese desempeñado su actividad desde aquella data.

De hecho, lo que si refleja sin asomo de duda es que la certificación fue creada por la Corporación, pues viene respaldada por la firma de la señora Claudia Lorena

Cárdenas Roja y sello del empleador, quien a su vez ostentaba el cargo de secretaria al interior de la empresa y se encargaba de la coordinación, administración y tareas del establecimiento, por tanto, ejerció dicha condición en calidad y representación del empleador, en los términos del artículo 32 del CST.

En este orden de ideas, no hay ninguna razón para dudar de la certificación expedida por la corporación, máxime cuando no se formuló sobre aquella tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo certificado conforme al art. 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

Ahora, tenemos los testimonios de las señora Ana Miriam León de Patarroyo (esposa del demandante) y Liliana Patricia Aza Pineda (cliente de la Corporación Social), la primera de ellas afirmó que el demandante laboraba los fines de semana, es decir, los viernes y sábados, incluso cuando acontecía algún evento especial; ello lo afirmaba por ser su esposa y, además, por cuanto fue en algún momento a esperarlo que saliera después de las 3:00 a.m. Aseverando que el demandante por un espacio de cinco días no fue a laborar en tanto que para el año 2015 sufrió un infarto, aunque afirmó que posteriormente siguió trabajando. La segunda dijo conocer al señor Patarroyo durante los años 2017 y 2018 como mesero de la Corporación Social, ya que lo observaba después de las 7 de la noche laborando y le constaba de tal situación al departir con sus compañeros de trabajo.

Mientras que los deponentes Johan Alberto Martínez Gómez (logística de seguridad) y Claudia Lorena Cárdenas Rojas ya citada, señalaron que, si bien el actor prestó sus servicios a favor de Mi Tenampa, ello lo fue esporádicamente, en razón a que, el primer deponente indicó que *"eventualmente lo llamaban para hacer turnos en la actividad de mesero, entonces lo veía un fin de semana, a veces lo veía después de 15 días, no era continuo"*, arguyendo que el demandante trabajó a partir del 2015, no obstante, de saber que con antelación lo hizo con el otro dueño en la misma modalidad, aclarando que *"hubo un tiempo que no volvió y después retorno"*. La segunda refirió que, pese a que lo conocía de tiempo atrás, al actor se le dio la oportunidad a finales del año 2016 para realizar turnos en el establecimiento, si embargo, en forma esporádica *"ya que se presenta en estado de alicoramiento y pues desafortunadamente, pues así yo no podía dejar que prestara sus servicios"*

De las declaraciones vertidas por los testigos observa la Sala que cada uno de ellos compareció a defender la tesis esgrimida por quien los convocó a declarar, por lo que atendiendo a la falta de uniformidad de sus declaraciones, debe proceder a valorarlas con rigurosidad, en ánimo de determinar cuál de ellas tiene más fuerza probatoria por su coherencia y espontaneidad, lo que de suyo implicará desestimar aquella que resulte menos consistente dadas las contradicciones y falta de certeza en los hechos narrados.

De entrada, entonces ha de advertirse que las afirmaciones efectuadas por estos últimos no ofrecen credibilidad alguna a la Sala, toda vez que, si bien adujeron fehacientemente que el demandante laboraba de forma esporádica en el establecimiento, no puede pasarse por alto que también hubo contradicciones entre uno y la otra. Ello es así, dado que mientras la una indicó que el demandante prestó sus servicios en forma esporádica a partir del 2015, el otro testigo adujo que lo fue a finales del año siguiente. Además, debe dejarse claro que la eventualidad en la labor que aduce la señora Claudia Lorena Cárdenas Rojas lo fue a causa del estado

de alicoramiento en la que presuntamente el señor Pablo Patarroyo se presentaba a prestar el servicio, no obstante, contrario a ello se evidencia de la certificación laboral adosada al informativo y que es firmada por la misma deponente, que el actor se caracterizó durante sus años de servicio al interior de la Corporación por ser *"una persona responsable, honesta y cumplidora de todas sus obligaciones encomendadas"*, de allí que dicha circunstancia haga poco creíble su declaración.

Esas inconsistencias desdibujan la veracidad de los testimonios que allegó la parte demandada, lo cual, a su declaración ninguna fuerza probatoria le otorga esta Sala y, por ende, al margen de lo anterior, se sigue dar mayor credibilidad a las deponentes Ana Miriam León de Patarroyo y Liliana Patricia Aza Pineda, pues si bien de su dicho no se desprende que todo el tiempo hayan tenido conocimiento de la prestación ininterrumpida de los servicios del promotor del proceso a favor de la encartada, sin embargo, si fueron consistentes, no incurriendo en contradicción alguna, sin que se observare falta de fluidez o espontaneidad al relatar la forma como el accionante prestó el servicio, ya que las tantas veces en las que fueron al establecimiento siempre lo vieron ahí, de modo que tiene mérito probatorio, debiendo prevalecer sobre lo demás.

Así, entonces, los medios de convicción aquí arrimados por el actor llevan al pleno convencimiento que la labor realizada por el demandante en beneficio de la demandada fue continua, permanente e ininterrumpida, pues, no solo así da cuenta la certificación laboral emitida por la propia encartada, misma que señala de forma contundente los extremos temporales de la relación, sino, además, las declaraciones aquí vertidas. Valga aclarar que, aunque el señor Pablo Patarroyo Castillo indicó que en el transcurso de la relación laboral se ausentó, aclaró que ello lo fue únicamente en razón a que sufrió de infarto en el año 2015 y, por tanto, duró cinco días sin asistir a laborar ya que *"me dio el infarto el tiempo que nos mandaron a vacaciones, salimos el 23 de diciembre y a mí me dio el infarto como el 27 o 28."*

Además, dicha interrupción no es de tal entidad que permita entender que no hubo la continuidad de la relación laboral, pues, se trata de un periodo corto que no obedece a una intención de desvinculación y, por tanto, en la realidad se desarrolló un único contrato de trabajo continuo dentro de los extremos temporales que adujo las partes y sobre la jornada laboral impuesta. (CSJ SL981-2019 reiterando SL4816-2015).

En síntesis, es claro para la Sala que aun encontrándose acreditada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem, ello no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario y la jornada laboral, entre otros, lo anterior en aplicación de la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, también ha fijado el criterio que en los casos que se tenga seguridad de la prestación personal del servicio en un determinado periodo, dicho lapso debe tener en cuenta para así poder calcular las acreencias y derechos laborales que correspondan al trabajador demandante.

Lo anterior, dado que en ocasiones se pretende desconocer los extremos temporales de una o varias relaciones laborales, ello con el fin de aminorar la protección prevista en las leyes sociales del trabajador, por manera que se debe acudir por parte del Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación

laboral, averiguándose por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación a su finalización, ello con el fin de contrarrestar tal propósito.

De allí que dicho precedente judicial resulte fundamentalmente aplicable al caso en concreto, dado que, pese a la aseveración de la encartada de indicar que la citada relación contractual no fue continua y en forma permanente, es decir, que durante los periodos en que se indican existieron varias interrupciones, lo cierto es que los medios de convicción dan cuenta la continuidad en la prestación de los servicios, tal como se certificó a folio 2 del expediente, lo cual se acompasa con las testimoniales vertidas al proceso, que por demás confirman su hito temporal, es decir, que la relación laboral tuvo vigencia en forma ininterrumpida entre el 27 de enero del 2013 al 11 de agosto del 2018.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los medios de persuasión enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio del demandante a favor de la Corporación Social y Cultural Mi Tenampa Club, y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se reitera, se deduce válidamente de las pruebas, las cuales dan cuenta que fue de forma ininterrumpida y continua la Sala no le queda otro camino que revocar la decisión de la Juez primigenia y, por ende, continuar el análisis de las pretensiones de orden condenatorio, no sin antes estudiar el salario que devengó al interior de la relación laboral.

Salario

Sobre este aspecto es del caso resaltar que las partes de forma uniforme señalaron que el actor devengaba la suma de \$40.000 diarios y como quiera que laboró dos días a la semana y el mes tiene 4.33 semanas, su salario mensual asciende a \$346.400 mensuales ($\$80.000_{(\text{salario semanal})} \times 4.33 \text{ semanas}_{(52 \text{ semanas del año}/12 \text{ meses})}$).

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de transporte.

En lo atinente a este emolumento, cumple recordar que la Ley 15 de 1959, estableció el auxilio de transporte a favor de los trabajadores que devenguen hasta dos veces el salario mínimo legal, y tiene por objeto subsidiar el traslado del trabajador desde y hacia su sitio de labor, cuando deba desplazarse, cuantía que establece el Gobierno Nacional. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 1 de 1963, debe incluirse únicamente para la liquidación de las prestaciones sociales.

Bajo lo expuesto y como quiera que aduce el trabajador que no percibió el citado auxilio debiéndose conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP demostrar su pago por la encartada, por manera que, no habiendo constancia de esto último, es decir, su cancelación, no le queda otro camino que a su condena. Lo anterior, por cuanto se demostró que el trabajador devengó menos de 2 SMLMV en vigencia de la relación laboral, además, no se probó que residiera en el mismo lugar de trabajo,

tampoco que el traslado no le implicará mayor costo o esfuerzo, mucho menos que el transporte le fuera suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la contestación de la demanda y, en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Por tanto, se condenará a la demandada a pagar por concepto de auxilio de transporte la suma equivalente a **\$1.482.651**.

Auxilio de Transporte			
Auxilio de Transporte	Valor Diario	Días laborados	Valor
2013	\$2.350	96	\$ 225.600
2014	\$2.400	104	\$ 249.600
2015	\$2.466	104	\$ 256.533
2016	\$2.590	106	\$ 274.540
2017	\$2.771	104	\$ 288.218
2018	\$2.940	64	\$ 188.160
Total			\$1.482.651

Auxilio de Cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. (Art. 253 CST)

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantía, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor a la suma **\$2.043.751** por concepto de auxilio de cesantía entre el 27 de enero del 2013 al 11 de agosto del 2018.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2013	\$ 346.400	\$ 20.351	\$ 366.751	96	\$ 340.263
2014	\$ 346.400	\$ 20.784	\$ 367.184	104	\$ 367.184
2015	\$ 346.400	\$ 21.361	\$ 367.761	104	\$ 367.761
2016	\$ 346.400	\$ 22.429	\$ 368.829	106	\$ 368.829

2017	\$ 346.400	\$ 24.000	\$ 370.400	104	\$ 370.400
2018	\$ 346.400	\$ 25.460	\$ 371.860	64	\$ 229.314
Total Auxilio de cesantías					\$ 2.043.751

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975, en la que se estipuló que:

"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable"

Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$231.752,83** por concepto de intereses a las cesantías causados del 27 de enero del 2013 al 11 de agosto del 2018.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2013	ene-14	96	\$ 340.263,43	\$ 37.882,66
2014	ene-15	104	\$ 367.184,00	\$ 44.062,08
2015	ene-16	104	\$ 367.761,33	\$ 44.131,36
2016	ene-17	106	\$ 368.829,40	\$ 44.259,53
2017	ene-18	104	\$ 370.399,72	\$ 44.447,97
2018	Terminación del contrato	64	\$ 229.313,91	\$ 16.969,23
Intereses a las cesantías				\$ 231.752,83

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$2.043.751** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
2013	\$ 346.400	\$ 20.351	\$ 366.751	96	\$ 340.263
2014	\$ 346.400	\$ 20.784	\$ 367.184	104	\$ 367.184
2015	\$ 346.400	\$ 21.361	\$ 367.761	104	\$ 367.761
2016	\$ 346.400	\$ 22.429	\$ 368.829	106	\$ 368.829
2017	\$ 346.400	\$ 24.000	\$ 370.400	104	\$ 370.400
2018	\$ 346.400	\$ 25.460	\$ 371.860	64	\$ 229.314
Total Prima de servicio					\$ 2.043.751

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente

o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma **\$960.297** por su compensación en dinero.

Vacaciones				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
27/01/2013 AL 11/08/2018	11/08/2016	\$ 346.400,00	1996	\$ 960.297
Total vacaciones				\$960.297

Dotación

Es menester recordar que de conformidad el artículo 230 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, con las modificaciones introducidas por la Ley 11 de 1984, corresponde al empleador, dentro del año calendario entregar cada 4 meses, la dotación de calzado y vestido de trabajo, cuando el trabajador haya cumplido más de 3 meses de servicios y devengue hasta 2 salarios mínimos mensuales vigentes, un par de zapatos y un vestido de labor.

El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada.

No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada. En otros términos, el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que

puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar.

Por lo anterior, esta prestación se puede demandar una vez terminado el contrato de trabajo, como quiera que en esta oportunidad lo que procede no es la orden de entrega de la dotación sino la indemnización en perjuicio, como lo enseñó nuestra Corte Constitucional en sentencia C-076-1996 y sentencia Radicación No. 35418 - 4 de agosto de dos mil nueve (2009), proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En esos términos y aplicados al presente asunto, si bien es cierto no existe ningún elemento de prueba que permita con certeza verificar que los demandados cumplieron con su deber legal de hacer entrega de la dotación de calzado y vestido de trabajo a su trabajador, también lo es que, de acuerdo con los lineamientos sobre la carga de la prueba, corresponde al demandante allegar demostrar el valor de los perjuicios, y es la prueba pericial la idónea para determinar su monto, la cual no aparece acreditada en el presente asunto, y ante las falencias probatorias de quien tiene la carga, no respecto del incumplimiento sino respecto al valor cuantificable de las dotaciones, se absolverá a la parte demandada de dicha pretensión.

Despido indirecto

Pretende la demandante el pago de la indemnización por despido sin justa causa, sustentada en el hecho de que se produjo renuncia motivada ya que la demandada sistemáticamente incumplió con sus obligaciones.

Al respecto, lo primero que se debe advertir es que, si bien en la norma adjetiva no se define expresamente la figura del despido indirecto, sin embargo, la misma ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia y, en ese sentido se ha dejado claro que la citada figura es el hecho de que el trabajador decide su retiro, pero lo hace presionado por la conducta del empleador.

Ahora, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que:

"PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."

Tras lo indicado, se observa que el trabajador también puede dar por terminado el contrato de trabajo con su empleador cuando este considere que el empleador ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones o ha realizado actos que atenten directamente con el desarrollo de sus funciones que transgreden la naturaleza del contrato de trabajo; para lo cual, el trabajador puede invocar las justas causas para dar por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo y reclamar la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., causales que se encuentran de manera taxativa en los artículo 62 y 63 del mismo cuerpo normativo.

Aclarando que no basta solo con invocar la causal fundada en la Ley para determinar la existencia u ocurrencia de una justa causa para dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que la parte que quien pretende el finiquito - en este caso el trabajador por tratarse de un despido indirecto-, deberá señalar los hechos o

motivaciones que dan origen a su decisión, tal como lo previó la Corte Constitucional en sentencia C – 594 de 1997.

La razón de lo anterior es por cuanto a que se permite con ello inferir cuales son las razones de fondo que configuran la justa causa legal para dar por finalizado el vínculo laboral, en desarrollo de los principios de buena fe y lealtad que se encuentra atadas al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL19995-2017, reiteró una vez más lo siguiente:

"El despido indirecto, se materializa cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque de antaño se ha precisado, que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (CSJ SL18623-2016)."

En conclusión, que quien pretenda presentar su decisión de terminar la relación laboral, deberá, como primera medida, manifestarle a su empleador las razones de la terminación del vínculo, tal cual lo consagra el parágrafo del artículo 62 ibídem; en segundo lugar, deberá indicarse los motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo y, en tercer lugar, demostrar que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador.

En virtud de lo anterior, corresponde en este momento revisar el material probatorio allegado al instructivo, para establecer si el promotor del proceso al momento de terminación de la relación laboral le manifestó al empleador la causal o motivo de esa determinación y conforme a ello, si demostró los hechos que la conforman.

Pues bien, al realizar una valoración de las pruebas allegadas al plenario la Sala observa que no se demostró al momento de terminar la relación laboral su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo bajo una exposición clara y concreta de las razones sobre las cuales basa su decisión, pues sobre esto no existe ningún medio de prueba adosado, quedando únicamente la afirmación de que ello aconteció, la cual no puede ser tenida en cuenta para los efectos que pretende el demandante, por manera que habrá de absolverse a la encartada de esta pretensión.

Indemnización moratoria

Respecto a este pedimento cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través del citado contrato, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbró de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo una estricta subordinación y poderío de esta, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

En consecuencia, se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (folio 17, acta de reparto del 24 de septiembre del 2019), en consecuencia, le corresponde la suma de \$11.546 diarios a partir del 12 de agosto de 2018 hasta que se efectuó el pago total de las acreencias adeudas.

Aportes al sistema de seguridad social

Frente a esta pretensión, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, se evidencia que no existe prueba que permita colegir el pago de los aportes dentro del periodo 27 de enero del 2013 al 11 de agosto del 2018, así procederá la Sala, pero únicamente en lo atinente al subsistema en pensión. En ese sentido, se **CONDENARÁ** a la demandada a pagar previo calculo actuarial elaborado por el fondo al cual se encuentra afiliado el demandante los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión durante el citado lapso, teniendo en cuenta que el trabajador laboró 2 días a la semana, cuyo salario correspondió a \$40.000 por día, en los términos del Decreto 2616 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015.

En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera".

Por último, es menester señalar que, frente a los demás aportes al sistema de seguridad social, esto es, salud, no habrá lugar a su pago, como quiera que la relación laboral ya terminó y, por tanto, no es procedente su reclamación y pago posterior a la vigencia de esta. Diferente sería, si el demandante hubiese pretendido la devolución de los aportes pagados en exceso, caso en el cual, procedería el reintegro de dichos pagos o el pago de algún perjuicio causado con la omisión, situación que no ocurre en tanto que no fue solicitado de esa forma por el actor.

Costas. En ambas instancias a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 3 de febrero del 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **PABLO ALIRIO PATARROYO CASTILLO** y la

CORPORACIÓN SOCIAL Y CULTURAL MI TENAMPA CLUB entre el 27 de enero del 2013 al 11 de agosto del 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **CORPORACIÓN SOCIAL Y CULTURAL MI TENAMPA CLUB** a pagar al señor **PABLO ALIRIO PATARROYO CASTILLO** las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$2.043.751**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$231.752,83**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$2.043.751**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$960.297**, por concepto de vacaciones.
- e) **\$1.482.651.**, por concepto de auxilio de transporte.
- f) Por concepto de Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma diaria de **\$11.546** a partir del 12 de agosto del 2018 hasta que se efectúe el pago total de las prestaciones adeudadas.

TERCERO: CONDENAR a la **CORPORACIÓN SOCIAL Y CULTURAL MI TENAMPA CLUB** pagar previo calculo actuarial elaborado por el fondo al cual se encuentra afiliado el demandante los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización durante el periodo del 27 de enero del 2013 al 11 de agosto del 2018, teniendo en cuenta que el trabajador laboró 2 días a la semana, cuyo salario correspondió a \$40.000 por día, en los términos del Decreto 2616 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **PABLO ALIRIO PATARROYO CASTILLO**.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada en los términos del numeral 4º del art. 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$850.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

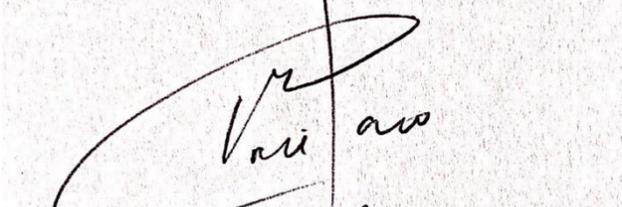
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$850.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CLAUDIA CECILIA LÓPEZ PEÑARANDA
Demandante: BEATRIZ MARÍA ÁLVAREZ BEDOYA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL- UGPP.
Radicación: 1100131050-15-2018-00277-01 – ACUMULADO 54-001-31-05-
002-2018-00390-00.
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda.

1.1. Beatriz María Álvarez Bedoya. Instauró demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP con el propósito de que se reconozca y pague la sustitución pensional en calidad de conyuge supérstite del señor Jorge Enrique Ramírez en un 100% a partir del 20 de mayo del 2017. Como consecuencia de ello, se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de la citada prestación, las mesadas reajustadas desde el momento del fallecimiento, retroactivo junto con los incrementos anuales de ley, intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el señor Jorge Enrique Ramírez Niño le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 1433 del 20 de junio del 2006, misma que se reliquidó mediante Resolución No. 0689 de 2010. Sostuvo que contrajeron matrimonio el día 20 de noviembre de 1982 y que su relación conyugal como su convivencia como pareja se extendió hasta la fecha del óbito; que fruto de la relación nacieron 2 hijos, actualmente mayores de edad de nombres Roger Ricardo y Rawin Raúl Ramírez Álvarez.

Indicó que solicitó la sustitución pensional el día 13 de junio de 2107, sin embargo, fue negada bajo el argumento de que la señora Claudia Cecilia López Peñaranda también efectuó petición pensional con ocasión del fallecimiento de su cónyuge y, por tanto, le

manifestaron que no contaba con competencia para resolver la controversia. (Proceso 54-001-31-05-002-2018-00390-00, fols. 21 a 24).

1.2. Claudia Cecilia López Peñaranda. Por su parte la señora Claudia Cecilia López Peñaranda, presentó demanda ordinaria con el fin de que se declare que en su calidad de compañera permanente es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante Jorge Enrique Ramírez Niño quien falleció el 20 de mayo de 2017 y en tal virtud el pago de la pensión de sobrevivientes junto con las mesadas pensionales dejadas de percibir, así como los intereses moratorios que den lugar; lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones en el sentido indicar que con el causante convivieron durante 18 años en unión marital de hecho hasta el día del fallecimiento; que durante dicho lapso nunca conoció la existencia de otra persona con la cual el óbito estuviera haciendo vida conyugal. Agregó que el 9 de julio 2017 solicitó ante la UGPP, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero dicha solicitud fue negada mediante Resolución Numero RPD 034449 del 4 de septiembre de 2017. (Proceso 1100131050-15-2018-00277-01, fols. 2 a 7).

2. Contestación de la demanda.

2.1. La **UGPP** al momento de descender el término de traslado indicó respecto a las pretensiones de la demanda de la señora Beatriz María Álvarez Bedoya que se atenía a lo dispuesto en la resolución de la controversia y, en cuanto a los hechos señaló que deben ser debatidos en el presente proceso, siendo necesario su demostración ante la jurisdicción ordinaria laboral. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción de mesadas pensionales, inexistencia de la obligación reclamada y buena fe. (Proceso 54-001-31-05-002-2018-00390-00, fols. 89 a 94).

2.2. Por su parte la señora **Claudia Cecilia López Peñaranda** en respuesta a la demanda presentada por Beatriz María Álvarez Bedoya se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, argumentando que no le corresponde el reconocimiento pensional, toda vez que le asiste en su condición de compañera permanente, puesto que la fecha de convivencia se dio desde el 15 de diciembre del 98 hasta el 20 de mayo del 2017, sin que se presentará una convivencia simultánea. Propuso como excepciones de mérito las de buena fe y genérica. (Proceso 54-001-31-05-002-2018-00390-00, fols. 89 a 94).

2.3. La **UGPP** en respuesta a la demanda formulada por Claudia Cecilia López Peñaranda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de esta. Sobre los supuestos facticos manifestó que no es cierto que la citada fuese la única sobreviviente del fallecimiento del señor Jorge Enrique Ramírez Niño, toda vez que, como se observa en Resolución RPD 041499 del 2017, también se presentó a reclamar la sustitución pensional la señora Beatriz María Álvarez. Propuso como medios exceptivos las de no existe responsabilidad de la entidad de pensiones cuando ha actuado en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 1204 del 2008, cuando existe conflicto de beneficiarios de pensión; inexistencia de la obligación en caso de que el demandante no demuestre su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes demandada; calidad de compañera permanente de la señora Claudia Cecilia López Peñaranda – Deber de demostrar la convivencia en los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento – no se logró probar la convivencia por la demandante; prescripción, buena fe y excepción innominada o genérica. (Proceso 1100131050-15-2018-00277-01, fols. 50 a 54).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma en ambos procesos, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en estos.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de diciembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia condenó a UGPP al reconocimiento y pago a favor de las demandantes la pensión de sobrevivientes a partir del día 20 de mayo del 2017, en un porcentaje del 80% a favor de la señora Beatriz María Álvarez Bedoya, mientras que el 20% a Claudia Cecilia López. Así mismo, ordenó el pago del correspondiente retroactivo; autorizó para que la encartada descontará de dicho valor los aportes al subsistema de seguridad social en salud; condenó en costas a la parte demandada y negó los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para arribar a tal decisiva señaló que el señor Jorge Enrique Ramírez Niño tenía condición de pensionado y falleció el 20 de mayo del año 2017, por lo que a partir de dichas deducciones adujo que la ley aplicable para resolver el asunto es lo establecido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Así, luego de hacer un recuento jurisprudencial sobre tal aspecto, concluyó que la compañera permanente debía acreditar 5 años mínimos de convivencia al momento de la muerte, mientras que la cónyuge le correspondía probar 5 años o más en cualquier época, pero manteniendo ese lazo afectivo con él causante.

En ese sentido, significó que, de acuerdo con el acervo probatorio, el señor Jorge Enrique Ramírez Niño mantuvo vínculo matrimonial con la señora Beatriz María Álvarez desde el 20 de noviembre de 1982 hasta la fecha de su fallecimiento; que fruto de la relación procrearon a dos hijos. Por otro lado, indicó que el causante y la señora Claudia Cecilia López Peñaranda convivieron como compañeros permanentes en el periodo 2010 a 2017.

Así, basó fundamentalmente su decisión en los interrogatorios de parte y de las pruebas documentales, ya que a su juicio los testigos incurrieron en contradicciones, concluyendo que, si bien la señora Beatriz Álvarez emigró a Venezuela en el año 2012 y el señor Ramírez se quedó en Colombia, lo cierto es que el lazo efectivo entre ambos continuó, lo que no contradice la existencia simultánea de una relación con la señora Claudia López que se fue a vivir con el causante en el año 2010. Sin embargo, referente a esta última arguyó que no pudo probar la condición de compañeros de vida en el período comprendido desde 1998 y antes al 2010.

De esta forma concluyó que el señor Jorge Enrique Ramírez Niño tuvo vida de pareja desde el 20 noviembre del año 1982, que se casó con la señora Beatriz Álvarez hasta el momento de su deceso en el 2017 y frente a la señora Claudia Cecilia López, por los 7 años de convivencia a partir del 2010 hasta el 2017. Así las cosas, dispuso reconocer la prestación pensional en el mismo valor que venía devengando el señor Jorge en una distribución de los porcentajes que corresponderá entonces, a la señora Beatriz Álvarez del 80% y a la señora Claudia López del 20%. (Proceso 1100131050-15-2018-00277-01, Cd. 158)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Apelación Beatriz María Álvarez Bedoya. En sustento de su recurso se opuso al porcentaje que le fue reconocido a la señora Claudia Cecilia López y su calidad de compañera permanente, aduciendo la inexistencia de convivencia ininterrumpida desde el año 2010 al año 2017. Ello, ante la carencia de prueba en el proceso, puesto que los

testigos traídos a colación no pudieron evidenciar esos 5 años ininterrumpidos, ya que todos indicaban que el señor Jorge Ramírez vivía solo y sin alguien que lo asistiera cuando estaba enfermo.

Agregó que la señora Claudia Cecilia López aceptó que no existió convivencia ininterrumpida por la pareja desde el mes de noviembre del año 2016 hasta febrero del 2017 ante el arribo de su esposa, la señora Beatriz y los hijos. Por lo que, dadas las condiciones de tiempo, modo y lugar, no es posible evidenciar la convivencia en los últimos años de su vida, tampoco que existió dependencia económica, dado que todos los testigos dicen que falleció sin ninguna compañía. (Proceso 1100131050-15-2018-00277-01, Cd. 158)

5.2. Apelación Claudia Cecilia López Peñaranda. Presentó recurso de apelación únicamente en lo que respecta al porcentaje decidido, en el sentido de tener como probado que la convivencia entre la señora Beatriz Álvarez y el señor Jorge Ramírez se dio por un lapso de 28 años comprendido desde 1982 hasta el año 2010, teniendo en cuenta que los testimonios correspondientes a las hermanas del causante del derecho, las señoras Anita Ramírez y Nelly Ramírez, informaron de manera clara y puntual que Beatriz Álvarez había emigrado para Venezuela hacía aproximadamente 18 años. (Proceso 1100131050-15-2018-00277-01, Cd. 158)

5.3. Apelación demandada. En su recurso controversió la valoración de convivencia respecto de la señora Beatriz María Álvarez Bedoya, afirmando que se parte de la base de la convivencia del año 1982, con una prueba documental que, aunque es auténtica no es suficiente para demostrar coexistencia. Además, indicó que no encuentra prueba contundente y sólida de convivencia al menos hasta el año 2010, ya que después de ese año fijó su residencia en Venezuela. Recordó que en materia probatoria los dichos que ofrecen las propias partes al absolver el interrogatorio de parte solamente serán pruebas de acuerdo con las reglas de la confesión en aquellas manifestaciones que le sean contrarias y que no le beneficien, excluyéndose cualquier manifestación en provecho propio. En ese sentido, arguyó que no está demostrado en el proceso en modo alguno ni la convivencia en los últimos años, tampoco desde el 20 de noviembre de 1982.

Por otra parte, en lo que respecta a Claudia Cecilia López refirió que no existe ninguna otra prueba que pudiese indicar que lo acompañó de una manera permanente y sistemática dadas las condiciones particulares de salud del señor Ramírez Niño, quien padeciera una enfermedad penosa y catastrófica como fue el cáncer. Argumentó que sus testigos fueron incongruentes, además, conocían aspectos que ni siquiera daban cuenta las partes. Por último, puntualizó el desacuerdo con la condena en costas, explicando que cumplió con suspender el reconocimiento de las reclamaciones pensionales con aplicación de lo dispuesto en la Ley 1204 de 2008, dando competencia a la jurisdicción para resolver la causa. (Proceso 1100131050-15-2018-00277-01, Cd. 158)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Beatriz María Álvarez Bedoya. En su escrito señaló que resulta insuficiente lo asomado por la señora Claudia Cecilia López, para pretender demostrar su calidad de compañera supérstite del causante; lo anterior en atención a que causa extrañeza, en lo que respecta, a los testigos allegados que corresponden únicamente a dos hermanas del causante, las cuales, además de cambiar las declaraciones inicialmente rendidas a la empresa CIZA (investigadores de la UGPP), las mismas no residían cerca a la presunta pareja, por lo cual no tenían conocimiento directo de cómo se podría

desarrollar la relación marital, ya que tampoco pueden establecer una constante relación con la pareja que pudiese dar certeza al juzgador sobre la circunstancias en la que se pretende demostrar se desarrolló la supuesta relación. (Proceso 1100131050-15-2018-00277-01, Cd. 158)

6.2. Claudia Cecilia López Peñaranda. Refirió que con base en los testimonios allegados al plenario se podría concluir que empezó a convivir todos los fines de semana con el señor Jorge Enrique desde finales del año 1999 y que a partir del año 2010 y hasta la fecha del fallecimiento del causante dicha convivencia se dio de forma permanente, por lo tanto, indicó que el porcentaje pensional establecido por el A quo no es acorde con la realidad, en consecuencia deberá aumentarse efectuando nuevamente el cálculo, teniendo como tiempo de convivencia entre su representada y el señor Jorge Enrique alrededor de 18 años (1999 a 2017). (Proceso 1100131050-15-2018-00277-01, Cd. 158)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta a favor de la UGPP en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- ✓ ¿La prestación reclamada deberá ser compartida entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente del señor Jorge Enrique Ramírez Niño, proporcionalmente atendiendo el tiempo de convivencia que tuvo con las señoras Beatriz María Álvarez Bedoya y Claudia Cecilia López Peñaranda? De ser afirmativa la respuesta ¿A partir de que data y en qué proporción debe ser su reconocimiento?
- ✓ Por otro lado, ¿Hay lugar al reconocimiento y pago de costas procesales a favor de las actoras y en contra de la demandada UGPP?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Jorge Enrique Ramírez Niño se encuentra acreditado con el registro de defunción, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 20 de mayo de 2017, como se indicó en el cartapacio.

Normatividad aplicable

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 20 de mayo del 2017.

Calidad de pensionado del cujus

No se discute que el señor Jorge Enrique Ramírez Niño fue pensionado por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom, por medio de la Resolución No. 1433

del 20 de junio del 2006, misma que fue reliquidada mediante acto administrativo No. 0689 del 14 de abril del 2010, lo cual es aceptado por la UGPP. (Proceso 1100131050-15-2018-00277-01, Cd. 60)

Beneficiarios de la pensión de sobreviviente

El numeral 1° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

Requisitos de la pensión de sobreviviente

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, señala que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años. Indica además la norma, que en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, siendo del caso precisar que la cónyuge supérstite debe acreditar dicha exigencia en cualquier tiempo.

Tiempo de convivencia.

Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4° del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la demandante o la compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

Derecho reclamado por la señora Beatriz María Álvarez

- Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Beatriz María Álvarez Bedolla nació el 17 de abril de 1959, según da fe la copia de su cédula

de ciudadanía (Proceso 54-001-31-05-002-2018-00390-00, fol. 3), luego para la muerte del señor Jorge Enrique Ramírez Niño contaba con 58 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

- Calidad de cónyuge supérstite.

Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora Beatriz María Álvarez contrajo matrimonio con el señor Jorge Enrique Ramírez Niño el 20 de noviembre de 1982 (expediente administrativo), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado, siendo importante advertir, además, que de dicha unión nacieron los señores Raúl Ramírez Álvarez y Roger Ricardo Ramírez Álvarez. (expediente administrativo).

- Prueba de la convivencia de la cónyuge

Ahora, para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Jorge Enrique Ramírez Niño, y teniendo en cuenta que la demandada arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando que se recaudó la declaración de Esmeralda Flores (vecina del causante), quien señaló conocer a la pareja conformada por Jorge Enrique Ramírez Niño y Beatriz María Álvarez Bedoya desde el año 1982, aduciendo que procrearon dos hijos. Indicó que la pareja siempre mantuvo la relación sentimental hasta que su esposa se fue para Venezuela en el año 2012-2013, visitándolo cada mes, agregando que durante el tiempo que no concurría lo cuidaba su familia. Lo anterior, adujo le constaba porque al momento del arribó a Colombia la visitaba y le narraba, entre otras cosas, la enfermedad por la que estaba atravesando. De otro lado, aseguró que el fallecido era una persona agresiva, dado que era farmacodependiente, al punto que su esposa tuvo un aborto. Finalmente, afirmó que Beatriz no estuvo en el entierro, además, que nunca conoció a la compañera permanente.

Por otra parte, rindió declaración la señora Lucy Guerrero Saavedra (vecina del causante), quien refirió conocer a la cónyuge supérstite hace 17 años, señaló que tenía su esposo y dos hijos, mismos que convivieron hasta el año 2012-2013, dado que el hijo menor, Raúl, se fue para Venezuela, *por los problemas con el papá por la manera en que el trataba a la mujer, era muy soez, ahí se fue Roger y optaron llevar a Betty, que cuando todo se mejorará, se llevaban a Jorge, pero eso nunca sucedió.* Arguyó que Jorge Enrique llevaba mujeres esporádicamente, pero, ninguna que viviera en la casa; tal es el caso de la señora Claudia, quien además lo acompañaba a reclamar su pensión. Dijo que la señora Beatriz visitaba con frecuencia a su esposo, es decir, cada mes y medio quedándose de 15 a 20 días en la casa, razón por la que Claudia Cecilia asistía esporádicamente. Significó que cuando enfermó Jorge Enrique ninguna persona lo cuidaba, al mismo tiempo que estaba descuidado, la casa desordenada y mantenía encerrado, agregando que *"lo único que me decía mi a veces, con palabras textuales de él, que me decía que cuando fuera la señora Claudia o la familia de ella, que no se la fuera a dejar que le pasara para allá, que le llamara la policía que porque ella se robaba la plata y las medicinas. Palabras textuales dichas por él."*

Finalmente, el señor German Quintero (compadre de Beatriz) relató que conoció a la pareja quienes convivieron de forma permanente, no obstante, a raíz de su problema de adicción que lo impulsaba a hacer agresivo con su esposa, al punto que por dicha situación perdió un niño, tuvo que irse con sus hijos a Venezuela aproximadamente en el año 2011-2012; acotando que su esposa iba cada mes a visitarlo y ello le constaba

porque tenía contacto con ella. Por otro lado, mencionó que el fallecido vivió solo, sin embargo, lo veía arribar al banco donde laboraba con una señora a reclamar la pensión a quien no conocía.

Ahora, en igual sentido la señora Beatriz María Álvarez en interrogatorio de parte surtido explicó que se casó en el año 1982 con el señor Jorge Enrique Ramírez Niño, manteniendo convivencia hasta el año 2012, dado a que tuvo que salir con destino a Venezuela junto con sus hijos. Refirió que, a pesar de ello, siempre estuvo pendiente de su esposo incluso cuando se agravó, visitándolo cada mes no obstante de no haber asistido a su entierro dado a los problemas fronterizos entre Colombia y Venezuela.

De lo anterior, se colige que, contrario lo dicho por la censura, la cónyuge no demostró el requisito de convivencia con el causante en los últimos años de vida de éste, en razón a que dichas probanzas escatiman la inexistencia de una *efectiva, real y material* convivencia entre la pareja entre el año 2012 a la fecha del óbito.

Pese a ello, resulta en **primer lugar** claro que, se deben tener en cuenta los años que compartió la pareja antes del rompimiento de la convivencia, los cuales, a simple vista son superiores a los cinco años que exige la norma, tiempo en el cual resulta evidente que la pajera mantuvo lazos familiares, por manera que la cónyuge lo acompañó durante su vida productiva y participó en la construcción de la prestación económica, siendo solidaria en sus necesidades, al punto que el vínculo matrimonial se mantuvo vigente, es decir, pese a la separación de cuerpos que se suscitó, nunca se divorciaron.

En ese sentido, la falta de convivencia entre los cónyuges durante los cinco años anteriores al deceso no es óbice para negar la prestación económica reclamada, además, por cuanto que sobre el alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde tiempo atrás estableció que dicho requisito **podrá ser acreditado por la cónyuge en cualquier tiempo**, siempre y cuando permanezca el lazo matrimonial vigente, independientemente de que existiere una separación de hecho, postura reiterada en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017, SL3505-2018 y SL1399-2019.

En **segundo lugar** y aún más importante en el sub examine, la Sala no puede pasar inadvertidos los relatos de los testigos, quienes dieron fe de que la convivencia se vio afectada y no llegó hasta el deceso del cónyuge debido al **maltrato** físico y psicológico que la accionante recibía de este, al punto que tuvieron que partir hacia otro país, es decir, que la separación de la pareja tuvo lugar por circunstancias irresistibles y ajenas a la Señora Beatriz Álvarez, no pudiendo la Sala castigarla con la pérdida o disminución de la prestación por ejercer su legítimo derecho de proteger su vida e integridad personal.

Lo anterior, sirve además para hacer hincapié respecto del periodo de convivencia entre el pensionado fallecido y la demandante Beatriz María Álvarez que debe tenerse en cuenta para la pensión que pretende sucederse, acotando, que el tiempo de coexistencia definido por el A quo debe mantenerse incólume, ya que, si bien la censura predica que no hubo convivencia efectiva, real y material entre el año 2012 al 2017, la realidad refleja, como se dijo precedentemente, que tal situación obedeció por los malos tratos a los que fue sometida por parte de su cónyuge y que de contera la llevó a trasladarse a otro país junto con sus hijos.

Así, contrario a lo afirmado por la censura, este asunto no puede ser analizado bajo el entendimiento de que la demandante y el señor Jorge Enrique Ramírez Niño después del año 2012, fecha en la que se trasladó, no tuvo comunidad de vida basada en el apoyo mutuo, colaboración recíproca, cohabitación bajo el mismo techo y el ánimo de brindarse sostén y asistencia mutua, ya que necesario es analizar dicha condición sobre la **perspectiva de género**, en aras de promover toda prohibición de discriminación contra la mujer, situación que no puede ser ajena a esta Sala de Decisión Laboral, no solo porque existe mandato en ese sentido en nuestra Constitución Política, como se desprende del contenido de los artículos 13, 24, 43 y 53 sino también porque así se encuentra previsto en los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de Constitucionalidad¹ y que han sido objeto de desarrollo por nuestras altas Cortes; con esta interpretación sistemática y finalista logramos materializar el derecho a la igualdad contenido en nuestra carta magna para que no se quede simplemente en lo formal, decisión que propende por la protección de los derechos inherentes a la humanidad de las mujeres, acorde a la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que no es otra que brindar apoyo al grupo familiar del afiliado o pensionado que fallezca, para que no tenga que soportar además de la carga espiritual también la económica que esta situación trae consigo.

Bajo ese entendimiento, emerge sin duda de la valoración de los testimonios, juntamente con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, para entender que la vida en común con vocación de permanencia fue interrumpida debido a la violencia de género que se presentaba al interior del hogar, al punto que entre esas varias situaciones arremetió físicamente contra la demandante acarreándole la pérdida de su hijo que estaba por nacer. Bajo la reseñada situación, es posible advertir que la convivencia fue suspendida no a causa de la intención o querer de la señora Beatriz Álvarez, sino, de cara a los protervos tratos que recibía del señor Jorge Enrique Ramírez Niño, quien además tenía problemas de consumo de sustancias psicoactivas que lo hacían agresivo, conforme lo señalaron insistentemente los testigos.

Frente a este tema, nuestra H. CSJ en sentencia SL2010 de 2019 enseñó que el presupuesto de la convivencia exigido legalmente no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de los cónyuges, específicamente en contextos en los que el presunto beneficiario ha sido sometido a maltrato físico y psicológico, que lo lleva forzosamente a la separación, pues no se puede culpar al consorte víctima de renunciar a la cohabitación y castigarlo con la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes, ya que además de que la separación es un ejercicio legítimo del derecho a la vida y la integridad personal, el legislador no lo puede obligar a lo imposible o establecerle cargas irrazonables, máxime cuando nuestro ordenamiento jurídico establece una gama de reglas y principios encaminados a prevenir, remediar y castigar cualquier forma de maltrato intrafamiliar, además de proteger de prevenir y castigar cualquier forma de violencia en contra de la mujer, precisando que una tesis contraria sería una manera de revictimización que no atiende los valores más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la igualdad, la no discriminación y el artículo 12 de la CP.

Asimismo, en torno al adecuado entendimiento de dicho precepto legal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1727 de 2020, señaló al respecto:

¹ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención interamericana sobre derechos humanos, Convención interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer, Convención sobre los derechos civiles y políticos de la mujer, Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer.

“Sin duda, el caso bajo estudio plantea una importante tensión para el derecho, esto es, la incidencia de la violencia de género en la determinación del régimen jurídico de la pensión de sobrevivientes. Esta temática ha sido abordada por la Corte Constitucional y también por esta Sala, en dos supuestos. El primero de ellos, cuando el beneficiario de la prestación resulta ser el agresor, y conforme a derecho, desde una perspectiva preventiva y sancionadora se restringe su acceso a la pensión, pues no se podrían derivar beneficios económicos para éstos.

El caso es ilustrativo porque da cuenta de la excepción realizada por la jurisprudencia constitucional al aplicar la norma, cuando aún cumpliéndose los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, se pierde el derecho por ejercer violencia contra la pareja, en virtud de la tutela a bienes jurídicos elementales como son la vida o la integridad física².

En el segundo supuesto, de contornos similares al estudiado, la potencial beneficiaria de la pensión de sobrevivientes fue víctima del maltrato doméstico, y como consecuencia de ello, se produjo la separación entre los cónyuges. Sin embargo, aunque no existía convivencia al momento del deceso del causante, esta Sala en la sentencia CSJ SL2010-2019 concedió la prestación

Los fundamentos expuestos para otorgar el beneficio pensional fueron: (i) que la accionante interrumpió la convivencia con su cónyuge debido a los actos de violencia a los que éste la sometía; (ii) que el requisito de convivencia para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente no es exigible cuando se prueba, siquiera sumariamente, que la separación fue culpa exclusiva del cónyuge causante; (iii) que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, los 5 años de convivencia exigidos para la sustitución pensional podían darse en cualquier tiempo, mientras se mantuviera el vínculo del matrimonio; (iv) que el requisito de convivencia no se podía considerar incumplido solamente por la separación de cuerpos, cuando la beneficiaria fue sometida a maltrato físico y psicológico; y (v) que existen reglas y principios en el ordenamiento jurídico colombiano que obligan al Estado a prevenir, remediar y castigar cualquier forma de maltrato intrafamiliar.”

Por lo que es claro para la Sala que el período de convivencia entre el pensionado fallecido y la demandante Beatriz María Álvarez que debe tenerse en cuenta para la pensión de sobrevivientes es el comprendido entre el 20 de noviembre de 1982 al 20 de mayo de 2017.

Sentando lo anterior, debe precisarse que sobre el porcentaje que le corresponderá o si tiene derecho a la totalidad de la prestación económica, la Sala se pronunciará una vez se defina el derecho que le asiste a la demandante Claudia Cecilia López Peñaranda.

Derecho reclamado por la señora Claudia Cecilia López Peñaranda

- Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Claudia Cecilia López Peñaranda nació el 5 de agosto de 1967, según da cuenta el registro civil de nacimiento (expediente administrativo), luego para la muerte del señor Jorge Enrique Ramírez Niño, contaba con 50 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

² En ese sentido ver ZÚÑIGA ROMERO, Marjorie (2018). Análisis de la doctrina jurisprudencial sobre pensiones en los eventos de homicidio y suicidio. Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social No. 207, Mayo–Junio. Legis. Bogotá.

- Calidad de Compañera Permanente.

Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle la convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudir a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 del 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

- Prueba de la convivencia de la compañera permanente.

En relación con la inconformidad formulada respecto de la decisión proferida por el fallador de primera instancia sobre el derecho que le asiste a la demandante en calidad de compañera permanente, ha de precisar la Sala que analizado en su conjunto el material probatorio obrante en el proceso, se observa acreditada la convivencia en los términos señalados por el A quo, tal como se expone a continuación:

En lo atinente a los testigos, compareció a declarar la señora Anita Ramírez Niño, hermana del causante Jorge Enrique Ramírez Niño y quien recuerda que la demandante estuvo presente en el año 1998 en la casa de la cual habitaba, por lo que creyó que a partir del siguiente año empezaron a tener relación sentimental. Agregó que tiempo después, para el año 2010 su compañera se fue a vivir a la casa del causante, pues, ello le constaba por la frecuencia en la que departían en almuerzos o en algunos diciembres. Refirió que Claudia Cecilia siempre estuvo pendiente de él, a pesar de que para el año 2016 se lo llevaron para la casa de la testigo ante la enfermedad que lo acometida, tiempo en el que iban sus hijos de manera que su compañera lo visitaba los viernes a domingo. Posteriormente, relató que la señora Claudia Cecilia tenía un hijo, del que no sabía el nombre, ni era del causante y tampoco se dio cuenta que para el año 98 y 99 estuviese embarazada dada su contextura física. Sostuvo que su hermano no tenía problemas de drogadicción, y que no lo visitaba con frecuencia, aclarando que *"cuando estaba ella ahí sola, ella lo cuidaba. Cuando llegaron los hijos ahí si a ella le tocó salirse de ahí."*

Por su parte, Nelly Ramírez Niño, también hermana del causante, en su declaración aseguró que entre 1998 y 1999 conoció a la señora Claudia Cecilia, puesto, que su hermano la llevó a la casa y la presentó como su novia, personas a las que siempre mantenían juntos. Ello le constaba porque se visitaban mucho, además, para el año 2010 decidieron vivir juntos, sin embargo, en el 2016 salió de su casa ante la presión que ejerció sus dos hijos, tiempo en el que también lo trasladaron para la casa de una de las testigos, por lo que, si bien dejaron de convivir, empero, se quedaba los fines de semana al cuidado de él. Posteriormente, aclaró que su hermano convivió con la señora Beatriz hasta que arribó a Venezuela, por lo que a partir de dicha circunstancia se *"metió con la señora Claudia. Y de ahí para allá, hasta que él murió."* Finalmente, adujo que tenía conocimiento de la existencia de un hijo de la señora Claudia Cecilia, pero no supo quién fue el papá, además, tampoco lo conoció, ni sabía de su embarazo para dicha data dado a su contextura física.

También acudió como testigo la señora Graciela Castro Cañaveral (amiga de la demandante), quien señaló que observó a Claudia Cecilia y Jorge Enrique mantener un noviazgo en el año 99, pero, aseguró que en el año 2010 se organizaron y convivieron en la casa del fallecido.

Las señaladas declaraciones fueron coherentes con lo dicho por la actora, ya que la señora Claudia Cecilia López Peñaranda en el interrogatorio que surtió indicó que la relación sentimental inició en el año 1998 – 1999, quien iba a su casa los jueves a domingo y que para el año 2010 finalmente se fueron a vivir juntos, lo cual, perduró hasta el momento de su fallecimiento. Aclaró que, si bien algunos de sus vecinos indicaron que el fallecido duraba aproximadamente de 2 a 3 días en su casa encerrado y botado en el piso con sus materias fecales, ello lo fue a causa de que sus hijos no le permitieron la entrada, entre tanto que las llaves de la casa se encontraban en donde la señora Lucy Guerrero Saavedra, persona que no le permitía acceder a la vivienda.

Agregó que junto con sus hermanas estuvieron presentes en los últimos momentos de vida del pensionado, quien fue internado en el mes de febrero del 2017 en la Clínica La Salle hasta el 20 de mayo del 2017, momento en el que falleció, de esta forma, velándolo en la funeraria San Juan de Dios y estando en su entierro en el cementerio central. Explicó que respetaba su espacio familiar cuando llegaban los hijos, al punto que el mismo causante le señalaba *"mamita al ratico, vienen mis hijos, espero que cuando ellos se vayan yo te llamo y te aviso para que vuelva otra vez conmigo, de todos modos, era constantemente los fines de semana viernes, sábado, domingo, lunes, él iba a la casa y yo me quedé, también iba a la casa de él."* Conjuntamente, manifestó que lo acompañaba a retirar la mesada pensional y los medicamentos, también a las quimioterapias. Por otro lado, esclareció que su hijo nació el 23 de enero de 1999, no siendo su padre el señor Jorge Enrique, sino, Jacinto Pérez de quien no volvió a saber nada después de los cuatro meses de embarazo.

Así las cosas, es claro para la Sala que la compañera permanente del causante demostró el requisito de la convivencia con el causante por lo menos desde el año 2010 hasta la fecha del deceso, pues, emerge sin duda la existencia de la unión de la pareja con vocación de permanente, solidaridad y socorro mutuo, la cual no se quebrantó por el hecho de que la señora Claudia Cecilia López Peñaranda en los últimos días de vida del señor Jorge Enrique Ramírez Niño hubiese tenido que apartarse, pues, ello fue dada la presión que ejerció sus hijos por evitar su unión, lo que no impidió mantener vigente el acompañamiento espiritual, ayuda, apoyo, protección y afecto, muchos más para los momentos de convalecencia del causante que le produjo la enfermedad catastrófica y que lo llevó a su fin.

De tal suerte, y con miras a resolver la apelación por las partes, es dable destacar que dadas las circunstancias que rodearon la relación, sus integrantes si bien no pudieron estar juntos en forma continua, ni bajo el mismo techo, posteriormente al año 2016, ello no obsta para entender el ánimo o querer de convivencia desde el año 2010, acotando que no podía con anterioridad a esta última data, dado que sobre tal aspecto no se allegó medio de convicción que diera fe de que la pareja hubiera hecho comunidad de vida, al punto que del dicho de los testimonios tampoco es posible colegirlo, es decir, la existencia de una relación sentimental con vocación de permanencia desde el año 98 o 99 al 2010.

Ello, en razón a que las afirmaciones allí vertidas lejos están de aportar en punto a la relación que sostuvo con el pensionado a partir de aquella data, dado que la señora Anita Ramírez Niño simplemente creyó que la relación lo fue a partir de dicha fecha, sin embargo, nunca trajo a colación un hecho preciso quedando en simples conjeturas;

mientras que la señora Nelly Ramírez Niño si bien señaló que su hermano presentó a la señora Claudia Cecilia López Peñaranda como su novia ante la familia para aquella data, lo cierto es que no mantuvo su reconocimiento ni refirió alguna circunstancia más allá de eso, tampoco especifica en torno a la convivencia inequívoca a partir del año 99; en igual sentido se advierte del dicho de la señora Graciela Castro Cañavera, que en su mayoría de respuestas manifestó no constarle algunos de los hechos.

Desde esa perspectiva, la Sala descarta las declaraciones sobre ese aspecto, y reconoce que entre la compañera permanente y el *cujus* mantuvieron convivencia real, afectiva y material desde el año 2010 al fallecimiento del pensionado, aclarando, que aunque la señora Claudia Cecilia López Peñaranda sostuvo en interrogatorio de parte la existencia de una relación sentimental con anterioridad, conviene no olvidar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella, por manera que mal podría afirmarse que lo dicho por esta declarante sea suficiente para acceder a la convivencia dentro del interregno pretendido.

Corolario de lo anterior, se mantendrá en firme las inferencias que tomó el A quo, es decir, que la convivencia con vocación de permanencia entre el pensionado y la compañera permanente desde el año 2010 al 20 de mayo del 2017, cumpliéndose con cabalidad el requisito de convivencia en los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.

La proporción de la pensión de sobrevivientes que corresponde a la compañera permanente y a la cónyuge supérstite

Ahora, como quiera que fue materia de apelación la proporción de la pensión de sobrevivientes, la Sala procederá a resolver sobre tal cuestión, recordando que a la señora Beatriz María Álvarez debe tenerse en cuenta para la pensión que pretende sucederse el tiempo comprendido entre el 20 de noviembre de 1982 al 20 de mayo del 2017; mientras que a la señora Claudia Cecilia López Peñaranda el equivalente desde el año **2010** al 20 de mayo del 2017.

Ante tal panorama, debe comenzar esta colegiatura que para determinar los extremos de convivencia para el caso de la señora Claudia Cecilia López, dado que no se estableció los días y meses del año **2010**, es dable acoger la interpretación dada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo que se refiere al modo para determinar los extremos dentro de un vínculo de naturaleza laboral, cuyas consideraciones resultan también aplicables en materia pensional. En ese sentido, en sentencia SL2536 de 2018, se precisó *"...si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado"*

Conforme a lo anterior, se tiene que la convivencia del causante con la señora Beatriz María Álvarez lo fue del 20 de noviembre de 1982 al 20 de mayo del 2017, es decir, convivieron **34 años, 6 meses y 1 día**. En lo que respecta a la señora Claudia Cecilia López Peñaranda, lo será entonces desde el 31 de diciembre del 2010 al 20 de mayo del 2017, es decir, convivencia por **6 años, 4 meses y 21 días**.

Bajo lo dicho, teniendo en cuenta que al valorar el material probatorio obrante en el proceso la Sala encuentra acreditado supuestos de hecho que legitiman el derecho tanto de la cónyuge como de la compañera del causante, atendiendo al criterio de justicia y equidad, así como a la finalidad de la sustitución pensional, se zanjará el

presente conflicto, teniendo en cuenta que el monto de la pensión es proporcional al tiempo convivido, por lo que encuentra la Sala que la suma de ambas convivencias arroja la suma de 14.722 días, por tanto, al hacer regla de 3 de la siguiente manera:

Pensión de sobreviviente Tiempo convivido 14.722 días	
Beatriz María Álvarez Tiempo convivido 12421 días	Claudia Cecilia López Peñaranda Tiempo convivido 2301 días
14.722-----100% 12.421 ----- x	14.722-----100% 2301 ----- x
X= 84.37%	X= 15.63%

Por tanto, es claro que la distribución de la prestación hasta el 20 de mayo del 2017 día anterior a la fecha del fallecimiento del señor Jorge Enrique Ramírez Niño a favor de la señora Beatriz María Álvarez es del 84.37% de la pensión de vejez que venía percibiendo el citado causante y la señora Claudia Cecilia López Peñaranda en un 15.63%.

Lo anterior, evidencia una mínima diferencia en los porcentajes definidos por el Juzgado, pues en primera instancia se le asignaron los siguientes porcentajes: 80% para la primera de las citas, mientras que el 20% a favor de la actora, por manera que habrá de modificar la Sala la decisión de primera instancia.

Costas procesales de primera instancia.

Por última, en lo atinente al recurso de apelación de la UGPP referente a las costas que impuso el juzgador de primer grado en su contra, cumple recordar que el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso y si bien, el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008 prevé que ante la controversia entre cónyuges y compañera(o) permanente la prestación debe quedar en suspenso mientras la jurisdicción dirima el conflicto, lo cierto es que en el presente caso, existió una clara oposición al reconocimiento de las prestación por parte de la UGPP como se desprende del contenido de la contestación de la demanda con respecto a la señora Claudia López Peñaranda y del contenido del recurso de apelación formulado en el que señala que ninguna de las dos demandantes tiene derecho a la pensión deprecada, por manera que no es procedente su revocatoria como lo pretende su apoderado en sustento de la alzada.

En mérito de lo expuesto, 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 numeral primero de la sentencia proferida el 1 de diciembre del 2020, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada UGPP al reconocimiento y pago a favor de las señoras Beatriz María Álvarez Bedoya y Claudia Cecilia López Peñaranda, la pensión de sobrevivientes a partir del 20 de mayo del 2017, en un porcentaje del 84.37% y 15.63% respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: En lo demás, mantener incólume la decisión por el A quo.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS CARLOS CAMELO CAMACHO
Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP Y OTROS
Radicación: 32-2018-00506-01
Tema: APELACIÓN PARTE DEMANDANTE - ESTABILIDAD LABORAL
REFORZADA - REVOCA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Carlos Camelo Camacho, instauró demanda ordinaria contra Aguas de Bogotá SA ESP, Alcaldía Mayor de Bogotá, Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, con el propósito de que se declare que con la primera de las citadas existió un contrato de trabajo a término indefinido; que es sujeto de estabilidad laboral reforzada y, por tanto, su despido es ineficaz, además, porque no hubo autorización por parte del Ministerio de Trabajo, no existiendo solución de continuidad.

Como consecuencia de lo anterior, se dispusiera a su favor el pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; a mantener al actor en un cargo igual o superior categoría; el reconocimiento y pago del proceso de rehabilitación hasta que se determine por los especialistas correspondientes su recuperación total; salarios y prestaciones dejadas de cancelar desde la fecha de desvinculación hasta la fecha de reintegro con ocasión del fallo de la acción de tutela; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales. Solicitó como pretensiones subsidiarias que se reconozca y pague la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales e indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, con ocasión del despido en estado de limitación por condiciones de salud.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que mediante contrato suscrito en el año 2012 por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, se dispuso que el servicio de recolección de basuras, barrido y disposición final de los desechos. Razón por la cual mediante Convenio interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 del 4 de diciembre del 2012, suscrito por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP y Aguas de Bogotá SA ESP, esta última se encargó de prestar dicho servicio.

Refirió que entre Aguas de Bogotá SA ESP y el actor se celebró un contrato de trabajo a término fijo el día 27 de abril del 2015, el cual, terminó el 15 de diciembre del mismo año; luego la modalidad fue cambiada a contrato de obra o labor contratada a partir del 16 de diciembre del 2015, renovado hasta el 11 de febrero del 2018, data en la que finiquitó sin justa causa bajo el argumento de que el proyecto finalizó con ocasión de la licitación hecha por la Alcaldía Mayor de Bogotá, para contratar nuevos operadores para prestar el servicio esencial de aseo.

Sostuvo que el 13 de junio del 2016 le fue diagnosticado descomposición del nervio del túnel del carpo con neurólisis de la cual no se ha podido recuperar; al igual que le fue expedido el 30 de mayo del 2017 restricción médica por un año, razón por la que su despido se dio en medio de la restricción médica y sin el aval del Ministerio de Trabajo. Significó que se encuentran configurados todos los elementos del contrato de trabajo a término indefinido, así mismo, que tuvo la necesidad de instaurar acción de tutela, la cual, concluyó con sentencia de segunda instancia por el Juzgado 39 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, en la que ordenó su reintegro en forma transitoria.

Por último, agregó que el último salario devengado correspondió a \$878.192, sin contar recargos nocturnos, dominicales, festivos, horas extras y demás, además, de encontrarse vinculado a Aguas de Bogotá SA ESP. (fls. 2 a 15).

2. Contestación de la demanda.

2.1. Aguas de Bogotá SA ESP. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones argumentando que el contrato laboral suscrito entre las partes era de obra o labor debidamente individualizada y parametrizada, la cual estuvo supeditada a la vigencia del contrato interadministrativo No. 809 de 2012, misma que finalizó el 11 de febrero del 2018, por lo que no puede predicarse la existencia de un contrato indefinido. Además, señaló que la terminación no se dio por sus condiciones médicas, enfermedades o padecimientos de salud, sino, por la finalización del citado contrato interadministrativo y, en esa medida tampoco debía solicitar autorización por parte del Inspector del Trabajo. Finalmente, propuso como excepciones de fondo las que denominó improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado y genérica. (fls. 84 a 96).

2.2. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que el actor nunca estuvo vinculado a la entidad, ni podría dar lugar a alguna responsabilidad solidaria, pues no existe fundamento legal ni jurisprudencial. Propuso las excepciones previas de falta de competencia por inexistencia de agotamiento de la reclamación administrativa e inepta demanda por falta de los requisitos formarles – Indebida acumulación de pretensiones; y como perentorias las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe, mala fe del demandante y genérica. (fls. 120 a 132).

2.3. Bogotá D.C. – Secretaría Jurídica Distrital. Al dar contestación a la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, acotando que no fue empleador del actor y si lo fue con Aguas de Bogotá SA ESP, entidad que pertenece al sector privado. Propuso las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva y como meritorias las de inexistencia de la obligación frente a las pretensiones de la demanda. (fls. 183 a 190).

2.4. Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP. Por su parte, no se allanó ni se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que en ninguna manera se refiere o la afecta, aunado a que desconocen los hechos que sustentan las

peticiones, lo anterior por el hecho que el demandante no fue ni ha sido trabajador o contratista de la UAESP. Propuso como excepciones previas inepta demanda por falta del requisito formal de agotamiento de la reclamación administrativa y falta de competencia por el factor jurisdiccional en consideración a la calidad de ente público; como de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la solidaridad laboral contemplada en el artículo 34 del CST y genérica.

3. Trámite dentro de primera instancia. En audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., el Juzgado declaró probada la excepción previa de falta de reclamación administrativa formuladas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, por manera que declaró la terminación del proceso frente aquellas entidades.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de septiembre del 2020, en la que el fallador declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por Aguas de Bogotá SA ESP y Bogotá D.C. – Secretaría Jurídica Distrital y en tal virtud las absolvió de todas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, así, condenó a este último al pago de costas procesales.

En lo que interesa al recurso de apelación, el Juzgado fijó como primer problema jurídico a resolver la modalidad de la relación laboral que ató a las partes. En ese sentido, luego de hacer alusión a las pruebas documentales aportadas al plenario, así como a los artículos 45, 46 y 47 del CST, escatimó que entre las partes el contrato de trabajo que se suscribió fue a término fijo, el cual, puede prorrogarse infinitivamente, por lo que no muta a término indefinido. Además, si bien la labor que efectuó el actor fue permanente, ello por sí solo no implicó que fuese a indefinido, en tanto, que las partes son libres para definir su duración. Respecto del otrosí al nexa contractual que modificó su duración, en tanto que lo sería por obra o labor contratada refirió que el acuerdo tenía plena eficacia y debe ejecutarse conforme a lo acordado, ya que no se probaron vicios en el consentimiento al suscribir el cambio de modalidad contractual, ni se demostró que tuviese un objeto ilícito, tampoco que se hubieren vulneraron derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

Así, sobre el derecho de estabilidad laboral reforzada que aduce el actor indicó que el convenio interadministrativo existente se dio por terminado el 12 de febrero del 2018 en razón a que la empresa de Acueducto de Bogotá dejaría de prestar el servicio, por manera, que de conformidad con el artículo 61 del CST la finalización del contrato de trabajo no fue producto de una decisión discriminatoria en razón al estado de salud del demandante; coligió que se encontraba laborando pese a las restricciones médicas y su estado de salud, de manera que tampoco estuvo incapacitado o con calificación de la pérdida de capacidad, conforme a lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de allí que no procediera el reintegro. (CD fol. 303)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el actor formuló recurso de apelación manifestando que no es cierto el contrato de trabajo a término fijo o por obra o labor contratada genere una mayor estabilidad al trabajador, en tanto que en cualquier momento el empleador hubiere podido terminar el nexa contractual sin reconocimiento de ningún tipo de beneficio o emolumento.

Indicó que el trabajador estuvo al servicio de la demandada por un tiempo mayor a tres años, por lo que la demandada prorrogó el vínculo laboral, desnaturalizando el contrato de trabajo a término fijo. Refirió que el hecho de terminar el convenio interadministrativo que se considera una causa legal para finiquitar la relación laboral desconoció que el trabajador había sido objeto de protección constitucional por su situación particular en

temas de salud. Así, luego de referirse al fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado 39 Penal del Circuito de la ciudad de Bogotá, consideró que al momento en que se le despidió existía una protección en razón a la estabilidad laboral reforzada, la cual, le fue reconocida a través de dicha acción constitucional.

Agregó que se le impuso al actor la carga de la prueba de que se encontraba en un estado de discapacidad, sin embargo, por el hecho de haber sido protegido constitucionalmente ya se encontraba probada dicha situación en particular. Señaló que la justa causa para la finalización del contrato procedía siempre y cuando hubiese sido autorizada por el Ministerio de Trabajo. Además, aunque no estuvo incapacitado, si ostenta una enfermedad y proceso de rehabilitación posterior a la cirugía que le fue practicada en su brazo derecho.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito señaló que se encontraba con restricciones laborales a la fecha en que le fue terminado su contrato de trabajo, además, si bien es cierto que no se encontraba incapacitado, como lo menciona el a-quo, también lo es que por su condición médica el empleador debía haber solicitado autorización para su despido a la autoridad administrativa correspondiente, para dar por terminada la relación laboral existente entre las partes. Por otro lado, arguyó que el tipo de contrato no era más que un sofisma para defraudar a sus empleados el día que se terminara la relación laboral, pues los contratos por obra o labor en un servicio público esencial son condiciones que deben considerarse violatorias del ordenamiento legal y constitucional.

6.2. Aguas de Bogotá SA ESP. Alegó que el trabajador laboró bajo la modalidad de un contrato laboral a término fijo desde el 27 de abril de 2015 al 15 de diciembre del mismo año, el cual finalizó por la terminación del plazo fijo pactado; siendo suscrito un nuevo contrato el día 16 de diciembre de 2015, bajo la modalidad de obra o labor contratada en el cargo de operario de recolección, el cual estaba supeditado a la vigencia del convenio interadministrativo No 1-07-10200- 0809-2012 suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y la Empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., contratos que jamás fueron tachados o demandados en su nulidad. Sostuvo que no despidió al trabajador puesto que ocurrió fue la finalización del contrato por una causal legal objetiva, dada la terminación del convenio interadministrativo. De ahí que no requirió de autorización del Ministerio del Trabajo, pues la motivación del despido fue objetiva y suficiente para desvirtuar el acto discriminatorio.

6.3. Bogotá D.C. – Secretaría Jurídica Distrital. Arguyó que no fue empleador del actor por lo que desconoce los hechos de la demanda y si se encontraba con alguna estabilidad reforzada, puesto que su empleador era Aguas Bogotá ESP S.A., la cual pertenece al sector privado, dada su naturaleza mixta, tal como lo dispone la Ley 142 de 1994.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Se equivocó el juez de primer grado al declarar que entre las partes se suscribió un contrato laboral bajo la modalidad de obra o labor contratada y no colegir que aquella vinculación fue a término indefinido?
- ✓ ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?
- ✓ En caso positivo, ¿La terminación de la relación laboral fue a causa de una razón objetiva, es decir, producto de la culminación del vínculo contractual entre la entidad demandada y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP y, no como consecuencia de sus patologías?

De la relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, el salario devengado durante su vigencia que correspondió a la suma de \$878.192, ni la labor de operario desempeñada por el accionante, tampoco que Bogotá D.C. – Secretaría Jurídica Distrital no es empleador del aquí demandante; hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda y no fueron recurridos por las partes.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar la modalidad contractual celebrada entre las partes a partir del 27 de abril de 2015 y las circunstancias que rodearon su terminación, por manera que para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En ese sentido, el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse "(...) *por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*" y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 del *ejusdem*; mientras que el segundo, deberá convenirse en forma expresa por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 *ibidem* señala que el contrato de trabajo "*cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada*", se entenderá a término indefinido. En otras palabras, debe específicamente acordarse cuál es labor u obra para el que se contrata al trabajador, su programación o punto de medición específico que permitan suponer su límite temporal.

Lo anterior, fue ampliamente examinado por el máximo órgano de esta especialidad en sentencia SL 2600-2018, en la que se expuso:

"Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. En este acápite, la Corte dará respuesta a otra de las críticas del recurrente, consistente en que en el contrato debe «señalarse la labor específica a desarrollar». La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado. Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad."

Más adelante refirió:

"Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado."

En línea con lo expuesto, se evidencia que a folios 19 a 21 del expediente, obra un contrato de trabajo, con las siguientes particularidades:

1. Un contrato de trabajo a **término fijo** inferior a un año suscrito por las partes, con fecha de inicio el 27 de abril del 2015. En cuanto a su término, en la cláusula séptima se estipuló: "*SEXTA. – DURACIÓN DEL CONTRATO. La duración del presente contrato será de tres (03) meses y tres (03) días contados a partir del 27 de abril del 2015.*"
2. Mediante documento firmado el 30 de julio del 2015, las partes decidieron "*Prorrogar ...por el término de Tres (3) meses y Cuatro (4) días contado a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del contrato principal.*"(folio 20 Vto.)
3. Posteriormente el 30 de octubre del mismo año, las partes decidieron nuevamente "*Prorrogar ...por el término de Un (1) meses y Doce (12) días contado a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del contrato principal.*"(folio 21)
4. Finalmente, las partes en litigio suscribieron Otrosí modificatorio del contrato individual de trabajo a término fijo inferior de un año el 14 de diciembre del 2015, mediante el cual se acordó:

"PRIMERA. MODIFICACIÓN DE LA DURACIÓN: LA EMPRESA contrata los servicios personales del **TRABAJADOR (A)** y mediante este Otro Si, se modifica la denominación del contrato laboral a término inferior a un (1) año a **CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO DURACIÓN DE OBRA O POR LA NATURALEZA DE LA LABOR CONTRATADA.**

SEGUNDA. OBJETO: El (la) **TRABAJADOR (A)** se obliga cumplir las labores determinadas en el anexo No. 1, respecto del cargo **OPERARIO**. La duración de este contrato es por Duración de la Obra o Labor Contrata, en los términos del artículo 45 del Código Sustantivo de Trabajo, obra cuya vigencia está supeditada a la existencia del **CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 1-07-10200-0809-2012 y en cualquier otro proyecto que desarrolle la EMPRESA.**

TERCERO: TERMINO DE DURACION: El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada.

CUARTO: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES: *Quedan vigentes todas las estipulaciones que no se hayan modificado o aclarado en este documento, dejando anotado que el contrato modificado ha sufrido las siguientes modificaciones (...)*" (Negrilla fuera del texto)

De los medios de prueba reseñados en precedencia, se colige que la relación laboral estuvo gobernada en un primer momento por un contrato a término fijo, modalidad que posteriormente las partes decidieron cambiar al de duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada, dejando constancia de ello y asegurando que las estipulaciones anteriores no perdieran su validez.

Sin embargo, de cara a la estipulación segunda del Otrosí al contrato de trabajo a término fijo mediante el cual se pretende cambiar la modalidad a "*DURACIÓN DE OBRA O POR LA NATURALEZA DE LA LABOR CONTRATADA*", es evidente que no se estableció por las partes al momento de su suscripción, específicamente la labor que se requería y **su duración o límite temporal**, en tanto que, solo se dejó sentado que la labor consistiría en atender el "*CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 1-07-10200-0809-2012 y en cualquier otro proyecto que desarrolle la EMPRESA*", pero no su vigencia, ni la naturaleza de la actividad, tampoco que estaba atada a una situación en particular, no siendo suficiente que se hiciera alusión a un contrato interadministrativo y a cualquier otro proyecto que desarrolle la entidad, sin especificar dichas circunstancias, concluyéndose así, que la ejecución de la actividad personal del demandante no estaba sometida a un límite temporal sino circunscrita a la suerte del empleador, en consecuencia, al no estar debidamente delimitada tampoco es dable entender por esta Sala que el cambio de la modalidad que sufrió el contrato de trabajo a término fijo primigenio por el de la obra o labor contratada, del cual se soporta la empresa demandada nació a la vida jurídica.

Bajo dicho hilo conductor es evidente el dislate incurrió el juez de primer grado, pues es claro que el contrato de obra o labor exige cabalmente que el aspecto contratado quedé debidamente delimitado e identificado, además, tal condición resulta imperiosa para efectos de determinar la temporalidad, de tal suerte que no haga que dependa de la voluntad o el capricho del empleador o del mismo trabajador, sino por la esencia misma del servicio contratado.

Cabe aclarar que si bien es cierto con antelación a esta sentencia esta Sala de Decisión Laboral estudió un proceso de iguales contexturas al aquí debatido, mismo en el que se coligió la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor, lo cierto es que allí estaba plenamente probada la existencia clara, determinada e inequívoca de la obra o labor por la que había sido contratado en aquella oportunidad el otro trabajador, lo cual, no sucede en el presente asunto, pues es evidente que en el otro sí suscrito y aportado en este proceso no se estableció el límite temporal, situación no se podría deducir del contrato interadministrativo citado en dicho documento, en tanto que no se hizo alusión a las partes, tampoco su duración, ni objeto.

En ese sentido, llama especialmente la atención de la Sala la estipulación "*y en cualquier otro proyecto que desarrolle la EMPRESA*", misma que no estaba en aquel proceso, lo que lleva a concluir que la naturaleza de la labor en esta Litis quedó supeditada al empleador y por tanto su duración; por lo que es claro que, al no fijarse la temporalidad y límites del contrato, forzoso resulta necesario dar aplicación al artículo 45 del CST, esto es que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, la vinculación laboral fue desarrollada bajo un contrato a término indefinido, de allí que sea factible declarar su ineficacia.

En consecuencia, es evidente el reproche que merece la decisión a la que arribó el sentenciador de primer grado, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento apunta a que se incurrió en una en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales, por lo que se sigue mantener la existencia de la relación laboral que ató a las partes, en primer lugar, bajo un contrato de trabajo a término fijo a partir del 27 de abril del 2015, el cual, modificado su duración el 14 de diciembre del 2015, pero no por obra o labor contratada, sino, bajo la modalidad de indefinido. Ahora, en lo concerniente al extremo final, corresponderá al 11 de febrero del 2018, no solo porque así se desprende de la carta de terminación que obra a folio 22, sino por cuanto no fue un hecho controvertido por las partes en el escrito de demanda y su contestación.

Reintegro ordenado mediante sentencia de acción constitucional

Revisadas las documentales que obran a folios 44 a 52 del expediente, se tiene que el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., ordenó el reintegro del demandante a un cargo acorde con su estado de salud, de igual o mayor jerarquía. Así mismo, ordenó el pago en forma retroactiva de los aportes al sistema de seguridad social dejados de cotizar. La señalada protección la hizo extensiva hasta que el Juez natural decidiera acerca de la legalidad o no del despido, para lo cual "*se entenderá cumplida una vez se profiera auto admisorio de la demanda*". En acta de cumplimiento de fallo de tutela calendada del 24 de abril del 2018 (fol. 51), las partes dejaron sentado que el demandante prestará sus servicios a partir de la citada fecha.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Aguas de Bogotá SA ESP actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 11 de febrero del 2018.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual 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, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el

empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que en el caso en concreto no existe duda que para el día 11 de febrero del 2018, fecha en que la demandada terminó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud se hallaba bastante comprometida en razón a la patología diagnosticada "Túnel del Carpo Severo", misma que según se evidencia de la historia clínica allegada al plenario, es tratada desde *"AGOSTO DE 2016 FUE REMITIDO PARA DESCOMPRESIÓN DEL TUNEL DEL CARPO TRAE ELECTROIOGRAFIA MAS NEUROCIINDUCCION DEMOSTRATIVO PARA TUNEL DEL CARPO DE GRADO MUY SEVERO DERECHO Y LEVE IZQ SE REMITE DE CARÁCTER PRIORITARIO URGENTE PARA LIBERACIÓN DEL TUNEL DEL CARPO."* (folios 61 a 63)

Además, se observa de la citada historia clínica, que el 30 de mayo del 2017 le otorgaron al trabajador demandante restricción laboral *"EXACTAMENTE IGUALES A LAS QUE EL TRAE POR MEDICO LABORAL Y SALUD OCUPACIONAL DE LA EMPRESA DONDE TRABAJA RESTRICCIÓN DE CARGAS DE PESO CON LAS MANOS, RESTRICCIÓN DE MOVIMIENTOS REPETITIVOS CON LA MUÑECA DERECHA, NO MOVIMIENTOS DE FLEXO EXTENSION DEL PUÑO NI CARGA DE PALAS, PICAS POR UN AÑO QUEDAN SUS RESTRICCIONES."*

Otro aspecto probatorio que llama la atención de la Sala es que para el 30 de enero del 2018 el profesional de la salud dictaminó que *"PACIENTE CON DX DE HERNIA INGUINAL QUE AL PARECER ES BILATERAL (...) NO EXISTE NINGÚN PROBLEMA PARA TRATAR LAS HERNIAS QUIRÚRGICAMENTE SI ASÍ SE CONSIDERA POR CIRUGÍA GENERAL"*, razón por la que el 24 de febrero del 2018 se le realizó una ecografía de tejidos blandos, en el que se diagnostica Hernia Inguinal Bilateral No complida. De hecho, las citadas patologías quedaron consignadas en la Historia Clínica Ocupacional de Egreso No. 79054550 se halló entre otros diagnósticos Síndrome del túnel carpiano y Hernia Inguinal bilateral, sin obstrucción ni grangena, señalando como conducta ocupacional preventivas *"que en las ocupaciones que desempeñe posteriormente, implemente las medidas de prevención y protección requeridas para que su trabajo sea seguro"*; recomendando continuar con la entidad de salud, evaluación y plan de manejo de su patología osteomuscular y de pared abdominal de origen.

Por último, del acopio probatorio arrojado al plenario se evidencia que al promotor del proceso se le generaron incapacidades médicas (folios 69 a 72), además, el propio empleador el 24 de marzo del 2017 le asignó actividades de trabajo de acuerdo con recomendaciones médicas expedidas, tanto por medicina laboral de IPS MEDISHI, como la mesa laboral de Aguas de Bogotá (folios 27)

Lo anterior permite concluir que (i) las patologías sufridas por el actor le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto el demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud; (iii) aquella situación era de conocimiento de la demandada, en tanto que le fue puesto en conocimiento las incapacidades laborales derivadas de tal situación médica, aunado a que reasignaron labores al actor de acuerdo con las recomendaciones médicas; (iv) por manera que el problema de salud por parte del trabajador determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo, ya que en la carta de terminación del contrato laboral pese a que se le comunicó al trabajador "*En razón a la terminación del **CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.7-10200-809-2012** perteneciente al **Proyecto Aseo**, hecho público y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61 del CST literal D"*, es decir, amparada en la terminación por la realización de la obra o labor contratada, lo cierto es que en el presente asunto se determinó la ineficacia de dicho acuerdo que modificó la duración del contrato de trabajo primigenio; (v) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que además el contrato de trabajo se terminó sin justa causa.

De este modo, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba al señor Luis Carlos Camelo Camacho y en tal virtud corresponde avalar la orden transitoria de tutela del Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., es decir, la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro del trabajador a su lugar de trabajo. En esa medida, se sigue al igual condenar a la demandada al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su vinculación, hasta cuando se produjo el reintegro, es decir, del 12 de febrero del 2018 al 23 de abril del mismo año, sobre la base salarial de \$878.192 mensuales, último salario devengado por el trabajador. Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial.

Por lo que habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primer grado.

De las acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de Cesantías

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. (Art. 253 CST). Ahora, si bien es cierto para liquidar dicha prestación forma parte de la base para liquidar el auxilio de transporte, en los términos art. 2º de la Ley 15 de 1959, lo cierto es que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha *"decantado está que en los casos en que se ordena el reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales, no es procedente ordenar el pago del auxilio de transporte y, desde luego, tampoco es viable su inclusión en la base para liquidar las prestaciones sociales."*(SL1087-2021)

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$104.895,16** por concepto de auxilio de cesantías entre el 12 de febrero del 2018 al 23 de abril del mismo año.

Auxilio de Cesantías			
Auxilio de Cesantías	Salario	Días laborados	Valor cesantías
2018	\$ 878.192	43	\$ 104.895
Total Auxilio de cesantías			\$ 104.895,16

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975, en la que se estipuló que:

"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable"

Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$1.503,50** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2018	43	\$ 104.895,16	\$ 1.503,50
Intereses a las cesantías			\$ 1.503,50

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$104.895,16** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
2018	\$ 878.192,00	\$ 0,00	\$ 878.192,00	43	\$ 104.895,16
Total Prima de servicio					\$ 104.895,16

Salarios insolutos

Al trabajador le corresponde por salarios insolutos la suma de **\$1.258.741,87**, por el periodo comprendido entre el 12 de febrero del 2018 al 23 de abril del mismo año.

Salarios insolutos			
Salarios insolutos	Salario	Días laborados	Valor
2018	\$ 878.192	43	\$ 1.258.742
Total Auxilio de cesantías			\$ 1.258.741,87

Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997).

En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta indemnización procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago " *sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren*".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.^[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$5.269.152**

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2018	\$ 878.192	180	\$ 5.269.152
Total Auxilio de cesantías			\$ 5.269.152,00

Reconocimiento y pago del proceso de rehabilitación

Sobre tal pretensión, la Sala se abstendrá de ordenar su pago, en la medida que el proceso de rehabilitación está a cargo de las entidades que pertenecen al sistema integral de seguridad social, de acuerdo con la subrogación de riesgos que hace el empleador con la respectiva afiliación al citado sistema.

Indexación

Los valores ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el 24 de abril del 2018 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

Pretensiones subsidiarias y costas

Esta Sala no se pronunciará respecto de las pretensiones subsidiarias ante la prosperidad del reintegro. Las costas procesales serán en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 3 de septiembre del 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar mantener incólume lo dispuesto por el fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. el 9 de abril del 2018, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro del trabajador a su lugar de trabajo.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP** al reintegro del señor **LUIS CARLOS CAMELO CAMACHO**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud, en armonía a las consideraciones atrás expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP** a pagar al señor **LUIS CARLOS CAMELO CAMACHO** las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$104.895,16**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$1.503,50**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$104.895,16**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$1.258.741,87**, por concepto de salarios insolutos.
- e) **\$5.269.152**, a título de indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- f) Las anteriores sumas deberán ser indexadas teniendo como IPC inicial el 24 de abril del 2018 y como IPC final al momento de su pago.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **LUIS CARLOS CAMELO CAMACHO**.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

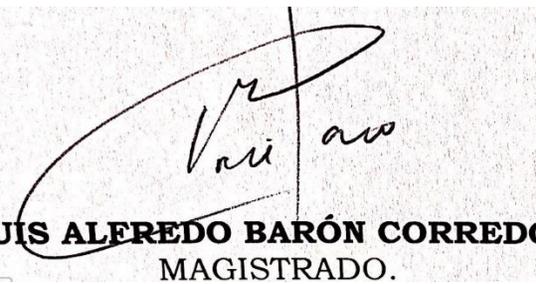
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SANDRA PATRICIA HERRERA ARIZA
Demandado: CORPORACIÓN MI IPS SANTANDER
Radicado No.: 27-2018-00442-01
Tema: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA – FACTORES SALARIALES - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sandra Patricia Herrera Ariza, instauró demanda ordinaria contra Corporación Mi IPS Santander, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 11 de mayo del 2015 (SIC) hasta el día 13 de abril del 2017, cuyo salario base de liquidación correspondió en la suma de \$2.470.900. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de la liquidación correspondiente a la terminación del contrato de trabajo a término fijó; la sanción por la consignación tardía de las cesantías del año 2016; indemnización moratoria; indexación e intereses; lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 8 de mayo del 2015 suscribió contrato de trabajo a término fijó, para desempeñar el cargo de Enfermera Jefe, cuyo salario devengado correspondió a la suma inicial de \$1.576.600, mismo que término el día 13 de abril del 2017, por renuncia que presentó, dadas a las demoras en los pagos de salarios. Agregó que en esta última data el salario base de liquidación ascendía a la suma de \$2.470.900.

Adujó que desde la fecha que presentó su carta de renuncia no ha recibido el pago correspondiente a su liquidación, ni por parte de Soluciones Outsourcing BPO SAS, tampoco por la demandada, pese a que insistentemente a solicitado su pago. Refirió que el día 2 de mayo del 2018, le realizaron una consignación por valor de \$2.243.038, correspondiente a salarios pendientes por cancelar y \$124.596 por concepto de intereses a las cesantías del año 2016, oportunidad en la que también le indicaron que el pago de la liquidación se encontraba pendiente de autorización por parte de la gerencia financiera, sin que a la fecha haya recibido la misma. (fls. 3 a 11).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que entre las partes se ejecutó un contrato laboral

que fue suscrito el 8 de mayo del 2015, el cual, finamente fue terminado de manera voluntaria y libre por la actora; garantizándole la movilidad del salario, pues durante la vigencia de la relación laboral, para el año 2017, devengaba un salario mensual de \$2.076.600 y un ingreso no salarial de \$394.300, este último, no constitutivo de base salarial, en tanto que se realizaron por mera liberalidad, por lo que no puede ser tenido en cuenta al momento de liquidar prestaciones sociales.

Referente a los supuestos fácticos indicó que entre las partes se suscribió el día 8 de mayo del 2015 contrato de trabajo a término inferior a un año, para desempeñar el cargo de enfermera jefe en la ciudad de Bogotá, cuyo salario inicial correspondió a \$1.576.600. Indicó que presentó leves retrasos en la cancelación de las acreencias laborales durante los últimos meses del año 2016, sin embargo, siempre actuó de buena fe, cumpliendo laboral y contractualmente con todas las obligaciones a su cargo, salvo la difícil situación económica por la cual atravesó.

Sostuvo que el encargado del área de nómina y tesorería es la empresa Soluciones Outsourcing BPO SAS y, por ende, la Corporación es quien da la instrucción para los correspondientes pagos; además, que a la finalización del vínculo laboral realizó la respectiva entrega de la liquidación final de contrato, por lo que a la fecha de contestación de la demanda se encuentra saldada en su totalidad, en tanto que la suma de \$1.901.366, valor equivalente al tiempo laborado del año 2017, le fue consignado a la cuenta de ahorros.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó carácter no salarial de las prestaciones o primas extralegales concedidas a mera liberalidad por parte del empleador, cobro de lo no debido, pago total de la obligación, imposibilidad de la concurrencia de las sanciones previstas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículo 65 del CST y genérica. (fls. 60 a 81).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de marzo del 2020, en la que el fallador condenó a la demandada a pagar por concepto de la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones causadas durante la vigencia del contrato de trabajo, aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, incluyendo para su cálculo el valor del auxilio de rodamiento y alimentación durante la vigencia del contrato de trabajo. Así mismo, ordenó pagar la sanción por la no consignación completa de las cesantías causadas durante los años 2015 y 2016, indemnización moratoria y costas del proceso.

Para arriba a tal decisiva señaló que no existe discusión entre las partes respecto de la existencia y los extremos temporales de la relación laboral, por lo que debía determinar si constituye factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema general de Seguridad Social el auxilio de alimentación y rodamiento que pago mensualmente.

Así las cosas, luego de hacer alusión a lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del CST, pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y al acervo probatorio allegado al plenario, indicó que si bien es cierto el artículo 128 del CST permite que las partes pacten que algunos pagos se efectúen en forma periódica o habitual y no constituyan salario, por ende, no se incluyan en la base salarial para liquidar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a Seguridad Social de los trabajadores, también lo es que al tenor de lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ dicha prerrogativa no puede utilizarse por el empleador para desconocer el carácter salarial de pagos que por su naturaleza son salarios, los cuales, no dejan de serlo a pesar del nombre o denominación que se les dé.

Bajo lo dicho, señaló que no se precisó en el contrato de trabajo del carácter no salarial de la suma de \$394.300 mensuales que devengaría la trabajadora, pues simplemente se indicó que ese sería un ingreso no salarial sin mayores explicaciones. Además, a los pagos se le dio el nombre de auxilio alimentación y rodamiento sin que se demostrará que la finalidad de esta fue subsidiar la gasolina o el mantenimiento de un vehículo para el desarrollo de sus funciones o que se trate de una forma de auxiliar la alimentación de los trabajadores profesionales con más altos ingresos en la empresa.

Concluyó que la suma mensual denominada como auxilio de alimentación y rodamiento que devengó la actora constituyó pago periódico que retribuyó directamente la prestación personal del servicio, ya que lo único que la hizo diferente al salario fue el nombre dado por la encartada que ni siquiera se señaló en el contrato de trabajo. Así las cosas, despachó favorablemente las condenas que atrás se indicaron y en lo que hace a las indemnizaciones moratorias ordenadas arguyó que si bien es cierto la demandada atribuyó el retardo en el pago de las prestaciones sociales a la fecha de finalización del contrato de trabajo a la intervención y posterior liquidación de Saludcoop y de Cafesalud, también lo es que en el proceso se demostró que la pasiva no canceló a la actora el valor real de las prestaciones sociales dado que incluyó en el contrato una supuesta cláusula de exclusión salarial solo con el ánimo de no pagar las prestaciones sociales sobre el valor que realmente correspondía. (Cd a fl. 107)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandada. Formuló recurso de apelación manifestando que el artículo 128 del CST establece la posibilidad de que tanto entre empleador y trabajador se puedan pactar condiciones bajo las cuales se reconozcan beneficios que no constituyen factor salarial; fundamento que llevó a que el contrato se estableciera al tenor de la cláusula 12º pagos no constitutivos de salario, misma que era conocida por la demandante, es decir, que los beneficios que se reconocían no constituían factor salarial.

Refirió que mal pueden las partes desconocer el citado beneficio, tampoco el fallador la intención de las partes al momento de suscribir el contrato que reguló la relación entre las partes, por manera que solicitó revocar la orden de apremio de reliquidación de los factores salariales, además, dado que para el empleador al momento de suscribir el nexo tenía una convicción otorgada tanto por el artículo 128 del CST, como por el documento que suscribieron las partes de que el salario simplemente se limitaría a lo que allí se pactó y los beneficios que claramente fueron excluidos de factor salarial, el cual de paso se ajusta a los límites legales que estableció el legislador, de manera que desde la suscripción del contrato no obró de mala fe al dar un nombre distinto algo que lo que para el A quo es salario.

Agregó que en ningún momento la demandante reclamó durante la vigencia del salario que se realizará el pago del salario o el pago de los derechos y prestaciones conforme a valor diferente al que allí se había reconocido, por lo que para las partes existió siempre la certeza de que el salario era de \$1.500.000 y para el año 2016 la suma de \$2.076.000 y en esa medida no obró de mala fe. (Cd a fl. 107)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que se logró demostrar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes de acuerdo con las pruebas documentales allegadas al proceso y en concordancia del artículo 24 del C.S.T., por lo que comprobada su existencia se probó que efectivamente no se realizó el pago de la

liquidación de prestaciones sociales a que tenía derecho, en tanto que no fue sino hasta el 7 de marzo del 2019 que recibió su pago.

Agregó que hubo mala fe por parte de la demandada al negar el reconocimiento de sueldos y pagos constitutivos de salarios dado que se logró acreditar que la misma los encubría como bonos. De esa manera solicitó confirmar la sentencia de primer grado.

5.2. Parte demandada. Concluyó que sobre la declaratoria del ingreso no salarial claramente se evidencia que, si bien se realizaron dichos pagos, sin embargo, los mismos no constituían base salarial, ya que adicionalmente se efectuaron por mera liberalidad, es decir que el otorgamiento de dicho beneficio extralegal es facultativo del empleador, el cual no se encuentra sometido a obligatoriedad alguna por su naturaleza, ni es retributiva de los servicios prestados.

Finalmente, indicó que no desconoce la mora en el pago de los derechos laborales, frente a lo que se puso de presente que las condiciones puntuales en las que se desarrolló el contrato de trabajo siempre realizaron el pago de los derechos laborales causados en favor del demandante, reconociendo una asignación básica mensual, por concepto de remuneración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- (i) ¿La suma recibida por concepto de auxilio de alimentación y rodamiento constituye factor salarial, consecuencia de serlo, es procedente reajustar las prestaciones sociales y vacaciones, así como los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones?
- (ii) ¿Es viable impartir condena por concepto de sanción por la no consignación completa de cesantías e indemnización moratoria por falta de pago completo de prestaciones sociales?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos.

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo la juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, ni la labor de Enfermera Jefe por la accionante, tampoco que la actora devengó en el año 2015 la suma de \$1.576.600 y para el año siguiente la suma de \$2.076.600; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo (folios 12 a 14); certificación laboral (folio 16), liquidación final del contrato (folio 27) y comprobantes de nómina (Cd folio 90).

Auxilio de alimentación y rodamiento.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si el auxilio de alimentación y rodamiento tiene incidencia salarial para efectos de reliquidar sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, ya que la encartada se aqueja de la intelección que llevó la A quo, en tanto que aduce que las partes de común acuerdo y con sustento en la facultad que les otorga el artículo 128 del CST, decidieron que lo percibido

por dichos conceptos no sería factor salarial, por manera que no podía desconocer el pacto celebrado.

Bajo tal contexto, cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario 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, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria 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, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar 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..."

Señala además la CSJ que *"aunque esa 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."

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido 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."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

En línea con lo expuesto y de acuerdo con el acervo probatorio arrimado al informativo, en especial las nóminas que se encuentran adosadas en Cd a folio 90, evidencia la Sala que la demandante percibió aparte de su salario básico un auxilio denominado *"alimentación y rodamiento"* por valor mensual de \$394.300, el cual, según se evidencia del contrato de trabajo suscrito por la trabajadora y empleadora, correspondía a un ingreso no salarial, al punto que en la cláusula décima segunda las mismas dejaron por sentado que:

*"DÉCIMA SEGUNDA: PAGOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO: Las partes expresamente y por mutuo acuerdo, determinar que no constituyen salario en dinero o en especie para todos los efectos legales y de liquidaciones salariales o de prestaciones sociales que tengan lugar, las prestaciones sociales de que tratan los títulos VII y IX del Código Sustantivo de Trabajo, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales que hayan acordado o se lleguen a establecer por la Asamblea, la Junta Directa o la Administración de **EL EMPLEADOR**, o a través de circulares reglamentarias o comunicados tales como: la alimentación (...)"*

Sin embargo, pese a que la encartada considera no podía desatenderse el pacto de exclusión salarial suscrito, en razón a que prima la voluntad de las partes; para la Sala, tal como lo coligió la juez de primer grado, se trata de un pago de naturaleza salarial, no sólo por la habitualidad y frecuencia con lo que percibió la actora, sino especialmente porque se trata de una remuneración como contraprestación directa del servicio, de allí que no pueda desconocerse dicha realidad, máxime cuando es claro que la suma pretendía enriquecer su patrimonio y beneficiar a la actora.

Ello es así, por cuanto a que el representante legal así lo confesó en el interrogatorio de parte que rindiera, que por demás debe señalarse que cumple con las condiciones del artículo 191 del C.G.P., mismo que aseguró que el bono se entrega con una regularidad mensual, el cual, se otorgó a ciertos trabajadores por una decisión de la Junta Directiva de la IPS, cuyo fin fue estimular económicamente a la trabajadora e incentivar su productividad. (Cd a folio 107). De ahí que sea evidente que, a pesar de las partes excluyeran la incidencia salarial del auxilio percibido, el bono realmente remuneraba el servicio a la señora Sandra Patricia Herrera Ariza.

Así las cosas, ningún dislate incurrió la Juez de primer grado al dejar la cláusula ineficaz, pues, no quedaba duda que los auxilios extralegales constituían factor salarial, a pesar de que existiese pacto de exclusión en el contrato de trabajo, pues es claro *"que, todo*

pago continuará manteniendo su naturaleza salarial, si cumple con las características previstas en el precepto 127 del CST, esto es que el trabajador lo recibe « en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»; ello a pesar de que las partes hayan acudido a la facultad que les otorga el ya citado precepto 128, pues en tratándose de temas de orden laboral, siempre prevalecerá la realidad sobre las formas" (SL692-2021 M.P. Gerardo Botero Zuluaga); razón por la que esta Sala mantendrá incólume dicha decisión.

- **Indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST y sanción por la no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.**

Ahora, en lo atinente a las citadas indemnizaciones, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó la exclusión salarial del auxilio que denominó "*alimentación y rodamiento*", cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida el contenido del artículo 128 del CST, en la medida que el emolumento percibido era una contraprestación directa de la actividad laboral de la demandante y, por ende, el pacto suscrito no podía producir sus efectos, más aún cuando el mismo representante legal tenía claridad de que la Junta Directiva había creado la suma para incentivar a la trabajadora económicamente y así demandar su productividad, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

A lo dicho se suma que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene por sentado que "*los pactos de exclusión salarial suscritos por las partes de un contrato de trabajo, «no pueden servir de excusa por sí solos para exonerar al empleador de la indemnización moratoria, pretextando una firme creencia de su validez, pues admitir lo contrario, sería tanto como patrocinar estipulaciones contractuales que riñan con el ordenamiento jurídico sin ninguna consecuencia» (CSJ SL 2 may.2012, rad.38118).*" SL692-2021.

Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, por lo que así se decidirá. Costas a cargo de la demandada.

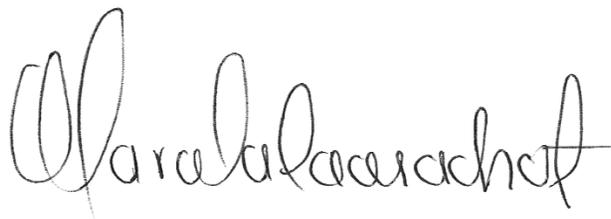
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de marzo del 2020, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

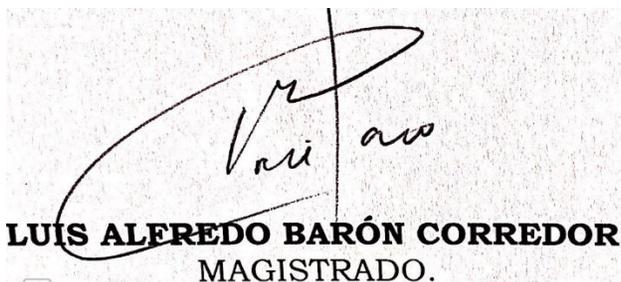
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$800.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GONZALO JIMÉNEZ MELO
DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE
RADICACIÓN: 14-2017-00534-01
TEMA: APELACIÓN DEMANDADA - CONTRATO REALIDAD - MODIFICA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. JONNY RICARDO CASTRO RICO, identificado en legal forma, como apoderado de la demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gonzalo Jiménez Melo instauró demanda ordinaria contra Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 1 de febrero del 2013 al 30 de septiembre del 2015, siendo un contrato a término indefinido. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción por el no pago oportuno de las cesantías e indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST; reembolso de aportes al sistema de seguridad social, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró al servicio del Hospital Vista Hermosa Nivel I ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, mediante sendos contratos de prestación de servicios, siendo el objeto de los mismos el Apoyo Administrativo al Área de Mantenimiento Locativo y Apoyo Operativo al Área de Recursos Físicos – Mantenimiento Locativo, periodo en el que no se le cancelaron prestaciones sociales ni vacaciones, a pesar de que ejerció su actividad en forma personal y ejerciendo una subordinación de forma continua.

Indicó que como último salario recibió la suma de \$5.724.000 mensuales. Así mismo, las funciones encomendadas fueron ejecutadas de manera personal, atendiendo a las

instrucciones de su empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por este. Agregó que la relación contractual que mantuvo perduró por más de dos años, hasta que con fecha 30 de septiembre del 2015, el empleador decidió dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo, aduciendo una justa causa, como es el cumplimiento del plazo acordado. (fol. 15 a 29)

2. Contestación de Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no hay lugar a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, toda vez que no le asiste el derecho, por cuanto la ejecución de las actividades contratadas por medio del contrato de prestación de servicios, respondió a una relación de carácter civil que en ningún momento generó relación laboral, ni mucho menos la calidad de empleado público, adicional que no existe prueba alguna que permita determinar la ininterrupción del vínculo contractual durante el tiempo de vinculación del actor.

En relación con los supuestos fácticos, la Juzgadora de primera instancia en auto del 28 de febrero del 2019 se tuvo por probado los hechos 18 a 24 de la demanda, ante el silencio frente a las causales de inadmisión advertidas en providencia del 18 de octubre del 2018.

De otro lado, la encartada propuso como excepción de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada e innominada. (fol. 42 a 55)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con fallo del 27 de febrero del 2020, en el que la falladora de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia desde el 1 de febrero del año 2013 y el 31 de julio del año 2016. Como consecuencia de ello, condenó a la entidad a pagar a favor del actor auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949, reembolso de los aportes realizados en los subsistemas de salud y pensiones y, costas del proceso.

Para arribar a tal decisiva señaló que dada la naturaleza jurídica de la entidad a la que le sirvió y que está catalogada como una Empresa Social del Estado, debe de entrar al análisis probatorio, para determinar las funciones que ejecutó el demandante, en ánimo de establecer si eran las propias de un trabajador oficial. En ese sentido, luego de remitirse a lo dispuesto en artículo 194 de la Ley 100 del 93 y al artículo 4 de la Ley 10 de 1990, adujo que al invocar el demandante la existencia de contrato de trabajo y por ende la calidad de trabajador oficial, debía acreditar que las actividades por él ejecutadas, tenían que ver con el mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, carga probatoria que cumplió, en tanto que así se desprendía de los objetos de los contratos y certificaciones expedidas por la demandada.

Así las cosas, indicó que al encontrarse acreditado el cargo de apoyo operativo y técnico de mantenimiento, ello lo hacía al amparo de un contrato de naturaleza laboral, por estar presentes los elementos esenciales a este y no a un vínculo contractual distinto. En efecto, arguyó que el Decreto 2127 de 1945, establece como regla que toda prestación personal de servicio se presume regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser de naturaleza legal es susceptible de ser desvirtuada.

No obstante, adujo que ningún esfuerzo probatorio desplegó con el ánimo de desvirtuar la presunción que privilegiaba al demandante, pues no obra medio de convicción alguno, de donde se pueda inferir que la ejecución de la labor era autónoma o ausente la subordinación jurídica inherente a la contratación de índole laboral. Por manera que despachó las condenas atrás referidas, una vez indicó que el salario correspondía a al valor fiscal de cada contrato de prestación de servicios y la prescripción de los derechos reclamados. Aclarando que el estudio de las pretensiones de orden condenatorio al periodo señalado en el libelo introductorio, esto es, 1 de febrero de 2013 hasta septiembre del 2015, teniendo en cuenta que ninguna pretensión se elevó, respecto al pago de acreencias posteriores a esa data. Además, descartó los derechos causados entre el 30 de mayo y 30 de septiembre de 2015, en tanto evidenció falta de competencia para pronunciarse al respecto, ello atendiendo a que la reclamación administrativa que alude el artículo 6 del CPT, se formuló el 29 de mayo de 2015. (CD fol. 428 y s.s.)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que de conformidad con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, las Empresas Sociales del Estado tienen personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, por lo que en materia contractual se rigen por el derecho privado que discrecionalmente podrán utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación Pública, caso en el cual, el trámite se regirá por la Ley 80 de 1993.

Indicó que el hospital goza de total autonomía administrativa, presupuestal y financiera, por lo cual celebra contratos que considere pertinentes en aras del cumplimiento de su misión como Empresa Social del Estado. Así, la celebración de los contratos de prestación de servicios dentro de las ESE, tiene fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, además, en la Corte Constitucional que mediante sentencia C 154 de 1997, estableció que los contratos de prestación de servicios, gozan de ciertas características, en tanto que estos se celebran por el estado, en aquellos eventos que la función de la Administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante, o cuando requiere de conocimientos especializados.

Singnificando de lo anterior que, frente a las prestaciones sociales del demandante los contratos de prestación de servicios de carácter civil suscritos con el mismo, se le impone desvirtuar su naturaleza con la demostración inequívoca de haberse materializado y con las características de una relación laboral, fundamentalmente cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, conforme a lo dicho el Consejo de Estado, como en sentencia 1771 de 2015.

Agregó que dentro del presente proceso no está probada la subordinación, por lo que está mal indicar que los contratos de prestación de servicios por si solo prueban una subordinación. Entonces no es pertinente que la A quo se declare que el señor Gonzalo Jiménez Melo tuvo una relación laboral con la demandada, máxime cuando no se presentaron los testigos, ni a interrogatorio de parte. Además, anotó que la sentencia unificada del Consejo de Estado establece que la carga probatoria que se versa en probar la subordinación debe estar a cargo de la parte demandante y no de la parte demandada.

Por otro lado, indicó que tampoco es dable hacer la devolución de aportes, pues la misma sentencia unificada del Consejo de Estado ha establecido que se debe tener en cuenta, si actuado de mala fe, dado que los contratos de prestación de servicios están amparados por la norma. Por manera que al no probarse la mala fe se deben reliquidar los aportes, quedando a cargo de la parte demandada si es vencida en el fallo. Lo anterior, adujo que

va de la mano con la indemnización por no consignar las cesantías o prestaciones sociales, en tanto, que es ilógico condenar a la entidad demandada cuando no se ha demostrado la mala fe.

Adicionando que la moratoria de un contrato bien sea de trabajo de trabajador oficial o de empleado público, corre después de la sentencia, puesto que antes no existía relación laboral alguna, existiendo presunción de buena fe.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito solicitó mantener la decisión tomada por el A quo, atendiendo las pruebas conducentes y útiles que llevaron en consenso a reconocer el derecho absoluto al accionante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagran el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Igualmente, se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- i) ¿La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE fungió como empleador del actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- ii) De ser afirmativa la respuesta, ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, prima de servicio y vacaciones, así como el pago a la indemnización moratoria?
- iii) ¿Acertó la A quo cuando ordenó el reembolso de los aportes a los subsistemas de seguridad social en salud y pensiones a favor del actor?

Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba la demandante

Cumple recordar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, autoriza a la administración pública a la celebración de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad contratante, exigiendo para su celebración, que dichas actividades no puedan realizarse por el personal de planta y que requieran de conocimientos especializados; casos en los cuales no se generará ningún tipo de relación laboral, ni de prestaciones sociales, por lo que el contrato se deberá celebrar por un término que sea el estrictamente indispensable.

Ahora, el contrato de trabajo a la luz de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2127 de 1945, se entiende como aquella "*relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquella cierta remuneración.*"

Así mismo, dicho decreto en su artículo 2° señala que para que se configura una relación de índole laboral, se debe concurrir tres presupuestos:

- 1) actividad personal del trabajador;
- 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento;
- 3) Un salario como retribución del servicio.

Reunidos estos tres presupuestos, contrario a lo dicho por el censor, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones particulares que le asigne el patrono, tampoco por las modalidades de la labor, el tiempo que en su ejecución se invierta, el sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, ni del sistema de pago o de cualquier otra circunstancia, tal como lo dispone el artículo 3° de la mencionada normatividad.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, oportunidad en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993; señaló cuales eran las **características del contrato de prestación de servicios** y sus diferencias con el contrato de trabajo; indicando que la contratación de prestación de servicios se puede efectuar cuando las actividades de la administración no puedan desarrollarse con personal de planta o cuando sea necesaria la ejecución de labores por parte de una persona natural en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional, prestación que si bien está relacionada con actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, **debe ser temporal y existir autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico**, pues esta característica constituye el elemento esencial de dicho contrato y significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del contrato y la realización de la labor.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se presume la existencia de contrato de trabajo entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe y aprovecha, correspondiéndole a este último desvirtuar la presunción. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente, que las actividades no podían desarrollarse con el personal de planta o que las labores contratadas requerían de conocimientos muy especializados que hicieran imperioso aplicar la modalidad contractual regida por la ley 80 de 1993, ello con miras de destruir la presunción antes señalada. Lo anterior, no solo porque así lo establece la norma, sino, porque existe precedente constitucional vinculante al respecto y mediante el cual se expone que toda prestación de un servicio personal se presume que está regida por un contrato laboral; sin embargo, dicha presunción puede ser desvirtuada por el empleador siempre y cuando se acredite, que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial, sin que para **ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente, tal y como lo fue señalado en sentencia C-665 de 1998.**

Dicha presunción al igual tiene pleno respaldo en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a propósito, en sentencia SL11896-2017, en la que explicó:

"Para que en un juicio laboral se pueda afirmar la existencia de un contrato de trabajo, se requiere que esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, así como también la

continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo. No obstante, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, no es necesaria la acreditación de la citada subordinación con la producción de la respectiva prueba, pues en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST, y que en nuestro caso por tratarse de un trabajador oficial corresponde al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual enseña: "El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción".

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que conforme al haz probatorio adosado al plenario se desprende, sin lugar a equívocos, que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del señor Jiménez Melo Gonzalo a favor del Hospital Vista Hermosa I Nivel Empresa Social del Estado. En efecto se aportó certificación expedida por dicha entidad, en la que da cuenta que el demandante prestó sus servicios durante el periodo y actividad que se relaciona a continuación (folios 2 y 60):

No. Contrato	Fecha Inicial	Fecha Final	Valor
874	1/02/2013	30/04/2013	\$ 4.017.000,00
1799	1/05/2013	31/07/2013	\$ 4.017.000,00
Adición 1	1/08/2013	31/08/2013	\$ 1.339.000,00
Adición 2	1/09/2013	30/09/2013	\$ 1.339.000,00
6620	1/10/2013	31/10/2013	\$ 1.339.000,00
9339	1/11/2013	31/11/2013	\$ 2.678.000,00
Adición	1/01/2014	7/01/2014	\$ 312.433,00
53	8/01/2014	8/05/2014	\$ 5.520.000,00
Adición	9/05/2014	31/08/2014	\$ 5.152.000,00
5837	1/09/2014	30/11/2014	\$ 4.266.000,00
Adición	23/09/2014		\$ 46.000,00
9287	1/12/2014	15/01/2015	\$ 2.133.000,00
10	16/01/2015	31/05/2015	\$ 6.439.500,00
Apoyo Operativo al Área de Recursos Físicos- Mantenimiento Locativo			
3106	1/06/2015	30/09/2015	\$ 5.724.000,00
5020	1/10/2015	30/11/2015	\$ 2.862.000,00
6543	1/12/2015	31/01/2016	\$ 4.293.000,00
423	1/02/2016	30/04/2016	\$ 4.584.000,00
1597	2/05/2016	31/05/2016	\$ 1.528.000,00
1779	1/06/2016	31/07/2016	\$ 3.056.000,00
Técnico de Mantenimiento I al Área de recursos Físicos - Mantenimiento Locativo			

Además, se adoso al plenario "Solicitud de Elaboración de Contrato para Prestación de Servicios Personales", misma en la que se obligó el demandante, entre otras cosas, a (Cd a 61):

1. Apoyar cuando se requiera el mantenimiento de la infraestructura
2. Realizar arreglos correctivos a redes eléctricas hidráulicas y sanitarias
3. Realizar limpieza y lavado de tanques, avisos y corte de pasto

4. Adecuación de espacio físico donde se requiera
5. Realización de modulares de oficina donde la administración requiera
6. Hacer resanes y pinturas a las instalaciones del hospital.
7. Apoyo en las jornadas y actividades requeridas por la Administración
8. Garantizar el buen uso de los elementos entregados para el desempeño de sus actividades.
9. Presentar el Informe de Actividades, acompañado del recibo de pago del mes vencido

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio del Hospital Vista Hermosa I Nivel Empresa Social del Estado, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual, de entrada, se advierte no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la pasiva desde la contestación de la demanda.

También es importante destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como aquellos que "requieran de conocimientos especializados", sin que pueda decirse que las labores relacionadas con el Apoyo Administrativo al Área de Mantenimiento Locativo y Apoyo Operativo al Área de Recursos Físicos – Mantenimiento Locativo, cuyas funciones fueron especificadas precedentemente requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros educativos, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por la demandante, no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos a la demandante para acceder al cargo.

Bajo ese contexto, debe precisar la Sala que la demandada no logró desvirtuar la presunción en su contra y en esa medida es claro que la relación se desarrolló bajo las condiciones propias de un contrato de trabajo, además, la realidad que aflora de la documental analizada es que la demandante prestó sus servicios y estuvo subordinada al Área de Mantenimiento Locativo del Hospital, por manera que, no se equivocó la Juez de primer grado al concluir, no solo la inexistencia de medio de convicción que derruyera la presunción legal establecida, sino, además, que la prestación del servicio se hizo bajo subordinación jurídica de la entidad, pues, esta se hizo con apoyo en la documental analizada, misma que indica que la funciones que desempeñó si implicaban la adopción de directrices de la pasiva, pese a la mención que se hizo en los contratos, es decir, que se hacía desprovista de cualquier elemento subordinante.

Y, aquí llama la atención de la Sala que la actividad que ejerció el actor a favor de la entidad, no fue temporal, excepcional o transitoria, pues, no otra cosa podría deducirse de la multiplicidad sucesiva de contratos de prestación de servicio que firmó las partes, por ello, desvirtuándose la presunción que dice el censor que contiene la Ley 80 de 1993. En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL981-2019, se dijo al respecto:

"la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido. Se trata mediante esta figura de afrontar situaciones especiales relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, por tanto, la temporalidad y excepcionalidad de la contratación es

de la esencia de este tipo de contratos. En este sentido, cuando las actividades atendidas a través de esta clase de vinculación demanden una permanencia superior o indefinida, de modo tal que se desborde su transitoriedad, es necesario que la entidad contemple en su respectiva planta los cargos necesarios para desarrollarlas.”

Así las cosas, ningún dislate incurrió la Juez primigenia al considerar que el ente ejercía poder subordinante que, sumado a la prestación personal del servicio y al pago de una suma mensual, no dejan duda de la existencia del contrato de trabajo. Aunado a que, como se vio, la realidad demuestra que la actividad desarrollada por el demandante se ejecutó bajo una verdadera relación contractual laboral, como quiera que la función ejercida no comportaba autonomía e independencia en su realización, es decir, que no contaba con ese marco de libertad bajo el cual fue contratado durante varios años, signo indicativo que siempre estuvo bajo la continuada dependencia.

Concluyendo que la suscripción de contratos de prestación de servicios, por sí sola, no prueba que el tipo de vinculación estuviera atado a la inexistencia de poder subordinante, tal como lo pretende hacer valer el recurrente, por lo que esas condiciones, se sigue mantener la decisión que tomó la A quo, reiterando que tampoco la convocada a juicio logró desvirtuar la presunción establecida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

- **Extremos temporales de la relación.**

La juzgadora de primera instancia tuvo como hitos temporales, del 1 de febrero del año 2013 al 31 de julio del año 2016, lo cual, se sigue mantener pues así se desprende de la certificación atrás referida y mediante la cual se avizora la continua prestación de servicios del actor, sin ninguna clase de interrupción dentro dicho lapso.

- **Salario.**

Respecto de la remuneración para proveer sobre el monto de cada una de las condenas, será el que adujo la A quo, pues, este también se encuentra demostrado por la certificación aducida, siendo estos, los siguientes:

Año	Salario
2013	\$1.339.000
01/01/2014 al 31/08/2014	\$1.373.054
01/09/2014 al 31/12/2014	\$1.422.000
2015	\$1.430.100

Sin embargo, se agregará que el salario para el año 2016 será el equivalente a \$1.616.357,14.

- **Calificación de la naturaleza del vínculo**

Con respecto a la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, se recuerda que no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, de conformidad con el artículo 5o del Decreto 3135 de 1968.

Por lo tanto, se tiene que el demandante prestó sus servicios para el Hospital Vista Hermosa I Nivel Empresa Social del Estado, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, entidad hospitalaria constituida como una Empresa Social del Estado, conforme lo señalado por el Acuerdo 641 del 6 de abril de 2016 expedido por el Consejo de Bogotá y sometida al régimen jurídico previsto en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Conforme a ello, dada la naturaleza jurídica de la entidad, el numeral 5° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 señala en su párrafo: "*Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones*". Por manera, que el actor al realizar actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria, es evidente que se enmarcan dentro de los cargos que la ley ha señalado como trabajador oficial.

Excepción de prescripción

En lo atinente a la excepción propuesta, es dable memorar que las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En relación con las **cesantías**, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en la sentencia SL 981-2019. Respecto de la compensación de las vacaciones, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 «*causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho*», premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas (negritas fuera de texto).

Así mismo, conforme al art. 46 del D. 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de **30 días para solicitarlas**, a partir del cual «*comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años*» Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales 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) y no desde la terminación del contrato como lo pretende la parte actora.

La señalada norma es perfectamente aplicable al presente asunto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 10 de 1990, que señala: "**artículo 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos.** *Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley.*"

Por tanto, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 1 de febrero del año 2013 al 31 de julio del año 2016, que la demandante reclamó ante la

demandada el **28 de mayo del 2015** (fol. 18) y que radicó la demanda 28 de agosto del 2018 (fol. 30), no operó el término de prescripción en relación con las acreencias laborales reclamadas, en tanto, que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en la normatividad legal, como bien lo señaló la A quo.

Finalmente, se debe aclarar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles; pero la solicitud de devolución a la demandante de lo pagado por aportes a seguridad social en el porcentaje que le correspondía asumir como empleador, si se ve afectada por el fenómeno prescriptivo conforme se advirtió por parte de la CSJ en sentencia de instancia en la sentencia SL 2053-2020, sin embargo en el presente caso no alcanzó a transcurrir el término trienal por lo que se mantiene no probada la excepción de prescripción.

Auxilio de cesantías

La falladora de primera instancia condenó a la entidad a pagar al actor las cesantías legales, lo cual no fue objeto de reproche por el promotor del proceso, por tanto, lo que se revisa es si acertó la A quo en la forma en que liquidó las cesantías legales, toda vez que este punto se conoce en consulta en favor de la encartada.

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 advierte que las cesantías se liquidan anualmente, pero son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral.

Igualmente, señala la norma que corresponden a un mes de sueldo, de manera que al realizar las respectivas operaciones aritméticas tomando únicamente el salario del actor como lo indica la norma en mención y el periodo que fue tomado por la A quo, se obtiene la suma de **\$3.212.661** por las cesantías causadas, suma ligeramente inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica este punto, reiterando, que se está conociendo en consulta en favor de la encartada.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2013	\$ 1.339.000,00	\$ 0,00	\$ 1.339.000,00	330	\$ 1.227.416,67
2014	\$ 1.373.054,00	\$ 0,00	\$ 1.373.054,00	240	\$ 915.369,33
2014	\$ 1.422.000,00	\$ 0,00	\$ 1.422.000,00	120	\$ 474.000,00
2015	\$ 1.430.100,00	\$ 0,00	\$ 1.430.100,00	150	\$ 595.875,00
Total Auxilio de cesantías					\$ 3.212.661,00

Vacaciones

La Juez primigenia condenó al pago de las vacaciones, mismas que se encuentran reguladas en el art. 43 del D. 1848 de 1969, que reglamento el Decreto 3135 de 1968 y que es aplicable al caso en concreto por así disponerlo el artículo 30 de la Ley 10 de 1990, el cual, dispone que "*tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.*" Así las cosas, al efectuar las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de **\$1.668.333**, por el período comprendido entre el 1 de febrero del 2013 al 31 de 29 de mayo del 2015, suma inferior a la reconocida por la falladora de primera instancia por lo que se modifica este punto.

Vacaciones -inició el contrato el 1 de febrero del 2013					
Tiempo de causación	Vacaciones exigibilidad	Salario	Días laborados	Días de vacaciones	Valor
01/02/2013 al 31/01/2014	28/02/2014	\$ 1.430.000	360	15	\$ 715.000
01/02/2014 al 31/01/2015	28/02/2015	\$ 1.430.000	360	15	\$ 715.000
01/02/2015 al 29/05/2015	28/02/2016	\$ 1.430.000	120	5	\$ 238.333
Total Vacaciones					\$ 1.668.333

Prima de servicios legal

Al revisar la normatividad aplicable al presente caso, como son los Decretos 2127 de 1945, 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y Ley 10 de 1990, se evidencia que no se contempló la prima de servicios entre las prestaciones sociales a las que tiene derecho los trabajadores oficiales. Por tanto, se revoca la condena impuesta por este concepto.

Reembolso de valores pagados por aportes a seguridad social.

La demandante solicitó entre las pretensiones de la demanda lo siguiente:

"QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Que el HOSPITAL VISTA HERMOSA NIVEL 1 E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., debe reembolsar por aportes al Sistema de Seguridad Social y por pago de los valores dejados de cancelar, serán los que resulten de la realización de la correspondiente liquidación por los diferentes fondos administradores"

La falladora de primera instancia condenó a la entidad demandada a reembolsar al demandante, los aportes realizados por este en los subsistemas de salud y pensiones desde el 1 de febrero del 2013 a abril al 29 mayo de 2015 en el porcentaje que le correspondía asumir como empleadora.

La inconformidad de la pasiva radica que en lo referente a la devolución de aportes se debe tener en cuenta, si actuado de mala fe, dado que los contratos de prestación de servicios están amparados por la norma. Sin embargo, contrario a ello, en criterio de esta Sala es que el empleador pague a las administradoras de seguridad social en salud y pensión, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, a efecto de no realizar doble cotización por el mismo periodo en la misma vinculación contractual ni el reembolso total al actor de los dineros cancelados, pues existe un porcentaje que debe asumir el accionante ante el sistema en calidad de trabajador.

En ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el

sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

En ese sentido, y como quiera que al plenario no se allegó ninguna prueba tendiente a demostrar el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión que aduce el accionante haber efectuado al sistema, con la cual se pueda establecer que efectivamente fueron realizados así como el periodo de cotización y el ingreso base de cotización, no es posible ordenar el reembolso por parte de la pasiva pues no se puede evidenciar las cotizaciones que en exceso efectuó durante el periodo reclamado y declarado por la juez de instancia, en tal virtud, se modificará la decisión en el sentido de ordenar a la entidad que pague a las administradoras de seguridad social en salud y pensión, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo y bajo el siguiente IBC:

Año	Salario
2013	\$1.339.000
01/01/2014 al 31/08/2014	\$1.373.054
01/09/2014 al 31/12/2014	\$1.422.000
2015	\$1.430.100

Indemnización moratoria

En el presente asunto se debe recordar que el demandante al tratarse de un trabajador oficial, la norma al gobernar el asunto es el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945. Así las cosas, debe recordarse que la mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Dicha buena fe "no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley pues, en cualquier caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014)."

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través del citado contrato, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbró de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo una estricta subordinación y poderío de esta, sin que

fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

En consecuencia, se sigue mantener la condena sobre la indemnización moratoria que impuso la Juzgadora de primer grado.

Costas. En esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, 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 numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de febrero del 2020, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar revocar la condena impuesta por concepto de prima de servicios legal, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **CONDENAR** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE**, a pagar al señor **GONZALO JIMÉNEZ MELO** las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$3.212.661**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$1.668.333**, por concepto de vacaciones

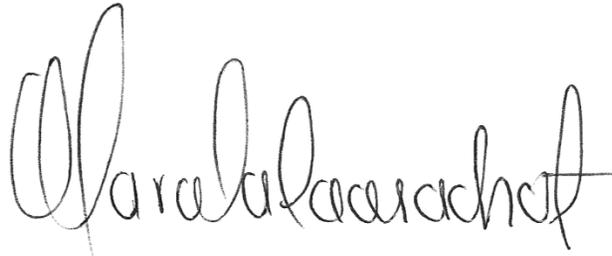
TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada en el sentido de **CONDENAR** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE**, pague a las administradoras de seguridad social en salud y pensión a la que se encuentre afiliado al demandante, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, teniendo en cuenta el siguiente IBC:

Año	Salario
2013	\$1.339.000
01/01/2014 al 31/08/2014	\$1.373.054
01/09/2014 al 31/12/2014	\$1.422.000
2015	\$1.430.100

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, en los términos del numeral 4º del art. 366 del CGP. Se fijan como costas la suma de \$800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

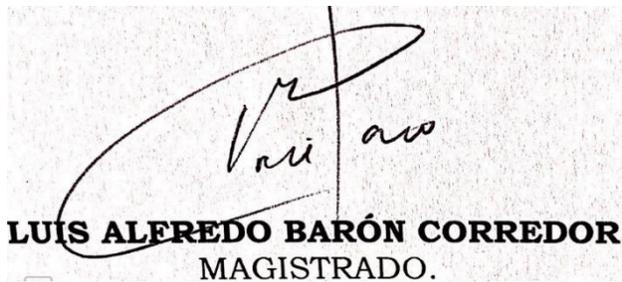
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$800.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ELSA FANDIÑO SEPÚLVEDA
DEMANDADO: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.
RADICACIÓN: 05-2014-00643-03
TEMA: APELACIÓN DE SENTENCIA PARTES – VIÁTICOS -
REVOCA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Elsa Fandiño Sepúlveda, instauró demanda ordinaria contra Aerovías del Continente Americano S.A., con el propósito de que se dispusiera a su favor el pago de los viáticos que por concepto de alojamiento determine el peritaje con ocasión de los hoteles proporcionados; que con destino al Fondo de Pensiones y Cesantías – Colfondos, el bono pensional o el valor de diferencial que determine el peritaje como resultado de la omisión de no cotizar a la seguridad social en pensión, con el factor salarial de viáticos por alojamiento; reliquidación y pago de cesantías y sus intereses, prima de servicios, primas de vacaciones y navidad, vacaciones, sobre el valor del promedio real del salario, el que se incluyan los viáticos por concepto de alojamiento que determine el perito y los viáticos por manutención no tenidos en cuenta; indemnización moratoria por no pago oportuno de las prestaciones sociales; un día de salario por cada día de retardo, por no pago oportuno y correctamente de cesantía, conforme a lo india el artículo 99 del Decreto 1160 de 1989; indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que trabajó del 11 de abril de 1981 al 5 de enero de 2012, desempeñando el cargo de Auxiliar Vuelo Internacional y, por tanto, se le pagaba por sus servicios, un salario variable que estaba compuesto, entre otros factores, por los viáticos que la empresa cancelaba de manera permanente por concepto de manutención, razón por la cual el salario variable mes a mes, dependiendo del tiempo de permanencia en el exterior y destino. Indicó que la clasificación de los viáticos y la cantidad que se pagaba por estos están determinada en la convención colectiva de trabajo que la demandada celebró con el Sindicato de Auxiliares de Vuelo, de la cual es beneficiaria.

Refirió que el salario que le cancelaban no incluía el pago de los viáticos por alojamiento, pese a que se encuentran relacionados en la citada convención, por lo que tampoco al momento de la terminación del vínculo laboral, la demandada no solo no incluyó en la

liquidación final de prestaciones sociales, el valor que mensualmente debió incluir en el salario, sino que también decidió excluir de la liquidación final, sin justificación legal alguna, es decir, desconoció dicho concepto salarial y, por ende, toda su incidencia prestacional. (Cuad. 1, fls. 1 a 14).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que no ha cancelado costos de alojamiento por la demandante en ningún hotel, en tanto, que la empresa alquila, de manera permanente, habitaciones en hoteles – en Colombia y en el exterior, que pueden ser ocupadas por los trabajadores, los cuales, por la inherencia de sus funciones requieren trasladarse al exterior.

Agregó que es imposible establecer el valor pagado a los hoteles por concepto de hospedaje de la actora, puesto que no existe certeza de que la misma haya demostrado la utilización del hotel. Así, los valores que pudieron pagar por concepto de alquiler de habitaciones en los hoteles corresponden al suministro de un elemento para trabajar, es decir, para desempeñar a cabalidad sus funciones y no a un pago realizado como contraprestación del servicio y, por tanto, esos dineros al ingresar su patrimonio no tienen incidencia salarial.

Frente a los supuestos fácticos señaló que es cierta la vinculación laboral y sus extremos, sin embargo, aclaró que terminó por mutuo consentimiento formalizado en contrato de transacción y elevado a conciliación aprobada por la autoridad competente, con efectos de cosa juzgada. Adicionó que el último cargo desempeñado, fue el de Auxiliar de Vuelo Internacional y percibía un sueldo básico y mínimo garantizado, más no viáticos en los términos expuestos en la demanda.

Propuso como excepciones previas las cuales fueron trasladadas como de fondo las que denominó transacción válida y eficaz, cosa juzgada por conciliación válida y eficaz, prescripción, además, propuso como perentorias las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, falta de título y ausencia de causa jurídica en la demandante, pago de lo debido, buena fe, ausencia de buena fe en la demandante y compensación. (Cuad. 1, fls. 206 a 227).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de noviembre del 2018, en la que el fallador condenó a la demandada a pagar a la entidad de seguridad social en pensiones en la que se encuentra afiliada, la reliquidación de aportes a pensión junto con los intereses moratorios, por el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2006 al 5 enero del 2012, teniendo en cuenta un ingreso base de cotización "*real de \$6.077.343 para 2006, \$5.133.018 para 2007, \$5.670.495 para 2008, \$5.114.319 para 2009, \$5.788.241 para 2010 y \$5.742.485 para 2011*"; así mismo, declaró parcialmente probada la excepción de cosa juzgada y compensación respecto de la reliquidación de prestaciones sociales; y condenó en costas procesales a la encartada. (Cuad. 1, Cd a fl. 363)

Para arribar a tal decisiva señaló que no existe discusión que entre las partes existió un contrato trabajo del 11 de abril de 1981 hasta el 5 enero del 2012, además, por cuanto así se desprendía de la transacción laboral suscrita entre las partes y posteriormente elevada a conciliación ante el Ministerio de Trabajo. Respecto de los viáticos hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 130 del CST y a lo normado en la convención colectiva de trabajo, en su cláusula 19 que indica que en los casos de pernoctar en el extranjero la empresa asegurará habitación privada para cada tripulante de cabina de pasajeros en un lugar de primera categoría o en su defecto, cuando la empresa no provea el hotel, reconocerá a sus tripulantes de cabina el valor pagado por estos por concepto de habitación.

Lo anterior, para significar que el hecho de que la encartada pague directamente el hotel no desvirtúa, tampoco desnaturaliza el carácter salarial de los viáticos por alojamiento como lo indica el artículo 130 CST, ya que, también en sentencia 3462 del 5 de febrero de 2009, la Corte sentó su posición en el sentido que estos viáticos por alojamiento son salario. Conforme a ello, se preguntó si se demostraron los viáticos o lo invertido y pagado a favor de la trabajadora por viáticos de alojamientos en sus diferentes viajes internacionales.

Bajo ese contexto, señaló que, conforme al principio de la carga dinámica de la prueba, le resultará a quien esté en mejor posición de demostrar los hechos, es decir, en el asunto en concreto al empleador. En ese sentido, adujo que la parte demandante demostró cuál era el itinerario de los vuelos, por lo que dedujo ser un claro indicio de que la trabajadora viajó y durmió en el hotel que le suministró Avianca, siendo esto ninguna suposición.

Agregó, que para llegar al valor de los viáticos por alojamiento se tuvo que acudir a un dictamen pericial engorroso, sin embargo, consideró que aquel cumplió con todas las normas técnicas que se le pueden exigir, a excepción de la metodología matemática y financiera utilizada en alguno de los muestreos, concluyendo que no es posible que para 1981 la demandante haya tenido unos viáticos de \$25.000.000, por manera que no dio valor probatorio del año 2005 hacia atrás.

Arguyó que desde los años 2006 a 2011, los soportes para esos años fueron los contratos aportados por Avianca, sin embargo, extrañó que la demandada no allegara los pagos para determinar en los años anteriores, agregando que para su expedición "*tan evidentes y sencillos que hacen parte de la vicepresidencia de la contabilidad de Avianca. Si es preocupante, de que traten de señalar que no existe documental y que hay imposibilidad física portar esos documentos.*" En ese sentido, tuvo por sentado los viáticos por alojamiento indicados por la perita y entró a determinar la reliquidación de las prestaciones sociales, por lo que, al tomar el salario realmente devengado, encontró un saldo a favor de \$23.327.891 para los años 2009 al 2011 a favor de la actora, entre tanto, que operó el fenómeno de la prescripción de los años atrás.

Ahora, indicó que, si la conciliación celebrada en febrero de 2012 configura cosa juzgada respecto de la reliquidación de prestaciones sociales. Efectivamente consideró que esos \$130.000.000 pagados por concepto conciliación incluyeron la discusión sobre los viáticos, sin embargo, sus efectos de cosa juzgada no pueden versar sobre el derecho a la seguridad social, por tanto, ordenó la reliquidación de los aportes pensionales a favor de la actora.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que debía analizarse en lo referente al no reconocimiento de la reliquidación de las prestaciones legales, y la correspondiente sanción moratoria. Precisó que respecto a que el concepto de viáticos por alojamiento no deviene solo por la Convención Colectiva, pues como se reconoció por el despacho, su naturaleza propia se deriva del art. 130 CST y será salario para todo trabajador que lo devengue de manera permanente independientemente de que exista o no convención colectiva de trabajo.

En ese sentido, en cuanto a la reliquidación de las prestaciones legales, se apoyó en lo dicho por este Tribunal en el momento en que resolvió la excepción de cosa juzgada, para significar que si bien el A quo entró a determinar si en efecto existe deuda por viáticos de alojamiento, "*es muy común sobre todo en actas conciliatorias que celebra la empresa, dentro de la manera de dar por terminado el contrato de trabajo y generar y buscar un*

paz y salvo del trabajador, pues meterle ruido a las conciliaciones o a las transacciones, indicando que se concilian todos aquellos derechos y el decálogo de todos los derechos que son ciertos incluso del trabajo, como en este caso los viáticos, pero lo engloba en una sola palabra, esa "viáticos", si hacer la distinción en que jamás cancelo los viáticos por alojamiento, porque ese es el objeto de este debate."

Refirió que, en la respuesta de Avianca al derecho de petición, misma en la se aportaron los itinerarios de los últimos 10 años, se puede verificar que la compañía solo pago el concepto de viáticos por manutención, pero no por alojamiento, por lo que consideró que se puede hacer un estudio matemático alcanzaría un valor superior al que se le reconoció. Agregó que en el proceso la demandada obstáculo y dilató para que el trabajador le fuese imposible probar los viáticos, como lo reconoce el despacho, advirtiendo la mala fe, la cual, debía tenerse en cuenta, para el pago de la indemnización moratoria. (Cuad. 1, Cd a fl. 363)

4.2. Recurso de apelación demandada. Apeló parcialmente la sentencia, indicando que no ha pagado costos de alojamiento a la demandante a ningún hotel, ya que la empresa alquila de manera permanente habitaciones de hoteles en todos los países donde tiene operación, las cuales, no necesariamente tienen que ser ocupadas por tripulantes, sino, que al igual pueden ser ocupados incluso por pasajeros, respecto a salidas que tengan retraso del itinerario. Agregó que desde el principio Avianca indicó que no existía factura alguna a nombre de la señora demandante, en razón a que no existe un pago discriminado por trabajador, reiterando, que de los contratos allegados es un costo global con cada hotel, por lo que el juez de primer grado para condenar partió de presunciones y suposiciones.

Insistió en que en el asunto existe una deficiencia probatoria que contrario a lo dicho por el señor juez, no estaba en cabeza de Avianca, además, si bien el Juez "*indica que aquí la prueba fehaciente era una certificación o bastaba con oficiar a Avianca para que dijera o discriminara estos pagos, la suscrita se pregunta dónde están las facultades oficiosas del señor juez para llegar a la verdad real de los hechos, se parte del hecho de tomar una decisión que se encuentra en el expediente, que no nos lleva a la realidad de establecer tarifa por tarifa, día por día, noche por noche de ese alojamiento."*

Aseveró que se parte del hecho de que el dictamen cumple con los requisitos establecidos por la norma, no obstante, el mismo parte de aproximaciones hacía los contratos, que no aplican para ciertas fechas, además, se hacen acercamientos respecto de otras para simplemente suplir vacíos. Persistió en la existencia de defectos probatorios que no son suplidos en debida forma ni bajo el argumento de la sana crítica y de la experiencia, por manera que consideró que aquí lo que se debió buscar fue el elemento probatorio fehaciente para determinar no solamente las fechas en que supuestamente pernotó la actora, sino, los valores que asumió Avianca por dicho concepto. (Cuad. 1, Cd a fl. 363)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En sus alegaciones indicó que le asiste razón al A quo en sus consideraciones sustanciales, que la razón de ser del servicio que prestan los auxiliares de vuelo hace que viatiquen de manera permanente pues su oficio es el de tripulantes de cabina área y, por ende, existe una necesidad permanente de estar desplazándose con frecuencia, habitualidad o regularidad de la ciudad base o de domicilio contractual.

5.2. Parte demandada. En su escrito señaló que es claro que son errados los argumentos del Juez de primer grado cuando tiene por probado la causación de viáticos de alojamiento sin que obre medio probatorio alguno que así lo demuestre.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿La encartada adeuda alguna acreencia salarial o prestacional a la demandante en los términos solicitados en el escrito primigenio, como consecuencia de la incidencia salarial de los viáticos que aduce haber recibido por alojamiento u hospedaje?

Viáticos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, ni la labor de auxiliar de vuelo internacional por la accionante, tampoco que es beneficiaria de la cláusula 19 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Avianca y sus trabajadores, misma que hace referencia a los viáticos de los Tripulantes de Cabina de Pasajeros, precisando que la constancia de su depósito se acreditó en el plenario (Cuad. 1º, folios 138 a 149).

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si la parte demandante debe acreditar en forma específica los días en que pernoctó en el exterior, el hotel en el cual se alojó por cuenta de la demandada y el precio de alojamiento de dicho hotel, pues es claro que solo con estos datos se podría obtener el valor de los viáticos que pudo haber excluido la demandada del salario base de la liquidación de los derechos laborales reclamados. Por manera que para efectos de entrar a su estudio se procederá a efectuar el análisis de la carga de la prueba de las partes y la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, concordante con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Así las cosas, cumple memorar que el artículo 130 del CST modificado por el art. 17 de la Ley 50 de 1990, establece:

"1º) Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

2º) Siempre que se paguen deben especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.

3º) Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquellos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente."

Conforme a lo atrás dicho, los viáticos son entendidos por el legislador como aquellos gastos que se generan cuando el trabajador debe desplazarse a un lugar ajeno a su sede habitual de trabajo, en ejecución de sus funciones y en cumplimiento de las órdenes del empleador, sin embargo, dispone que para que aquellos constituyan salario no solo debe

ser destinado a proporcionar manutención y alojamiento al trabajador, sino que se causen de forma permanente, de modo que excluyendo en forma expresa los viáticos accidentales y aquellos permanentes que solo tengan por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

Frente al tema de los viáticos nuestra CSJ tuvo la oportunidad de referirse en la sentencia SL 562-2013 reiterada en la SL 1022-2020, en donde señaló:

"Superado lo anterior, para resolver el asunto, considera pertinente la Sala reiterar lo que de tiempo atrás tiene adoctrinado, frente al mandato legal del artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, en cuanto a que esa disposición no define expresamente qué es lo que se reputa como viáticos permanentes para efectos de determinar su incidencia salarial.

*Ha dicho que como esa definición la elaboró el legislador en torno a los viáticos accidentales, al señalar que son aquellos que se "dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente" y que por tanto en ningún caso constituyen salario, por vía de exclusión **debe entenderse que tienen la connotación de permanentes aquellos que se otorguen al trabajador para su manutención y alojamiento**, siempre que por requerimiento del empleador, ordinaria y habitualmente deba desplazarse de su sede de trabajo hacia otras diferentes, en cuyo caso los viáticos sí tienen incidencia salarial.*

[...]

Con otras palabras, a la luz del artículo 130 del Código Sustantivo de Trabajo y de la jurisprudencia que le ha señalado alcance, para que los viáticos tengan carácter permanente, y por ende incidencia salarial, es indispensable que se configuren las siguientes condiciones:

(i) que tengan carácter habitual, esto es que se otorguen de manera ordinaria o regular, por razón de que el trabajador deba trasladarse frecuentemente de su domicilio contractual hacia otros lugares;

(ii) que esos desplazamientos obedezcan a órdenes del empleador, quien con su poder subordinante está facultado para imponerle al trabajador el desarrollo temporal de sus funciones en sedes diferentes a la usual de sus servicios;

(iii) que las actividades encargadas al trabajador en la comisión de servicios, estén relacionadas con las funciones propias del cargo del cual es titular, o de otras actividades que le encomiende su empleador. En este sentido, desde hace más de una década así lo adoctrinó la Sala al señalar, "que la hermenéutica propuesta por el recurrente en el sentido de que la permanencia implica que los viajes del empleado sean inherentes al servicio ordinario prometido por él, resulta ser restrictiva en exceso y por ello no se acomoda al sentido textual de la norma, ya que si bien no se remite a duda que los viáticos que percibe un trabajador itinerante son permanentes, puede darse que aunque las labores comunes del operario no impliquen por sí traslados, el empleador o sus representantes pueden decidir asignarle tareas que los comporten por un período tan significativo que los viáticos

percibidos reúnan las características de habitualidad y frecuencia exigidas por la norma”.

(iv) que los viáticos se otorguen con el fin de cubrir los gastos correspondientes a manutención y alojamiento, lo que obliga al empleador a detallar qué monto de lo otorgado cubre tales gastos y cuánto corresponde a otros ítems, tales como los de transporte. ”

Ahora, en torno a la discusión que propone la demandada recurrente, debe precisarse que en términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En este orden, al pretender el demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el líbello inicial, tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

De ahí la necesidad específica del actor de probar los presupuestos de hecho que permiten la configuración de los viáticos permanentes, cuando se pretende de estos una reliquidación de acreencias laborales o pensionales, no siendo suficiente afirmar simplemente que se causaron, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que aseverar no es probar. A propósito, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4032-2017, reiterada en sentencia SL3865 -2020, advirtió:

"(...) el demandante que demandó el pago de viáticos permanentes al igual que la reliquidación de las prestaciones sociales y la pensión por inclusión de factores salariales, era a quien le correspondía demostrar conforme a las reglas de la carga de la prueba, las aseveraciones contenidas en los hechos que soportan sus pretensiones, cuyo incumplimiento trae como consecuencia que las súplicas incoadas no sean acogidas o no puedan tener éxito, como en efecto ocurrió, para lo cual se rememora que «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779). De ahí que no se transgredió el artículo 177 del CPC hoy 167 del CGP.”

Efectuadas las anteriores precisiones, para esta Sala la providencia censurada se advierte equivocada, pues como bien lo señala la encartada, las documentales aportadas por la actora con el fin de acreditar los viáticos de carácter permanente y de naturaleza salarial que recibió como auxiliar de vuelos internacionales de Avianca por alojamiento en hoteles durante el desarrollo de sus funciones, imponía como tal demostrar en forma clara los días en que pernoctó en el exterior, el hotel en el cual se alojó por cuenta de la demandada y el precio de alojamiento de dicho hotel, no siendo dable, como se coligió, trasladar la carga de la prueba a la demandada.

En ese hilo conductor, al revisar las documentales que militan a folios 30 a 137 no es posible colegir los viáticos a partir de los itinerarios de vuelo que ordenó Avianca a la señora Fandiño Sepúlveda, pues de allí no se puede esclarecer en qué ocasiones y con qué frecuencia se hospedó en los hoteles, si el actor tuvo gastos por hospedaje, ni se discriminaron los recorridos con pernoctación, así, de entrada, derruyéndose los argumentos que expuso la censura. Además, lo dicho en precedencia tampoco se podía colegir del dictamen pericial practicado al interior del proceso, pues, leído con sumo detenimiento el mismo, el cual, confrontado con lo explicado por la auxiliar de la justicia en audiencia, da plena certeza de que no se puede extraer el valor del alojamiento o estadía en la fecha en que el actor cumplió su itinerario.

Ello, es así por cuanto el peritaje que se efectuó se formó a partir de deducciones o inferencias, sin apoyó de ningún elemento más que los itinerarios y los contratos allegados por la parte demandada. Aunado a que es evidente que no se realizó específicamente a la trabajadora; en otras palabras, si la actora al pernotar en los distintos hoteles, a *verbigracia*, lo hacía en uno específico, utilizaba en una habitación con cama sencilla o doble dado que esto agravia en su precio; o en sumo pernotaba cada vez que cumplía su itinerario. Al punto que la misma auxiliar de la justicia explicó que *"había muchísimos contratos y convenios hoteleros, pero siempre debía haber un contrato de soporte, y de ahí había diferentes precios. Al leer el contrato encontraba diferentes precios para habitación sencilla o doble, se supone yo di por hecho a mí no me hablaron de más funcionario o el dictamen iba encaminado solo a la señora Fandiño, por lo tanto, yo tomé el de la habitación sencilla, que además ese era el precio de menor costo."*

Por manera que dadas a las anotadas circunstancias mal podría tenerse como prueba de los viáticos el dictamen pericial practicado, cuando precisamente los valores que allí se anotó y las tarifas de los hoteles que referenció estaban atadas a un amplio número de contextos. De hecho, tampoco puede esgrimirse que por el hecho de tratarse de su itinerario necesariamente hubiese sido cumplido por la actora, para así establecer el valor de los viáticos. En este orden, la Sala descarta la aducida experticia, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, precisando que el mismo es un simple referente que no ata a ninguna decisión final.

Ahora bien, en lo atinente a la argumentación que presenta la recurrente basada en que la demandada debió allegar las pruebas pertinentes para la demostración de los viáticos, en tanto a que ella le correspondió la carga de la prueba, que, por demás, fue un referente que siguió el *A quo*; dicha inferencia quedó zanjada, pues efectivamente, como bien se anunció en precedencia, la citada carga de la prueba recae exclusivamente de la parte actora, en los términos del artículo 167 del C.G.P., así, hallándose razón a la parte demandada.

Con todo lo anterior, fluye evidente la improcedencia de los viáticos reclamados y, por ende, la equivocación que el Juzgador de primer grado se atribuyó al escatimar el pago de estos en la forma que lo señaló, cuando el haz probatorio allegado al diligenciamiento apuntaba a la falta de su demostración; por manera que, no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a revocar la decisoria del Juez primigenio, máxime cuando es claro que no se podría aseverar la existencia de los mismos a partir de deducciones fácticas o conjeturas sin apoyo de un elemento persuasorio.

Costas en ambas instancias a cargo de la actora.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 14 de noviembre del 2018, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la empresa convocada a juicio de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandante en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



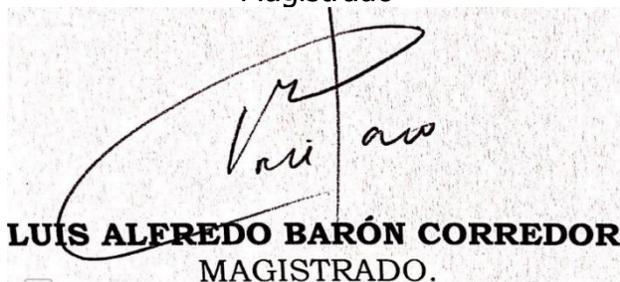
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

MAGISTRADO.

(Salva voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA FERNANDA CELIS TOVAR
DEMANDADO: BANCO DE BOGOTÁ S.A.
RADICACIÓN: 05-2018-00143-01
TEMA: APELACIÓN DEMANDADA ESTABILIDAD LABORAL
REFORZADA - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Fernanda Celis Tovar, instauró demanda ordinaria contra Banco de Bogotá S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia a partir del 25 de agosto del 2011. Así mismo, la nulidad absoluta e ineficacia de la terminación unilateral y sin justa causa de la relación laboral y, por tanto, ha subsistido sin solución de continuidad. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el reintegro por encontrarse en situación de debilidad manifiesta al amparo del principio de estabilidad laboral reforzada; pago de las primas de vacaciones y todas las prestaciones sociales, con incidencia salarial, desde el despido ineficaz hasta su reintegro; el equivalente a 180 días de salario consagrados en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; daños y perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró un contrato de trabajo a término indefinido, para ocupar el cargo de "Analista Financiera", a partir del 25 de enero del 2011. Refirió que dicha labor fue cumplida cabalmente hasta el día en que el empleador despidió sin justa causa el 22 de agosto del 2017, aduciendo en la carta de terminación hechos carentes de todo fundamento, en tanto, que se le indicó se estaba adelantando un proceso de reestructuración interna.

Arguyó que al momento de que la encartada toma la decisión de finiquitar el laborío se encontraba con una enfermedad calificada por la Junta de Calificación de Invalidez como de origen laboral, de la cual no solo tenía pleno conocimiento, sino, también de las patologías que venía padeciendo y de las recomendaciones laborales que le fueron expedidas. Agregó que el despido no fue con autorización del Ministerio del Trabajo, encontrándose amparada por el principio constitucional de estabilidad laboral

reforzada, bajo una condición de vulnerabilidad absoluta y de debilidad manifiesta, debido al padecimiento de enfermedades catalogadas como se origen laboral.

Refirió que en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A el día 26 de octubre del 2017, mediante el cual se concede como mecanismo transitorio el amparo del derecho fundamental a la estabilidad laboral, la encartada la citó el 30 de enero del 2018, en la dirección de recursos humanos para su reintegro, sin embargo, considerando que no puede respetar su antigüedad del contrato inicial, poniéndole de presente uno nuevo. Por último, añadió que para la fecha de su despido devengaba como sueldo básico de \$3.201.341.

(Cuade. 1º, fls. 533 a 538).

2. Contestación del Banco de Bogotá S.A. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de enero del 2011, mismo que finalizó por decisión unilateral y sin justa causa, de conformidad con la facultad legal de que trata el artículo 64 del CST el 22 de agosto del 2017. No obstante, adujo que desde el 30 de enero del 2018 la actora se encuentra reintegrada con ocasión a la orden de tutela impartida de forma transitoria.

Agregó que el contrato de trabajo término de manera unilateral y sin justa causa, decisión completamente valida y ajustada a la Ley, en atención a un proceso de reestructuración interna y en la medida en que la demandante jamás ha sido beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que no cumple con los requisitos establecidos por la Ley y la jurisprudencia, esto es, tener un determinado porcentaje de pérdida de capacidad laboral y haber sido despedida con ocasión a una condición de discapacidad. Finalmente, propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, enriquecimiento sin causa de la demandante, compensación, prescripción y genérica.

(Cuade. 2º, fls. 1 a 22).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de noviembre del 2019, en la que el fallador declaró que el contrato de trabajo a término indefinido existente entre las partes desde el 25 de enero del 2011 no sufrió solución de continuidad, declarándose ineficaz la terminación realizada por la demandada el 22 de agosto del 2017. Así, condenando a la demandada al pago de salarios comprendidos entre el 23 de agosto del 2017 al 18 de enero del 2018, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prestaciones sociales legales y aportes al sistema de seguridad social en pensiones, de forma indexada; al mismo tiempo a las costas del proceso.

Para arribar a tal decisión indicó que dentro del proceso se halló demostrado la existencia de la relación laboral entre las partes, siendo su modalidad la de término indefinido, misma que fue terminada el 22 de agosto del 2017, bajo el argumento de una reestructuración interna, reconociendo la indemnización por terminación de contrato sin justa causa. Agregó que interpuesta la acción de tutela el Juez constitucional dispuso el reintegro de la trabajadora, orden a la que se dio cumplimiento.

Así las cosas, luego de referirse al derecho de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de debilidad manifiesta y a pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre esas, C-200 de 2019 y SU-041 de 2017, descartó la línea jurisprudencial de la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicando que al asunto en concreto le es aplicable la citada prerrogativa constitucional, ante la abundante historia clínica aportada al plenario que da cuenta que desde el año 2014 padece de una enfermedad de origen laboral, misma que le fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Manifestó que la encartada tenía conocimiento de la patología de la trabajadora, ello por cuanto los dictámenes médicos le fueron debidamente notificados, además, tampoco desconocía de la existencia de la enfermedad laboral, ello, en razón a que los testigos lo afirmaron. Agregó que no es de recibido el argumento de la demandada basada en que no existían recomendaciones al momento del finiquitó, tampoco que el hecho de que la calificación de pérdida capacidad laboral tuviera como fecha de estructuración el 9 de marzo 2018, ya que la enfermedad ya la venían calificando desde el año 2014.

Indicó que existió retaliación una vez le notifican el reintegro al Banco de Bogotá, entre tanto, la demandada lo que hace es enviarla a otra sede más lejana de la ubicación a su hogar, además, le asignó funciones de call center, que no tenía que ver con el cargo que ocupó. Refirió que, contrario a lo aducido por la demandada, declarado la ineficacia del despido, el reintegro lógicamente implica desde la fecha del despido y sin solución de continuidad, junto con el reconocimiento de salarios insolutos, prestaciones sociales legales y la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997 por no haber ejercido esa obligación de solicitar ante el Ministerio del Trabajo autorización. Por manera que se da el supuesto de hecho previsto en la citada norma, es decir, presumir el despido discriminatorio por su estado de salud, agregando que por demás se ejercieron acciones "retaliatoria", por lo que condenó a la demandada al pago de las pretensiones atrás señaladas. (Cuad. 2, CD fol. 182)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Parte demandada. Formuló recurso de apelación manifestando que el despido y la terminación del contrato de trabajo de la actora no fue de carácter discriminatorio, pues así se desprende de la calificación de la enfermedad de origen laboral de la demandante que ocurrió en el mes de octubre del 2014, por lo que siguió prestando su servicio a favor de la empresa sin ningún inconveniente hasta el año 2017. Indicó que para el momento de la terminación del contrato de trabajo las sentencias referidas por el a quo, entre esa, la C-200 del 2019, no se encontraba vigente y, por tanto, no era obligada a cumplir los lineamientos o lo decidido en la citada jurisprudencia ya que las situaciones que ocurrieron fueron en el mes de agosto del 2017.

Refirió que de acuerdo a las normas y a los decretos que regulan la calificación de invalidez, el hecho de que haya tenido una calificación de origen laboral en el año 2014 y que la fecha de estructuración haya sido calificada en marzo del 2018, no implicaba que pudiese haber sido impugnada por la actora, razón por la que el dictamen goza de vigencia y resulta aplicable al caso en concreto. Señaló que el conocimiento de la patología nunca fue objeto de discusión, en tanto que no negó haber conocido la calificación de origen de las enfermedades, evidenciando que existen actas de seguimiento que se le aplicaron desde el momento en el cual se recibieron las recomendaciones médico laborales, con el objeto de que la demandante obtuviera su rehabilitación.

Agregó que la actora reconoció y aceptó que su empleador le brindó las herramientas y espacios de seguimiento y acompañamiento para la rehabilitación de sus patologías,

situación que obvió el juzgador de primer grado. Respecto de la causal objetiva señaló que lo que se busca siempre en este tipo de procesos es llegar a la primacía de la realidad, la cual no solamente aplica para la parte débil de la relación laboral, sino, también para todos los casos en cuestión, de manera que el hecho de que los testigos y la propia demandante hayan dicho que hubo una reestructuración interna en la que salieron más de 200 o 300 personas del Banco, no queda de otra declarar probado la causal objetiva.

Lo anterior, además, porque que se debió entrar a analizar si realmente la reestructuración interna se efectuó, ocurrió y si obedeció o fue la causa de la terminación del contrato de trabajo, ya que, si la promotora tuvo una enfermedad de origen laboral en el año 2014 y laboró más de dos años y medio hasta el año 2017 en agosto, es evidente que no existió discriminación alguna, dejando claro que lo que existió fue realmente la reestructuración interna del banco, lo que desvirtúa la discriminación de qué habla el artículo 26 de la Ley 361 del 97. Adicionó que al momento en que tomó la decisión de terminar el contrato sin justa causa no evidenciaba estabilidad laboral reforzada a favor de la demandante, en tanto que la actora no se encontraba incapacitada ni con recomendaciones laborales vigentes, arguyendo que no hubo diligencia para efectos de rehabilitarse.

Por otro lado, sostuvo que las acciones de retaliación no fueron como tal, ya que al haber existido reestructuración interna no podía ejercer sus mismas funciones como antes, al mismo tiempo, que en aras de tomar decisiones y ayudar a su rehabilitación, tomó la opción de enviarla a "Megalinea" para que haga otro tipo de funciones y actividades. Dijo que, de acuerdo a la decisión administrativa e interpretación literal y exegética del fallo de tutela, procedió a reintegrar a la demandante firmando un nuevo contrato de trabajo.

5. Alegatos parte demandante. En su escrito solicitó se confirmen todas y cada una de las declaraciones y condenas establecidas por el A quo, donde se produjo el reconocimiento de los derechos que le corresponden como consecuencia de la ineficacia del acto mediante el cual fue desvinculada del Banco de Bogotá S.A.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

Contrato de trabajo, sus extremos temporales, duración y salario.

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, tampoco que la terminación del contrato de trabajo fue producto de una decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador

acontecida el pasado 22 de agosto del 2017, data para la cual la encartada tenía conocimiento de las patologías que aquejaban a la actora. Tampoco que por virtud de la decisión que arribó el Consejo de Estado en sentencia del 26 de octubre del 2017, misma en la que concedió como mecanismo transitorio el amparo del derecho fundamental a la estabilidad laboral ocupacional reforzada a favor de la quejosa, la encartada procedió a reintegrarla el 18 de enero del 2018.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si para aquella data del finiquito, la promotora del proceso se encontraba amparada bajo el derecho fundamental innominado a la estabilidad laboral reforzada, por manera que para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si el Banco de Bogotá actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que tal como lo dedujo el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 22 de agosto del 2017.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual 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, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado "*la presunción de desvinculación laboral discriminatoria*"; entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: "*en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*"

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que en el caso en concreto, no existe duda que para el día 22 de agosto del 2017, fecha en que la demandada terminó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba bastante comprometida en razón a la patología diagnosticada "Epicondilitis Media Y, tendinitis lateral ", misma que según se evidencia de la basta historia clínica allegada al plenario, estaba siendo tratada por lo menos desde el 23 de diciembre del 2011 y hasta la fecha de su despido, pues, así se observa del historial médico para dicha data, en la que refiere "DOLOR EN CODOS Y MUÑECAS QUE ASOCIA AL USO DEL COMPUTADOR" y, por tanto, se inicia plan médico, ordenándose, entre otras cosas, "SE DA TRATAMIENTO Y ESPAMOS, SE ACONSEJA INFILTRACIONES, SE ORDENA FISIOTERAPIA YA QUE ADICIONALMENTE SE ENCUENTRA ESCOLIOSIS"; e historia clínica del 12 de agosto del 2017 en la que se explica "*la necesidad de continuar con un manejo no quirúrgico y realización de estudios paraclínicos actuales para definir posibilidad o no de cirugía, o de infiltración*", estableciendo el galeno terapias físicas, 15 sesiones, específica para epicondilitis medial y lateral bilateral y Quervain bilateral. (Cuade. 1º, fls. 253 a 255 y 59 a 62).

Además, se observa que dicha enfermedad le generó varias incapacidades médicas, al punto que se le evaluó su puesto de trabajo el 6 de febrero del 2014, oportunidad en la cual la ARL Alfa recomendó a la actora, entre otras, realizar pausas activas durante 5 minutos a cada día y realizar un nuevo diseño del puesto de trabajo, como por ejemplo "*idealmente la superficie de trabajo debe contar como mínimo con 70 cm de profundida, es importante verificar esta dimensión y de contar con esta siempre se*

deberá organizar el teclado y el mouse de modo que delante de esto se cuente con 20 cm de espacio para promover el apoyo de antebrazos controlando las posturas antigravitacionales.”

Por último, del acopio probatorio arrojado al plenario se evidencia que la promotora del proceso se encontraba iniciando su proceso de calificación por pérdida de capacidad laboral, para efectos de determinar el origen de la patología, misma que, según dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca del 24 de octubre del 2014, fue catalogada como enfermedad “*PROFESIONAL*”. Ahora, al cabo del cual la misma Junta calificadora dictamina una mengua laboral del 21.70%, con fecha de estructuración el 9 de marzo del 2018. (Cuade. 1º, fls. 286 a 300 y Cuade. 2º, fl. 155)

Lo anterior permite concluir que (i) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto la demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud; (ii) aquella situación era de conocimiento de la demandada; (iii) se encontraba en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual, se encontraba a la espera de que la actora alcanzará la mejoría médica máxima¹, pues no es otra la razón del porque existió un lapso prologando entre la primera y la segunda calificación (Decreto 1507 de 2014, anexo técnico); (iv) misma que desencadenó que la actora tuviese una merma laboral de del 21.70%; (iv) por manera que el problema de salud por parte de la trabajadora determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo; (v) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que como ya se advirtió en líneas precedentes, lo fue sin justa causa.

Sobre esto último, es decir, sobre el argumentó que utilizó para reprochar la intelección que hizo el A quo y concluir la existencia de una razón objetiva que determinó el finiquito del vínculo, basta con traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ que, a propósito de la reestructuración empresarial, advirtió:

*"Ahora bien, aún si se admitiera que la sentencia gravada se cimentó sobre una base fáctica como la que precisa la censura, en todo caso, para la Corte, por el solo hecho de haberse comprobado la existencia de un **despido unilateral y sin justa causa**, que no tuvo discusión en el proceso ni en el cuerpo argumentativo del recurso de casación, el Tribunal no pudo haber incurrido en algún error hermenéutico al aplicar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a las condiciones particulares del actor. (...)*

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

Esta Sala de la Corte ha sostenido en repetidas oportunidades que garantías como la que aquí se analizan constituyen un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Por ello, siendo un límite a dicha libertad, no puede entenderse cómo, en

¹ Punto en el cual la condición patológica se estabiliza sustancialmente y es poco probable que cambie, ya sea para mejorar o empeorar, en el próximo año, con o sin tratamiento. Son sinónimos de este término: pérdida comprobable, pérdidas fija y estable, cura máxima, grado máximo de mejoría médica, máximo grado de salud, curación máxima, máxima rehabilitación médica, estabilidad médica máxima, estabilidad médica, resultados médicos finales, médicamente estable, médicamente estacionario, permanente y estacionario, no se puede ofrecer más tratamiento o se da por terminado el tratamiento. Incluye los tratamientos médicos, quirúrgicos y de rehabilitación integral que se encuentren disponibles para las personas y que sean pertinentes según la condición de salud.

todo caso, el empleador pueda despedir sin justa causa al trabajador discapacitado, sin restricción adicional al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese caso, bastaría que el empleador despidiera al servidor discapacitado sin justa causa, como lo puede hacer, en condiciones normales, con todos los demás trabajadores, con la sola condición del pago de una indemnización, sin dar razones de su decisión o expresando cualesquiera otras, para que la aplicación de la norma quedara plenamente descartada.

Tampoco es funcional a los fines constitucionales perseguidos por la norma. Ello es así porque la intención del legislador, entre otras cosas, fue la de que una autoridad independiente, diferente del empleador, juzgara de manera objetiva si la discapacidad del trabajador resultaba claramente «...incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar...» y es precisamente en el marco de los despidos unilaterales y sin justa causa que se puede ejercer esa atribución en toda su magnitud.

Si no fuera de esa manera, se repite, al empleador le bastaría acudir a la figura del despido unilateral y sin justa causa, sin revelar las razones de su decisión o expresando cualesquiera otras, para que la norma quedara totalmente anulada en sus efectos, de manera que nunca se lograría cumplir con la finalidad constitucional de promover un trato especial para las personas puestas en condiciones de discapacidad. (...)

En este caso, por ejemplo, aún si el despido se dio en el marco de una reestructuración y una escisión, como lo alega la censura, antes de materializarse la decisión, para resguardar los propósitos constitucionales de la norma, la compatibilidad de la condición especial del trabajador con el ejercicio de determinado cargo, en perspectiva de los «...estándares empresariales...», debió ser revisada por una autoridad independiente e imparcial y no quedar sometida al mero arbitrio del empleador.

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte.”(SL6850-2016)

Con todo, de cara al esfuerzo argumentativo dado por la recurrente, evidencia la Sala que no pasa de ser más que una simple afirmación que a todas luces pretende desconocer el propósito y entendimiento que el legislador le quiso dar al derecho fundamental a la estabilidad laboral, que por demás ha sido resguardado no solo por la sentencia SU – 049 de 2017 y C-200 de 2019, sino, desde sus albores por la Corte Constitucional, quien conjuntamente con la Sala de Casación Laboral de la CST, ha preponderado, aunque de forma disímil, por mantener vigente la garantía de estabilidad laboral y, que por ende, a esta Sala de Decisión le es imperante garantizar en este asunto en cuestión.

Conforme a lo expuesto al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba a la señora María Fernanda Celis Tovar y en tal virtud, como bien lo señaló el Juez primigenio, correspondiendo confirmar la orden transitoria de tutela del Consejo de Estado. Resta advertir, que una simple mirada a la sentencia proferida en sede tutela por dicha autoridad judicial, bastaba para concluir que el reintegro ordenado a su puesto de trabajo implicaba la **ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral.**

Por manera que al exigírsele a la trabajadora la suscripción de un nuevo contrato de trabajo ante su reinstalación, resquebraja no solo con lo que procuró el Consejo de Estado, sino con el propósito que quiso dar el legislador y que se ha mantenido por las altas cortes, que no es otra que, ante la ineficacia de la terminación del vínculo laboral,

este se mantenga vigente en las mismas condiciones o en otras superiores, como si nunca hubiere finalizado.

Surge de lo dicho, que esta Sala habrá de confirmar la decisión de primer grado. Las costas procesales en esta instancia serán a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 20 de noviembre del 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

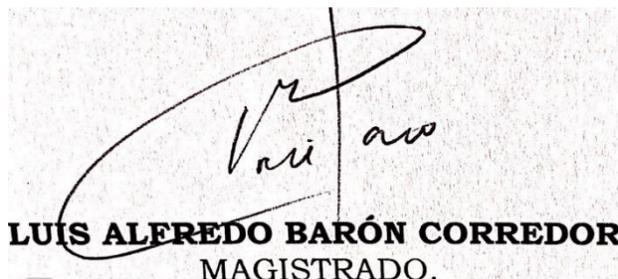
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

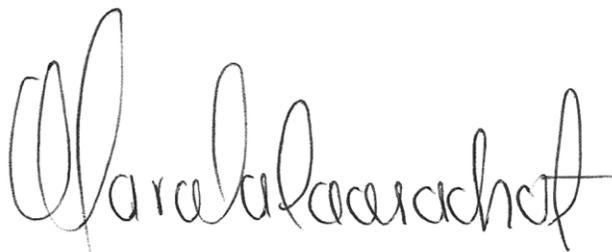


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$2.500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada