



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LEANDRA PAOLA MURCIA MORALES
DEMANDADO: HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S.
RADICACIÓN: 1100131050-14-2017-00150-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO – FACTOR SALARIAL CONSTITUTIVO DE SALARIO

Bogotá D.C, veinticinco (25) de marzo 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. Leandra Paola Murcia Morales instauró demanda ordinaria contra la empresa HOTELES DECAMERON DE COLOMBIA S.A.S. con el fin de que se declare que su empleador le cancelaba de manera habitual (gratificaciones-comisiones) por el cumplimiento de metas comerciales; que los pagos recibidos por concepto de "incentivos – comisiones – Auxilio no salarial de Gratificación" no fueron tenidos en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social durante su relación laboral; que el despido efectuado por presunta justa causa constituye un acto arbitrario que no goza de legalidad y que la terminación de su contrato de trabajo viola el debido proceso. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a restituir o restablecer a la actora en las condiciones contractuales que tenía al momento del despido y se le paguen los salarios y prestaciones y demás acreencias laborales dejadas de recibir hasta el momento en que se efectúe su reintegro; se le reliquiden sus acreencias laborales teniendo en cuenta las sumas de dinero mensuales recibidas por concepto de "Auxilio no salarial de Gratificación"; se le paguen las sumas adeudadas de manera indexada, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 93 y s.s.)

Como pretensión subsidiaria solicita se declare que el contrato finalizó de manera unilateral por parte del empleador y sin justa causa y se le condene a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa, junto con la indemnización moratoria.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que suscribió contrato con la parte pasiva a término fijo inferior a un año a partir del 17 de junio del 2003; que posteriormente su contrato fue modificado a término indefinido; que el 30 de mayo del 2015 se suscribió un "otro sí" al contrato fijando el salario, incentivos y la exclusión salarial entre otros; que desempeñó el cargo de Jefe de Servicio al Cliente de Multivacaciones Decameron; que la última asignación salarial fue por la suma de \$5'125.000; que la empresa demandada estableció planes de incentivos para cada período por el cumplimiento de metas comerciales; que le cancelaron cada mes comisiones, gratificaciones e incentivos por el cumplimiento de metas comerciales pactadas; que los pagos recibidos por comisiones, gratificaciones e incentivos en un principio no se reflejaban en los boletines de pago, sino que eran pagadas directamente por la Dirección o gerencia y que posteriormente si fueron incluidos en los boletines de pago; que las comisiones, gratificaciones e incentivos no fueron tenidos en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales; que cada mes reportaba a la coordinadora operativa y a la Gerente Operativa las inconsistencias que presentaban la base de los contratos y la gestión de los contratos de retención; que ni el reglamento interno ni el contrato de trabajo se pactó como falta grave el incumplimiento de sus funciones.

Indicó que la empresa demandada en ningún momento estableció que el Jefe de Servicio Cliente no podía modificar la totalidad de solicitudes de anulación de contratos por parte de clientes de multivacaciones; que el procedimiento de retención de contratos aplica por país de residencia y donde haya oficina de Multivacaciones, por tanto, los que cumplan con esta condición no debían ser gestionados por Multivacaciones Colombia; que en ningún momento la empresa sufrió detrimento económico por la conducta del actor; que el 5 de julio del 2016 fue citado a descargos; que el 6 de julio del 2016 se realizó la diligencia de descargos por presunta violación a sus obligaciones y deberes surgidos del contrato; que el 12 de julio del 2016 presentó complementación a los descargos; que mediante escrito del 12 de julio del 2016 fue despedida alegando una justa causa para darle por terminado el contrato de trabajo; que en la carta de despido no se señalaron cuáles fueron las graves obligaciones o prohibiciones que se incumplieron.

2. Contestación demandada. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones señalando que desde el inicio de la relación laboral las partes establecieron que algunos factores no iban a constituir factor salarial. Indicó que el despido de la demandante se realizó conforme a las estipulaciones legales y respetando las garantías y derechos del extrabajador. Que no existe ninguna norma que permita reintegrar al trabajador que fue despedido con justa causa. Que el contrato de trabajo finalizó por que la falta que se le endilga constituye una falta grave catalogada así en el contrato de trabajo. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación a carga de la demandada y cobro de lo no debido, justeza del despido, buena fe exenta de culpa, compensación, nulidad relativa y prescripción. (fol. 209 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 317)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que no existe discusión en cuanto a la existencia de una relación laboral, los extremos y el salario básico. Que el 30 de mayo del 2015 las partes pactaron que además del salario

básico recibiría un salario variable representado en el pago de incentivos y que señalaron que el incentivo de gratificación no constituiría salario. Señaló que ese auxilio se da por un esfuerzo grupal y no retribuye directamente el servicio de la demandante, por tanto, no hay lugar a tenerlo como factor salarial, pues las partes así lo acordaron expresamente.

Que en relación a los incentivos o comisiones que hubiere podido recibir con anterior al pacto de exclusión realizado el 30 de mayo del 2015, como contraprestación de su servicio no se puede impartir ninguna condena pues no se probó que efectivamente los haya recibido, cuáles recibió y porque valor.

Respecto a la terminación del contrato consideró que se encontraba probada la justa causa alegada por la empresa demandada la cual estaba estipulada en el contrato como una falta grave para dar por terminado el contrato.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que se probó que antes del 30 de mayo del 2015 se le pagaban unas sumas de dinero y que sólo fue a partir de mayo del 2015 que se legalizó ese pago. Que se debió declarar que desde el inicio de la relación laboral se le pagó una suma de dinero que constituía salario. Que la suma de dinero que se desalarizó se percibió como consecuencia directa de su trabajo.

Que no se probó que existiera una directriz por parte del empleador en donde se le indicara que no podía verificar la base de control para temas de retractación o que no podía modificar la base de los contratos de retractación. Que siempre informó la situación a sus superiores y nunca le dijeron que no lo podía hacer. Que hasta mayo fue que le informaron que debía pedir autorización. Que al solicitar la autorización le iniciaron el proceso disciplinario y la despidieron. Que en el contrato no se estableció que la falta cometida constituía salario.

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.

Los problemas jurídicos que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La bonificación denominada "Auxilio no salarial de gratificación" constituye salario?; en caso afirmativo, (ii) ¿Es procedente reliquidar sus acreencias laborales? y posteriormente (iii) ¿Se probó la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante?

Relación laboral, modalidad del contrato, extremos, cargo y salario básico

No se discutió en este proceso, que entre la señora LEANDRA PAOLA MURCIA MORALES y la empresa HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. existió un contrato de trabajo inicialmente a término fijo y que posteriormente las partes acordaron que sería a término indefinido entre el 17 de junio del 2003 y el 12 de julio del 2016 para

desempeñar el cargo de Jefe de Servicios al Cliente de Multivacaciones Decameron, con un salario básico de \$5'125.000, conforme se corrobora con el contrato de trabajo (fol. 12 y s.s.), los otros sí al contrato firmados por las partes (fl. 14 y s.s.), la carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 17 y s.s.) y la liquidación de prestaciones sociales (fol. 46).

Auxilio no salarial de gratificación

De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, 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."

Caso en concreto

La discusión radica en que para el juzgado de primera instancia el Auxilio no salarial de gratificación no tiene el carácter de salarial, mientras que para la activa sí tiene tal connotación pese haberse acordado un pacto de exclusión salarial, señalando que dicho auxilio retribuía directamente el servicio.

Efectivamente, a folio 14 y s.s. aparece el otro sí al contrato de trabajo celebrado entre las partes en cuya cláusula tercera se estipuló:

"Las partes pactan a través del presente documento que los beneficios extralegales que se describen a continuación, así como cualquier otro beneficio o auxilio bien sea habitual u ocasional (alimentación, salud,

transporte, alojamiento, vivienda, vestuario, obsequios, cobertura en pólizas colectivas, premios, primas extralegales, préstamos, uso personal de las herramientas de trabajo, planes complementarios de salud, programas educativos, premios o bonos anuales, entre otros, que EL EMPLEADOR tenga implementados como beneficio para sus colaboradores o implemente en adelante, así sea de manera eventual) acordado convencional o contractualmente u otorgado en forma extralegal y por mera liberalidad por parte del EMPLEADOR, **no constituyen salario en dinero o en especie para efectos de liquidación**, es decir, se han excluido y se excluirán de la base de cómputo para la liquidación de conceptos laborales tales como prestaciones sociales, indemnizaciones, cotizaciones al sistema integral de seguridad social, aportes parafiscales, etc., de conformidad a lo establecido en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990:

(a) *Auxilio no salarial de alimentación: un auxilio mensual variable equivalente a COP \$6.600 diarios, por cada día hábil del mes correspondiente.*

(b) **Auxilio no salarial de gratificación: un auxilio mensual variable por esfuerzo grupal, cuya causación tendrá lugar si y solo si, los requisitos y metas comerciales de carácter grupal establecidas por la Compañía para acceder a ellos se cumplen satisfactoriamente: Tanto el auxilio no salarial de gratificación como sus condiciones serán fijados por la Compañía de manera mensual y su monto será definido discrecionalmente por la Compañía". (negrilla y subrayado fuera de texto)**

Para establecer si el "Auxilio no salarial de gratificación" retribuye o no el servicio prestado por la promotora del litigio, es necesario recordar que no se discute que el cargo desempeñado era el de Jefe de Servicio al Cliente y como lo dice la testigo Yamile Hernández, quien fue la persona encargada de revisar y liquidar los incentivos, **el auxilio de gratificación** se le otorgaba a la demandante en caso de que el grupo de asesores a su cargo cumplieran la meta de retener clientes, si esa meta se cumplía por parte de su grupo todos ganaban los incentivos. La declarante también refiere que la Sra. Murcia al ser la jefe del grupo era la encargada de darles las herramientas para que cumplieran esas metas, es decir, debía supervisarlos y colaborarles, pero no era la encargada de cumplir directamente la función para llegar a esas metas, pues su labor no era estar en contacto con los clientes y retenerlos.

Así las cosas, como el auxilio otorgado por la meta grupal no retribuyen directamente el servicio prestado por la señora Murcia Morales, no constituye salario, como acertadamente lo entendió el fallador de primera instancia; razón por la cual se confirma la absolucón frente a esta pretensión.

Justeza del despido de la demandante

Sea lo primero indicar, que el parágrafo del art. 62-63 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, y que posteriormente no puede alegar válidamente causales o motivos distintos. Artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C 594 de 1997, advirtiendo que al indicar la causal o motivo en que se fundamenta la decisión de terminar el contrato, no resulta suficiente con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

El literal b) del numeral 8° del art. 62-63 CST, establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo "Cualquier **violación grave** de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, **o cualquier falta grave, calificada como tal** en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos".

Frente a lo anterior, nuestra CSJ ha tenido la oportunidad de referirse, entre otras, en la sentencia SL 2457-2018 reiterada en la sentencia SL 411-2019, que:

"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:

Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...

'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...'

Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal"(Subraya la Sala).

Caso en concreto

En el presente caso, a folio 17 aparece escrito dirigido a la accionante en la que la HOTELES DECAMERON S.A.S. le da por terminado su contrato de trabajo, de la siguiente manera:

"Luego de realizar una exhaustiva investigación interna, y de oírla en diligencia de descargos el 6 de julio del 2016, le informamos que la Compañía decidió terminar su contrato de trabajo con justa causa a partir del día de hoy con fundamento en los siguientes hechos:

Dentro de las funciones y obligaciones propias de su cargo como JEFE DE SERVICIO AL CLIENTE DE MULTIVACACIONES, usted debe: (i) cumplir el procedimiento de retención de clientes establecido por la Compañía, (ii) reportar e incluir la totalidad de solicitudes de anulación presentadas dentro de la base para el cálculo y pago de incentivos; (iii) reportar mensualmente el porcentaje de cumplimiento de la meta de retención establecida por la Compañía para pagos de incentivos.

*Sin embargo, luego de adelantar la correspondiente investigación interna, y de oírla en diligencia de descargos, la Compañía pudo constatar que Usted incumplió grave e injustificablemente las funciones y obligaciones anteriormente señaladas al **haber omitido su obligación de reportar e incluir la totalidad de solicitudes de anulaciones presentadas por los clientes dentro del informe mensual que presentaba para el pago de incentivos, alterando la base sobre la cual la Compañía establecía el porcentaje de cumplimiento de la meta mensual de retención así como el pago de incentivos por dicho cumplimiento.***

Dicha omisión, fue reconocida en diligencia de descargos del 7 de julio del 2016, en la cual en la respuesta dada a la pregunta número 35 Usted manifestó que "Mi error está en no haber solicitado expresamente por escrito que los mismos fueran descontados pues erróneamente asumí que al incluirlos en el reporte de incentivos mensuales, ya se estaban autorizando"

Lo anterior, evidencia que Usted de manera unilateral, y sin encontrarse autorizada, decidió no incluir la totalidad de las solicitudes de anulación presentadas, alterando la base sobre la cual la Compañía calculaba el pago de incentivos, causando a su vez, el pago de incentivos a los cuales no existía lugar durante los meses de enero, marzo y abril del 2016, generando un injustificable detrimento económico para la compañía.

Sea la oportunidad de indicarle que la Compañía no acepta, ni encuentra justificables las explicaciones dadas por usted en la diligencia de descargos, pues no resulta entendible que Usted en su condición de Jefe de Servicio al Cliente de Multivacaciones, hubiera decidido unilateralmente descontar solicitudes de anulación de la base para pago de incentivos, sin que hubiera solicitado autorización para obrar en tal sentido, máximo cuando de dicha determinación se desprendió un perjuicio económico para la compañía.

En igual sentido, debemos señalar que las explicaciones dadas por Usted en su comunicación de fecha 12 de julio de 2016 no son del recibo de la Compañía, pues usted no se encontraba autorizada para definir o determinar si incluía o no, la totalidad de solicitudes de anulación presentadas, con independencia del motivo por el cual estas se hubieran presentado, más cuando resultaba evidente que de dichas exclusiones, se generaron alteraciones en la base sobre la cual se liquidaban y pagaban los incentivos por cumplimiento de la meta de retención dispuesta mensualmente por la Compañía.

Las conductas descritas constituyen faltas graves a sus obligaciones y prohibiciones contractuales y reglamentarias, y dan lugar a la terminación de su contrato de trabajo con justa causa por parte de la compañía... (negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, se allegó el acta de diligencia de descargos a folio 19 y s.s. en la que se observa que a la demandante se le interroga sobre lo siguiente:

"(...)

3. ¿Sabe y entiende cuáles son sus funciones como Jefe de Servicio al Cliente de Multivacaciones?

R/. Básicamente dar cumplimiento a los procedimientos a cargo del proceso de servicio al cliente. Esa la principal, adicionalmente ya lo que es el día a día de la operación normal, como brindar asesoría a los asesores de servicio al cliente, también brindar apoyo al departamento jurídico en el tema de demandas en lo que tiene que ver con la información para dar respuesta a los entes gubernamentales, revisar las respuestas a los derechos de petición, mi correo electrónico, también le debo dar seguimiento a todo lo que llegue a través de ese medio. El día a día básicamente es eso.

4. ¿Indique si dentro de sus funciones Usted debe liderar el proceso de retención de clientes y velar por el cumplimiento de las metas de retención establecidas por la Compañía mensualmente?

R/. Sí.

7. Explique ¿en qué consistía la meta de retención hasta el mes de mayo de 2016?

R/. Se debía retener un porcentaje de la base que se manejara en el mes. El cliente pide anular el contrato, cuando el cliente lo solicita el contrato se inactiva, entonces en el mes yo puedo recibir "x" solicitudes de anulación, pero no todos los casos los puedo definir en el mismo mes. Definir, es, o se anula o se activa

o se negocia un reembolso por servicios. Entonces, normalmente uno arranca un mes con una base que bien ya de meses anteriores y a eso se le suma lo que se reciba en el mes, en el día a día. Entonces ahí hay 3 metas: (i) una meta es la de contratos en período de retracto, (ii) otra meta es la de anulados por período de retracto y (iii) la otra es la de contratos que solicitan anular fuera del periodo de retracto. Entonces, la meta la establece la Gerencia, la Gerencia es la que define la meta a manejar en el mes.

8. Teniendo en cuenta su respuesta anterior ¿explique que es la base? y su relación con la meta?

R/. La base son los contratos a gestionar.

22. Teniendo en cuenta sus respuestas anteriores, explique ¿si en el mes de mayo Usted reportó la totalidad de contratos con solicitud de anulación para definir el cumplimiento de la meta de retención?

R/ En mayo, en el reporte diario que se envía, la persona que estaba haciendo el reporte era nueva en ese puesto, por lo tanto, reportó menos contratos con los que realmente quedaba la base de retractos. Posteriormente, la Coordinadora Operativa me indica que, si ese fue el total de la base recibida, dado que le daba un porcentaje de contratos anulados mayor a la meta establecida, cuando reviso las bases encuentro que el filtro no se había aplicado correctamente y que el total de contratos recibido era mayor al que se reportó en la base final, teniendo en cuenta que habían 13 contratos con problemas de proceder en la venta y 3 contratos anulados por reversión de pago por tarjeta de crédito. Es decir, que esa base debía quedar de 226 contratos y no de 220 como había quedado en el reporte, es importante aclarar, que en el reporte final, ósea en el de incentivos, no se reportó esa meta como cumplida.

Aquí también quiero aclarar que para saber realmente la base recibida se debe hacer un cruce de base de datos en Excel, lo que pues, puede conllevar a que ocurran este tipo de errores que lo importante es cuando se hace ya la revisión final, pues ahí sí ya se tiene que validar muy bien los filtros que se deben aplicar pues esa base puede presentar errores del mismo sistema, en el que suma a la gestión de Colombia contratos que estén en manejo de otras bases. Entonces hay que revisar bien para ver bien que quedó en gestión real de Servicio al Cliente.

24. Teniendo en cuenta su respuesta a la pregunta 21 explique ¿por qué motivo eliminan contratos de la base de medición el cumplimiento de la meta, si cuando la base llega al área de Servicio al Cliente, ya se hizo la verificación a los contratos?

*R/. Quiero aclarar que no se elimina, yo no elimino contratos porque no lo puedo hacer, es un sistema y en el sistema cualquier persona puede entrar y verificar. **Que no los he tenido en cuenta para el cumplimiento de la meta porque no tengo herramientas para poder negociar, es algo que ya viene mal desde el mismo momento de la venta y no es justo que los asesores se les mida por algo que ya prácticamente no hay absolutamente nada que hacer.** Igual es importante aclarar que esos casos se reportan a los responsables y a las diferentes Jefaturas donde se les informa la inconsistencia junto con sus respectivos soportes. Quiero que quede claro que no es lo que a mi juicio determine como proceder en la venta, sino que está soportado, bien sea con la grabación de la verificación de términos o con algún soporte que el cliente allegue o bien con la conferencia que se hace con el cerrador.*

34. Teniendo en cuenta la intervención de su Jefe Directa, ¿qué tiene que decir al respecto?

R/. Efectivamente, lo que está establecido en la campaña es lo que se debe cumplir. Sin embargo, **los casos de errores de proceder en la venta aunque no están en la campaña, tampoco se me informó que no los debía seguir descontando de la base, si estaba incurriendo en algún error de procedimiento, quiero dejar claridad, que en ningún momento obré de mala fe, pues los contratos fueron reportados y si esto no debía ser así, se me debió informar desde el primer momento en que los empecé a reportar dentro de la base.**

35. Explique ¿por qué motivo Usted unilateralmente decidió eliminar o descontar contratos de la base, para efectos de la medición del cumplimiento de la meta de retención, si dentro de sus funciones no está definir la base ni las metas del área a su cargo?

R/. Como lo explique anteriormente, son contratos que no tienen posibilidad de ser salvados. **Mi error está en no haber solicitado expresamente por escrito que los mismos fueran descontados pues erróneamente asumí que al incluirlos en el Reporte de Incentivos Mensuales, ya se estaban autorizando los mismos**

En este momento de la reunión, Johanna Gil, Gerente Operativa de Multivacaciones, manifiesta que: "Efectivamente como lo indica Paola; existen 2 reportes: (i) uno que es el diario que envía el asesor operativo y (ii) el otro mensual que envía Paola directamente a la Coordinadora Operativa que es Yamile Hernández. Para este último informe ella reporta el total de la base y los contratos salvados. Por ejemplo, para el mes de enero del 2016 reportó:

Base Contratos = 295

Cumplimiento = 109

Adicionalmente, en la parte inferior, relaciona «Casos retracto proceder en la venta enero» y aparecen 12 contratos, pero en ningún lado menciona que en el total de la base se descuentan estos 12 contratos. Para efectos de la revisión que hace la Coordinadora Operativa, valida uno a uno de los contratos salvados para que aplique según procedimiento, pero no corrobora el total de la base, pues está reportado por un Jefe de Proceso quien debe reportar el 100% de la Base como está establecido en la campaña. Se confía en la información que pasa un Jefe de Proceso."

36. Teniendo en cuenta la intervención de su Jefe Directa, ¿qué tiene que decir al respecto?

R/. Efectivamente, el reporte lo he pasado de esa manera, asumiendo que se realizaba una verificación de las bases. Mi error fue no haber hecho claridad que esos contratos no se estaban teniendo en cuenta y como no se me indicó lo contrario, lo seguí haciendo.

37. ¿Entiende Usted que, al no reportar la totalidad de solicitudes de anulación allegadas, alteró la base de contratos sobre la cual la Compañía calculaba el cumplimiento de metas y pago de comisiones hasta mayo de 2016?

R/. Reitero que a mi parecer no alteré las bases puesto que los contratos fueron reportados. Que no hubo claridad en solicitar por escrito que estos contratos no se contaran y asumí que estaba haciendo algo correcto. Reitero en ningún momento obré de mala fe porque no oculté información.

44. ¿Entiende Usted que su omisión generó un grave e injustificable detrimento económico para la Compañía, pues ésta ha pagado comisiones en montos superiores a los que debía pagar?

R/. Reitero que en ningún momento obre de mala fe. Lo que veo es un error de parte mía por asumir que podía descontar dichos contratos, más no por pretender engañar o reportar cosas que no son. Soy una persona que llevo 13 años en la Compañía y nunca he tenido problemas de este tipo.

45. El día del cierre del mes de mayo y horas antes de finalizar la jornada, Usted le informó a su equipo de trabajo que habían cumplido con la meta de retención. No obstante, esto no fue cierto. ¿Qué tiene que decir al respecto?

R/. En ese momento, como yo lo había venido manejando los otros meses, sí había un cumplimiento del 90% de la meta de retractos, dado que la base quedó de 226, descontando los contratos de proceder en la venta y reversiones de pago. Dado que la Gerencia Operativa había autorizado el cumplimiento a partir del 90% y no del 95% como estaba en la campaña. Posterior a lo ya mencionado, indicado por la Coordinadora Operativa, donde no si no había una autorización por escrito no se podrían descontar los contratos de proceder en la venta. Bajo esta premisa, si ya no había un cumplimiento.

48. ¿Entiende que lo anterior supone un incumplimiento grave e injustificable a sus obligaciones contractuales?

R/. Sí, pero como lo he dicho, no fue por mala fe ni por pretender engañar a la Compañía pues asumí que este tipo de contratos no era justo que se tuvieran en cuenta para un cumplimiento de meta."

De las documentales allegadas se infiere, que HOTELES DECAMERON S.A.S. decidió finalizar el contrato laboral aduciendo que la ahora demandante cometió una falta grave en el ejercicio de sus funciones como Jefe de Servicio al Cliente de Multivacaciones, pues **no incluyó la totalidad de solicitudes de anulaciones dentro del informe mensual que presentaba para el pago de incentivos**, alterando la base sobre la cual la Compañía establecía el porcentaje de cumplimiento de la meta mensual de retención así como el pago de incentivos por dicho cumplimiento.

Conducta que no se discute cometió la demandante, pues la acepta al rendir los descargos, por lo que pasa este Despacho a determinar si constituye una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Es este punto es necesario precisar que, la demandada alega en la contestación de la demanda que dicha conducta fue catalogada por las partes como falta grave en el contrato de trabajo, por lo que existía justa causa para darlo por terminado, situación que implica que el Juez no pueda entrar de nuevo a calificar la conducta. Este hecho lo encontró probado el juez primigenio, razón que conllevó a impartir decisión absoluta.

Al respecto, lo primero que observa la sala es que, en la carta de terminación del contrato, el empleador en ningún momento le manifestó a la trabajadora que la conducta endilgada se encontraba catalogada por las partes como una falta grave, como lo alega en este proceso, pues le señaló únicamente que incumplió de manera grave las obligaciones y deberes que como trabajadora tenía asignadas.

En segundo lugar, al revisar las documentales arrimadas no se encuentra que las partes hayan calificado la conducta alegada como falta grave en el contrato de trabajo y no se aportó el reglamento interno de trabajo para verificar la existencia de una estipulación en tal sentido, por lo que el Juez debe entrar a verificar la gravedad de la conducta.

Como se expuso precedentemente, la demandante confiesa al rendir los descargos que retiró de la base de los contratos aquellos que tenían errores en el proceder de venta. Para la sala queda claro que la base de los contratos a que se hace referencia, está constituida por la totalidad de solicitudes de anulación de contratos presentadas por los clientes, como lo refirieron los testigos YAMILE HERNANDEZ y DAVID ALEJANDRO DIAZ MOLINA.

Este proceder de la accionante está sustentado en el hecho de que los contratos con *"errores en el proceder de venta"*, cuentan con yerros insalvables desde el momento mismo de la venta, que impiden que puedan ser negociados, por tanto, consideraba la trabajadora que no debían formar parte de la base de contratos a salvar porque ***"no es justo que los asesores se les mida por algo que ya prácticamente no hay absolutamente nada que hacer"***. En otras palabras, esos contratos no deben hacer parte de la base sobre la cual se establece el porcentaje de cumplimiento de la meta de retención establecida por la Compañía para pagos de incentivos, por la sencilla razón de que no hay forma de retener el contrato que es lo premiado a través de incentivo o auxilio de gratificación.

Con respecto a los contratos con *"errores en el proceder de venta"*, la testigo YAMILE HERNANDEZ, señala como ejemplo, cuando el cerrador afirma al cliente que Hoteles Decamerón tiene un Hotel en Chile, cuando es totalmente falso.

Así las cosas, surge para la Sala la inquietud de determinar ¿A la accionante se informó que contratos debían parte de la base de retención?, ¿A la demandante se le había informado que los contratos con *"errores en el proceder de venta"* no podían ser retirados de la base sobre la cual se establece el porcentaje de cumplimiento de la meta de retención?, ¿Existía instrucción expresa sobre la necesidad de tramitar permiso ante el jefe inmediato para proceder a retirar dichos contratos de la base? y ¿La compañía tenía establecido un procedimiento para la retención de clientes y para la tramitación de la solicitudes de anulación, como se informa en la carta que dio lugar al finiquito?, todo ello con miras a establecer si la accionante incumplió o no las obligaciones a su cargo.

Para dar respuesta a estos interrogantes, se revisaron los documentos aportados por las partes, sin embargo, no se encontró estipulación alguna relacionada con las funciones específicas de la demandante, no existe constancia de las órdenes o instrucciones impartidas por parte de la jefe inmediata, y brilla por su ausencia el procedimiento para la retención de cliente, en el que se incluya la tramitación de solicitudes de anulación, referido en la carta de terminación del contrato.

Se acude entonces a la prueba testimonial, encontrando que, la señora Yamile Hernández, persona encargada de revisar y liquidar los incentivos, manifestó que no existía ningún documento que señale como debía estar constituida la base de los contratos de retención, ni tampoco que señale la forma en que la demandante debía reportar la totalidad de las anulaciones. Sobre la existencia de un procedimiento, afirma que no existía ninguno, aunque indica que en las campañas se indicaban los

parámetros de la meta, dicho coincidente al narrado por el testigo DAVID DIAZ, sin embargo, ninguno refiere en que consistían esos parámetros y revisadas las pruebas del instructivo ninguna conduce a este fin, es más, el testigo Díaz informa que no puede asegurar que la demandante hubiera estado presente en la reunión donde se comunicó esa directriz, ni recuerda la fecha en que se presentó.

Respecto a la existencia de instrucción expresa sobre la necesidad de tramitar permiso ante el jefe inmediato para proceder a retirar los contratos con "*errores en el proceder de venta*", aduce la señora YAMILE HERNANDEZ que desconoce si la accionante tenía que pedir autorización, sin embargo, refiere a continuación que, en algunas ocasiones "**le autorizaron por escrito que sacara esos contratos, porque ya iban mal desde la venta no había manera de retener ese contrato**".

Lo anterior denota que, **la pasiva sí había autorizado de manera escrita** que se eliminaran los contratos con "*errores en el proceder de venta*" de la base sobre la cual se establece el porcentaje de cumplimiento de la meta de retención, motivo por el que no podía endilgarle como justa causa de despido este proceder, pues estaba ajustado a sus instrucciones, pese a que para el mes de mayo de 2015 no existiera constancia escrita de esa autorización, en primer lugar, porque no se demostró que existiera disposición patronal respecto a que la autorización debía ser tramitada de manera mensual, y en segundo lugar, porque con las anteriores autorizaciones el dador del laborío había sentado precedente acerca de que los contratos con "*errores en el proceder de venta*" no debían ser contabilizados dentro de la mencionada base.

Lo anterior permite entender sin lugar a equívocos que la conducta endilgada a la accionante no puede ser catalogada como una falta que permita dar por terminado el contrato sin justa causa, pues no se demostró incumplimiento alguno a sus obligaciones, debiendo se revocar la decisión absolutoria impartida por el a quo y, en consecuencia, acceder a la indemnización solicitada.

De la indemnización por despido sin justa causa

De conformidad con el literal a) del art. 64 del CST modificado por el art. 28 de la Ley 789 del 2002 en los contratos a término indefinido para los trabajadores que devenguen un salario inferior a 10 SMMLV, como es el caso de la demandante, se pagará la indemnización por despido sin justa causa, así:

1. 30 días de salario cuando el trabajador tuviera un tiempo de servicio no mayor de un año
2. Si el trabajador tuviere más de un año de servicio continuo se le pagará 20 días adicionales de salario adicionales a los 30 días del primer año.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que arroja la suma de **\$46'371.759** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta para la liquidación un salario de \$5'125.000, base con la cual le liquidaron a la demandante sus prestaciones sociales.

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,

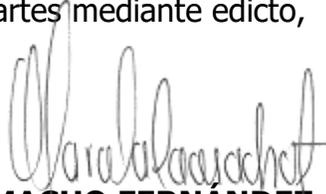
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 10 de mayo del 2019, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **CONDENAR** a HOTELES DECAMERON SAS a pagar a la señora LEANDRA PAOLA MURCIA MORALES la suma de **\$46'371.759** por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

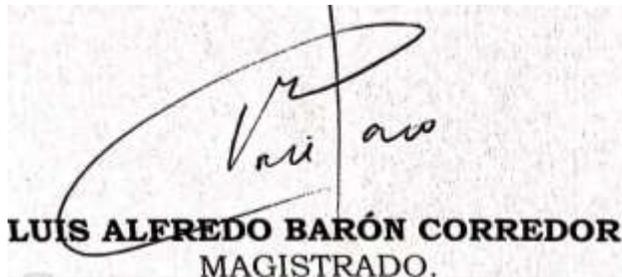
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: EDILBERTO RÍOS MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 38-2019-00486-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: MESADA CATORCE

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo 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 a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTIZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Edilberto Ríos Moreno, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se dispusiera el pago de la mesada pensional adicional del mes de junio que de manera unilateral Colpensiones decidió revocar; el retroactivo pensional debidamente indexado, intereses moratorios, costas procesales y lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 2 de noviembre del año 1945, cumpliendo así los 60 años el mismo día y mes del 2005; refirió que cotizó un total de 2.205 semanas y que su último aporte lo realizó el 2007-02. En tal virtud, afirmó que mediante Resolución No. 054177 del 2003, el entonces ISS le reconoció pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.303.761 a partir del 1 de enero del 2007, en 14 mesadas pensionales al año.

Arguyó que el pago de la mesada 14 le fue retirado en el mes de junio del 2018, sin que mediara aviso previo; con tal propósito solicitó a Colpensiones se explicará la

falta de su pago y en razón a ello, dicha administradora le informó que como quiera la pensión se causó en el año 2005, siendo su monto equivalente a 3.26 salarios mínimos mensuales legales vigentes, no había lugar a su pago, por así disponerlo el Acto Legislativo 001 de 2005.

Por último, agregó que la mesada pensional que devenga para la fecha de radicación de la demanda corresponde a la suma de \$2.221.145, lo cual es equivalente a 2.8 SMMLV y que mediante Resolución SUB 148334 del año 2018, Colpensiones da cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual dispuso el pago del incremento pensional del 14% en 14 mesadas pensionales.

(Expediente electrónico, PDF 01CuadernoFisico, folios 1 a 6)

2. Contestaciones de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que no se acreditaron los presupuestos para el reconocimiento de la mesada 14, en tanto que el entonces ISS reconoció pensión de vejez a partir del 1 de enero del 2007, en cuantía inicial de \$1.303.761. En ese sentido, adujo que para ese año se fijó el salario mínimo se fijó en \$433.700, por lo que la mesada pensional no debía superar \$1.301.100 y, en tal virtud, al exceder tres veces el salario mínimo fijado para la época, no tiene derecho a su reconocimiento conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 001 del 2005. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoFisico, folios 33 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de octubre del 2020, en la que la falladora declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia del derecho y de la obligación; absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas procesales al demandante. (Expediente electrónico, Audio 05AudienciaArticulo80)

Para arribar a tal decisión indicó que no es objeto de controversia el estatus del demandante pues la condición de pensionado se otorgó mediante Resolución No. 054177 del 2003. Sentando ello, luego de hacer un recuento de las pruebas documentales obrantes en el informativo y referirse a la Ley 4 de 1976 y al artículo 142 de la Ley 100 de 1993, indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 definió la suerte de la mesada 14, estableciendo que las personas cuyo derecho de pensión se causara a partir de la vigencia del mismo no podrían recibir más de 13 mesadas anuales, entendiéndose causaba el derecho a pensión cuando se cumplen los requisitos para acceder a este, a pesar de no haberse efectuado el reconocimiento. Sin embargo, advirtió que el párrafo transitorio de la norma en cita estableció excepción a la regla general, frente a las personas cuyo monto de la mesada no supere los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que la causación de su derecho se presentará antes del 31 de julio del 2010.

En ese sentido, arguyó que se tiene acreditado que la pensión de vejez se reconoció al demandante conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; que se causó el 1 de enero de 2007, con una mesada pensional establecida \$1.303.761, por lo que para esa fecha superó los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en tanto que ascendía a un \$1.301.100, toda vez el mismo para el año 2007 fue la suma de \$433.700.

Por lo anterior y, pese a que su homologó indicó al conceder que el incremento del 14% correspondía a 14 mesadas pensionales, no encontró de la parte considerativa de la sentencia un estudio ni pronunciamiento expreso relativo al reconocimiento de la mesada 14, por lo que concluyó que a la luz del citado acto legislativo la improcedencia de su reconocimiento.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que la actuación desplegada por Colpensiones ha sido vulneradora del derecho a la legítima confianza que se derivan de los actos administrativos proferidos por la administración, como lo es en este caso, en tanto que la situación jurídica se consolidó por varios años, es decir, cinco años recibiendo la mesada catorce. Refirió que la encartada no pidió autorización previa ni realizó el estudio dentro del trámite administrativo correspondiente para poder modificar los términos en que había sido reconocida la pensión de vejez.

Adicionalmente, señaló que la pensión del aquí demandante fue causada previa modificación que introdujo el acto legislativo 01 de 2005, porque el demandante había cumplido con los requisitos para acceder a la pensión a partir del año 2005 y no con posterioridad a su vigencia.

Último que teniendo en cuenta las actualizaciones de su mesada pensional a la fecha no supera los tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, con lo que podría mantener la mesada catorce. (Expediente electrónico, Audio 05AudienciaArtículo80)

5. Alegatos Colpensiones. En su escrito refirió que mediante Resolución No. 054177 de fecha 18 de diciembre de 2006, el Instituto de Seguro Social hoy liquidado se reconoció su prestación de vejez en cuantía de \$1.303.761 pesos, a partir del 1º de enero de 2007, con un estatus pensional, (fecha de cumplimiento de requisitos edad y semanas cotizadas, del 1º de noviembre de 2005. Conforme a ello, en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual determinó que el análisis es respecto a cuanto ascendía su prestación para el año de estatus pensional, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, con el fin de establecer si tiene o no derecho a la mesada adicional del mes de junio.

En esa perspectiva, estableció que el mismo no se ajusta a los requisitos establecidos en el Acto legislativo 01 de 2005, toda vez que su primera mesada es superior a tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, razón por la cual no tiene derecho a percibir la mesada adicional del mes de junio.

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 el siguiente **problema jurídico**:

¿Al demandante le asiste derecho al pago de la mesada 14 o por el contrario su derecho se vio afectado como consecuencia de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005?

Mesada catorce

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, lo primero que se debe anotar es que en el presente proceso no se discute que el demandante nació el 1 de noviembre de 1945 y es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Tampoco, que el derecho pensional se concedió a la luz del Acuerdo 049 de 1990, con 2.014 semanas y 60 años, que se advirtieron satisfechos al 1 de enero del 2007, cuya cuantía inicial correspondió a la suma de \$1.303.761. (Expediente electrónico, Carpeta 02 Expediente Administrativo)

Así las cosas, la discusión conforme la plantea la actora radica en que, pese a que venía disfrutando de la mesada catorce, le fue suspendida sin ningún autorización o motivación por el ente demandado, máxime cuando la causación de la pensión de vejez reconocida se dio con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Acorde con la situación planteada, es necesario precisar que, por virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, se les concedió el derecho al pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, la cual se cancela con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

No obstante, ha de decirse que conforme a la sentencia C-409-1994 la mesada catorce es procedente para todos los pensionados, con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1º de enero de 1988.

Ahora bien, por virtud del Acto Legislativo 001 del 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se **cause** a partir de la vigencia de dicha reforma constitucional, no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, excepto para quienes perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la misma se **cause** antes del 31 de julio del 2011, pues en este caso dichas personas tendrán derecho a 14 mesadas al año.

En consecuencia, para determinar si en efecto, la reforma constitucional del año 2005 tuvo la virtud de afectar el derecho del demandante a percibir la mesada catorce, es necesario determinar cuándo se causó su derecho a la pensión por vejez, recabando que el inciso 8 de dicho acto legislativo precisó que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, es decir, con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como la demás condiciones que señala la ley.

Bajo ese contexto, se dejó sentado en precedencia que por efectos del régimen de transición al demandante se le definió su derecho conforme al Acuerdo 049 de 1990 que exige el cumplimiento de 1000 semanas cotizadas en cualquier época o 500

semanas dentro de los último 20 años anteriores al cumplimiento de edad, que para el caso de los hombres lo será cuando cumpla la edad de 60 años, mismos que se acreditaron satisfechos el 1 de noviembre de 2005, fecha para la cual ya acreditaba el tiempo de servicios, no obstante de que su disfrute fuese a partir del 1 de enero de 2007.

De lo anterior, es claro que, si bien el derecho pensional del convocante se causó antes del 31 de julio del 2011, lo cierto es que el valor de su mesada pensional para el año 2007 (\$1.303.761), supera los 3 SMLMV de la época, esto es, \$1.301.100, considerando que el salario mínimo para dicha anualidad equivalía a \$433.700, por manera que no procede el reconocimiento de la mesada 14 a su favor, conforme a los términos del Acto Legislativo 001 del 2005.

En ese sentido, no fue desatinada la conclusión que llegó la Juez primigenia al considerar que el actor no tenía derecho a la mesada reclamada, en tanto que no quedó duda alguna que la pensión reconocida al aquí actor se causó en vigencia del Acto reformativo y que la misma, aunque concebida antes del 31 de julio de 2011, superó los 3 salarios mínimos mensuales vigentes para esa época, de allí que fuese necesario para Colpensiones suspender su pago.

En esa perspectiva, no podía entonces Colpensiones mantenerse en el error y continuar pagando la mesada pensional al actor, como lo pretende la recurrente, entre otras cosas, porque de conservarlo, no solo continuaría enriqueciendo sin justa causa el extremo activo de esta acción, sino además de plano atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera que rige en el Sistema General de Seguridad Social Integral, de ahí que tampoco era necesario la aprobación del actor ni su comunicación.

Por la misma razón evidencia la Sala que no se quebrantó el principio de confianza legítima del cual se duele el actor, en tanto que el aducido principio deviene únicamente en la medida que se no respalden "*la continuidad de un acto jurídico ilegal*" (SL15966-2016, reiterada en sentencia SL3108-2020); que en todo caso tampoco puede servir so pretexto para obligar al subsistema de seguridad social en pensiones reconocer la mesada 14, sin el cumplimiento de los requisitos normativos previstos para tal fin.

Planteadas así las cosas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia. Costas 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de octubre del 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho 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 \$500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

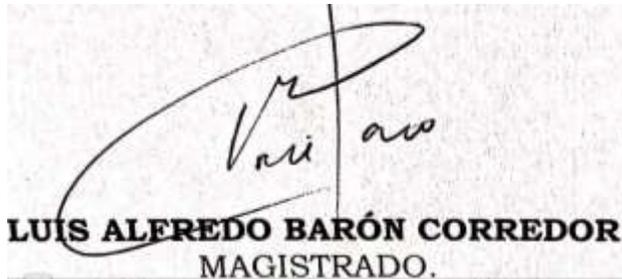
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: MARIO PULIDO REYES
DEMANDADO: GRUPO CASA REAL SAS
RADICACIÓN: 39-2018-00079-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: INDEMNIZACIÓN DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo 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. Mario Pulido Reyes, instauró demanda ordinaria contra el Grupo Casa Real SAS, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido entre el 9 de noviembre de 1998 hasta el 24 de noviembre de 2014, para desempeñar el cargo de recepcionista, el cual fue terminado unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador; así mismo que la demandada le adeuda la diferencia entre lo liquidado en las prestaciones sociales y la base real correspondiente a horas extras, propinas y bonificación. Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de la indemnización por despido sin justa causa y moratoria, dotación, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 9 de noviembre de 1998, entre las partes se celebró un contrato de trabajo bajo la modalidad de indefinido, el cual finalizó por el empleador el 24 de noviembre del 2014, invocando una justa causa legal que no se encuentra demostrada. Arguyó que los hechos que se le endilgo no ponen en peligro ni le causa perjuicio a la empresa, tampoco se le demostró negligencia, en tanto que la omisión se debió al volumen de trabajo generado por la disminución de personal. (fls. 3 a 8)

2. Contestación de la demandada. En su contestación se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, a excepción de la primera y segunda declarativa, esto es, sobre la existencia de la relación laboral a término indefinido, sus extremos y cargo. Consideró entonces como fundamento de su oposición que el demandante se desempeñó como recepcionista en unos de sus establecimientos de comercio y que en el curso de la relación laboral el actor incumplió en repetidas oportunidades sus obligaciones laborales, tal y como lo documenta su hoja de vida, así como las diligencias de descargos de fechas 15 de agosto de 2014 y 20 de noviembre del mismo año, última

esta que desembocó en la terminación del contrato de trabajo por la ocurrencia de las justas causas comprobadas.

Explicó que su incumplimiento radicó en que no registró el préstamo de USD400 al cliente que lo solicitó y recibió, en tanto que lo hizo a nombre de otro; que tampoco registró en el sistema el evento que desarrolló en el hotel, ni dio aviso de las novedades a sus superiores inmediatos; hechos que fueron admitidos en la diligencia de descargos y que configuraron una grave violación de sus obligaciones.

De otro lado aseguró que las reclamaciones sobre la reliquidación de la base salarial para el cálculo de las acreencias reconocidas, carece de fundamento factico que las sustente. Sin embargo, refirió que las bases utilizadas para el cálculo de estas fueron, en todos los casos, superiores al sueldo básico de \$770.000, pues además del auxilio de transporte incluían el reconocimiento de los montos pagados por trabajo suplementario, en jornada nocturna y en domingos o festivos.

Agregó que de conformidad con el artículo 131 del C.S.T. las propinas no constituyen salario y sobre las bonificaciones que recibió, las partes mismas pactaron su exclusión como factor salarial, de ahí que no haya lugar a la reliquidación de prestaciones sociales, así como al pago de la indemnización del artículo 65 de la misma norma adjetiva. Anotó que la dotación le fue entregada, como da cuenta el acta de entrega de 2013. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones – cobro de lo no debido, falta de título y cada en el demandante, pago, buena fe de la compañía, mala fe, enriquecimiento sin causa, compensación, prescripción y genérica. (fols. 172 a 212)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de febrero del 2019, en el que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de noviembre de 1998 hasta el 25 de noviembre del 2014 y, en consecuencia, condenó a la demandada a pagar la suma de \$12.642.569,58 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, indexación y costas procesales. (CD fol. 464)

Para arribar a tal decisiva señaló como problema jurídico a resolver si operó o no la indemnización por despido sin justa causa. En esa medida arguyó que al demandante le compete demostrar el hecho del despido mientras que al demandado le corresponde acreditar que ese hecho se dio bajo una justa causa; en ese sentido encontró que efectivamente el despido estaba acreditado no solo con la carta de terminación sino por lo manifestado por la representante legal y testigos.

Arguyó, luego de citar la carta de terminación y las 4 conductas que se le endilgan al actor, que conforme a la jurisprudencia dicha carta no solo se debe citar los supuestos fácticos, sino que deben corresponder con los supuestos jurídicos que se esbozaron. En esa medida, adujo que comparadas las pruebas practicadas en el proceso junto con las causales o los hechos que dan origen a la terminación del contrato, no encontró acreditada la justa causa aducida por el empleador en el momento en que finiquito la relación laboral.

Indicó que no se trata denunciar simples hechos, sino que esos hechos se configuran en las causales. En tal discernimiento, observó que la mayoría de las causales hablan de negligencia e incumplimiento de obligaciones, pero le pone un ítem principal a cada causal y es la palabra "grave", por lo que debía acreditarse que esa negligencia con la que actuó el demandante debía ser de tal magnitud que actúa en perjuicio de la

empresa. Aclaró que si bien es cierto que la Corte Suprema Justicia ha dicho que no exige cuantificar el perjuicio, si debe aparecer ilustrado en el proceso por lo menos que se da la connotación que tiene la norma o las causales que se endilgan.

En tal virtud, manifestó que la parte demandada debía demostrar que tan grave fue la situación para la empresa, lo cual no hizo; tampoco probó el daño sobre la imagen que pretende la parte demandada esbozar; ni menos que los clientes hubieren tenido un perjuicio. Además, encontró de las declaraciones que a pesar de que hubo el error que se le atribuye al actor, sin embargo, para ese momento se encontraba solo en la recepción y le competía hacer varias tareas, de ahí que se encontrara justificada la equivocación, en tanto que no fue con intención, pues errar es de humanos.

Adujó que con base en las reglas de la experiencia un empleado que lleve 4 y 5 horas trabajando, iniciando desde las 2:00 de la tarde y culminado a las 10:00 o 11:00 de la noche, realizando solamente las actividades de la recepción, *"cualquier persona se cansa y es claro que estos errores no pueden ser castigados de tal manera que pierda el trabajo una persona por un error de cansancio, un error de atender dos o 3 actividades al mismo tiempo que se dijo el señor es recepcionista y botones y aparte tiene que estar atendiendo el evento"*

Ultimó que tampoco podría tener en cuenta los llamados de atención que a lo largo de la relación tuvo el demandante, por considerar que los mismos fueron objeto sanción disciplinaria, además, no hubo inmediatez sobre la falta que ahora se le endilga al actor. (CD fol. 464)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandada. Indicó que ha sido jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral quien ha señalado que en el escrito con el cual se pretende la terminación al contrato de trabajo solo basta con señalar los hechos sobre los cuales se fundamentan la decisión, que para el caso puntual son los errores en que incurrió el demandante, que consistieron en dejar de cargar un préstamo al huésped correcto, no haber creado ese evento en el sistema y no avisar a sus superiores inmediatos.

Refirió que la A quo se dejó llevar por la falsa idea que presentó la parte demandante, misma que consistió en desviar la atención por un supuesto exceso de trabajo, basándose además en la connotación "grave" que se impuso a la carta de terminación. Aclaró que, si bien el empleador se equivocó al citar las normas en la citada comunicación, lo cierto es que la Sala de Casación ha sido clara en aducir que las normas que se indican en ésta no atan al empleador, en tanto que lo importante son los hechos que se alegan como sustento del finiquito del contrato, mismos que fueron acreditados.

Reiteró que desde la misma diligencia de descargos el actor fue claro en admitir que había cargado equivocadamente el préstamo, función que se encontraba asignada y que aceptó ser así, entonces, no existe duda de que los hechos se cumplieron, además, por cuanto quedó acreditado con las pruebas que se practicaron, entre eso con lo relatado por las declaraciones de terceros.

Agregó que el código sustantivo del trabajo autoriza a las partes para que, en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, convenciones colectivas o en otros instrumentos aplicables, califiquen como faltas graves algunos hechos, mismos que con

solo su ocurrencia justifican la terminación del vínculo contractual. Considerando, entonces, que la gravedad de la que tanto se echó de menos, exige que no puedan calificarse, en la medida que en el contrato de trabajo que celebraron las partes, es claro en advertir las faltas que para el efecto se califican como graves. Además, reiteró que lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas como graves sin que para ello importe si produjo daño al empleador.

Por último, destacó que, con relación a la excepción de prescripción, el documento de fecha 18 de marzo del 2015 no puede considerarse suficiente para concluir la interrupción de prescripción de que hablan los artículos 488 del CST y 151 del Código Procesal del Trabajo, habida cuenta que la legislación mencionada es clara en señalar que la interrupción ocurre cuando se ha exigido un derecho debidamente determinado.

(CD fol. 464)

6. Alegatos parte demandante. Refirió que de acuerdo con el acervo probatorio traído al proceso permitió corroborar que las faltas imputadas a mi representado se basaron en hechos cuya existencia no se logró demostrar, por consiguiente, su despido no se ajustó al marco legal previsto en el artículo 62 del CST. Además, que la demandada infructuosamente intentó justificar el despido en una supuesta justa causa que carece desde todo punto de vista de sustento legal y fáctico, ya que al tenor literal de la carta de despido el hecho que se le imputó al trabajador nunca se materializó y se le dio una connotación de "grave", misma que en ninguna circunstancia podía atribuírsele tal estimación.

Adicionó que tampoco se enmarca en las causales previstas por el legislador para terminar justificadamente el contrato laboral, de lo que se colige que con el despido se pretendió vulnerar los derechos del trabajador endilgándole una supuesta falta que en realidad nunca sucedió. Así las cosas, indicó que, aunque efectivamente hubo una equivocación por parte del trabajador, debe aclararse que nunca se materializó la supuesta falta grave, con la que trataron de dar una apariencia de legalidad a algo que definitivamente no daba lugar a una terminación de contrato y que adicionalmente carece de sustento legal.

7. Alegatos parte demandada. En su escrito destacó en relación a la excepción de prescripción que la terminación del contrato de trabajo ocurrió el 24 de noviembre de 2014 y la demanda fue presentada el 14 de febrero de 2018, por lo que transcurrieron más de 3 años. Además, no hubo reclamo escrito de derechos determinados por parte del demandante a la demandada antes de la presentación de la demanda, es decir, no hubo interrupción de la prescripción, pues el escrito del 18 de marzo de 2015 no contiene un reclamo escrito acerca de derechos determinados.

Por otro lado, señaló que sí se configuraron las causas señaladas en la comunicación escrita del 24 de noviembre de 2014, dado que está acreditado incluso desde la diligencia de descargos del 20 de noviembre de 2014, por lo que quedó acreditado que incumplió con sus obligaciones. Aunado a que la exigencia de acreditar un perjuicio derivado de los incumplimientos en que incurrió el trabajador, por parte del juzgado desconoce los lineamientos que al respecto ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia con radicación 37080 del 3 de marzo de 2010.

Agregó que al configurarse la comprobación de las justas causas para la terminación del contrato de trabajo, la pretensión de pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, debe ser revocada, pues la terminación

del contrato de trabajo ocurrió por justa causa imputable al demandante, dada la gravedad de las faltas cometidas, establecidas en la Ley (Código Sustantivo del Trabajo), el reglamento interno de trabajo y además calificadas de antemano por las partes como falta grave.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 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) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al condenar a la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., sin tener en cuenta que se probó la justeza para terminar el contrato de trabajo al aquí demandante?
- (ii) De no ser afirmativa la respuesta, se entrará a estudiar ¿Operó el fenómeno de la prescripción del que trata el artículo 488 del CST, concordante con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.?

Relación laboral, extremos temporales y salario

Previo a 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 solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino además se corroboran con el contrato de trabajo (folios 219 y s.s.), comunicación de terminación del contrato de trabajo (folios 254 a 256) y la liquidación de prestaciones sociales (folio 257).

Indemnización por despido sin justa causa del que trata el artículo 64 del C.S.T.

Sentado lo anterior, es menester precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, tiene definido que 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 folios 254 a 256 del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo del actor, emitida por la encartada, donde se expone que la decisión ha sido adoptada de manera unilateral y con justa causa, bajo las siguientes causales y hechos:

"Causal 4 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado (SIC) por el Decreto Ley 2351 de 1965 en su artículo 7, literal a) y cláusula segunda numeral 9 de su contrato laboral, ya que: El no registrar dicho préstamo, el cargar a otro cliente dicha suma y el no abrir la cuenta del evento, no solo son incumplimientos de sus obligaciones contractuales y de los procedimientos de la empresa, los cuales usted conoce a cabalidad, sino además con su grave negligencia puso en peligro los bienes de la empresa, como son los USD400 y todos los cargos de dicho evento, los cuales no se pudieron facturar en la oportunidad señalada por el cliente.

Además ésta no sería la primera vez que usted pone en peligro a las personas o los bienes de la empresa, ya que el pasado 15 de agosto del 2014 se le llamó la atención por haber ingresado sin autorización, a una habitación ocupada por un huésped, lo cual generó en dicha persona una crisis nerviosa, hecho que usted no reportó y no solventó.

Causal 6 del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado (SIC) por el Decreto Ley 2351 de 1965 en su artículo 7, literal a) ya que:

Usted no siguió los procedimientos de la empresa, referentes a que una vez ocurre la novedad, usted de inmediato debe registrarlo en el sistema, lo cual además es su obligación contractual, en consecuencia: i) una vez se otorgó el préstamo usted debió haberlo registrado en la cuenta de ese huésped, ii) antes de entregar la cuenta a un huésped usted debe verificar que lo que se hubiere cargado sea correcto, y no lo hizo, tan es así que el huésped fue quien se percató que le estaban cobrando USD400 que no era suyos y iii) al momento en que se inicia un evento de inmediato debe abrir la cuenta correspondiente, para que puedan ser cargados todos los consumos, de forma tal que al terminar, se pueda emitir la respectiva factura.

Los procedimientos antes descritos y que usted en sus descargos reconoce no haber cumplido, son obligaciones claras que estaban contempladas en su contrato laboral y que usted no cumplió sin ninguna justificación válida.

Adicionalmente con sus conductas y omisiones, también incurrió en la prohibición establecida en su contrato laboral en la cláusula segunda numeral 9 e incurrió en las justas causas de terminación de su contrato laboral pactadas en su contrato laboral en la cláusula octava, literales j) u) w) y y).

También incumplió usted con las obligaciones establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo, artículo 47 numerales 1 y 5 e incurrió en las prohibiciones establecidas en el artículo 49 Nos 46 y 25.

Es importante resaltar que no es la primera vez que usted incumple con sus obligaciones legales y contractuales, ya que como se puede observar en su hoja de vida, en múltiples oportunidades (15 de agosto de 2014, 20 de marzo de 2013 por nombrar las más recientes), se le llamó la atención esto y se le requirió de manera particular para que cumpliera con sus obligaciones, con las instrucciones dadas por sus superiores y en general con su contrato laboral.

Por lo expuesto usted tampoco cumplió con la obligación establecida por el artículo 58 del CST numeral 1, ya que no ejecutó la labor para la cual fue contratada en los términos acordados y tampoco acató las instrucciones que de manera particular le dio su jefe Inmediato y la 5 ya que no comunicó lo sucedido a su empleador para que así se hubiere podido evitar el daño a la imagen y buen nombre que causó con sus actuaciones.

Causal 10 del (SIC) Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965 en su artículo 7, literal a), ya que:

El incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, así como con los procedimientos de la empresa, no fueron un hecho aislado, tal y como quedó plasmado en sus propios descargos y puede constatarse en su hoja de vida, lo que demuestra que estos incumplimientos fueron sistemáticos. (...)"

Como se evidencia, la terminación obedeció a que el demandante, según concluyó la accionada, cometió una falta grave en el ejercicio de sus funciones como recepcionista, aduciendo que incurrió en un error al no haber cargado en el sistema un préstamo por USD400 dólares que se le realizó a unos de los huéspedes del hotel, acentuando "quien ya había realizado el checkout cuando alguien se percató y casi se va sin pagar esa deuda; el haber cargado ese crédito a otro huésped, que si no es por que revisó la cuenta hubiere pagado esa suma de más, iii) al no haber cerrado en el sistema el evento que se estaba realizando en el hotel, lo cual impidió fracturarlo en oportunidad y iv) no haber revisado o registrado tales novedades a sus superiores inmediatos".

En este punto, es necesario precisar, que la demandada alega en la contestación de la demanda que las citadas conductas fueron catalogadas por las partes como faltas graves, por lo que existía justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del señor Pulido Reyes, no pudiendo de nuevo el Juez entrar a calificar la conducta, como se efectuó en el fallo primigenio.

Al respecto, el literal b) del numeral 8° del art. 62-63 CST, establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo "Cualquier **violación grave** de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, **o cualquier falta grave**,

calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

Frente a lo anterior, nuestra CSJ ha tenido la oportunidad de referirse, entre otras, en la sentencia SL 2457-2018 reiterada en la sentencia SL 411-2019, que:

"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:

Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...

'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...

Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral

ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal" (Subraya la Sala).

Para zanjar esta controversia, observa este colegiado que si bien en la carta de terminación del contrato, el empleador no manifestó de manera expresa al actor que la conducta endilgada se encontraba calificada por las partes como una falta grave, lo cierto es que si hizo tal alusión al citar los literales j), u), w), y) de la cláusula octava del contrato de trabajo (folios 219 a 227), que contiene las justas causas de terminación del contrato supuestamente trasgredidas por el señor PULIDO REYES, las cuales se encuentran precedidas de dicha tipificación, veamos:

"8. CLAUSULA OCTAVA:

Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato por cualquiera de las partes, las enumeradas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, además, por parte del Empleador las faltas que para el efecto se califiquen como graves: a)... j) cualquier daño o pérdida que por culpa, negligencia, descuido o desobedecimiento de órdenes cause el trabajador en los elementos, maquinarias, equipo, dinero, títulos valores o similares puestos bajo su cuidado. (...) u) La falta de diligencia del TRABAJADOR para atender los requerimientos de los clientes de LA EMPRESA, cualquiera que sea la forma en que estos se efectúen. (...); w) Toda violación a las circulares. (...); y) incumplimiento de las funciones asignadas."

Por manera que, al establecerse las mencionadas conductas como faltas graves, es evidente que no le era dable a la Juez primigenia entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta, en tanto que las mismas partes en contienda estimaron la gravedad de los comportamientos, excluyendo la competencia judicial para el efecto.

Dicho lo anterior, surge únicamente estudiar si la encartada acreditó en el juicio que el trabajador incurrió en las conductas que se le endilgaron en la carta de finalización del vínculo laboral y si ellas se adecuan a las causales contenidas en el texto contractual en el que las partes las tipificaron como faltas graves, mismas que según el haz probatorio fueron aceptadas expresamente por el actor desde el mismo momento en que se le realizaron los descargos.

Justamente, a folios 250 a 253 vuelto del expediente, la sociedad accionada aportó al plenario el acta de descargos rendido por promotor del litigio, donde fue indagado respecto a los hechos que con posterioridad motivaron su despido. Al respecto, luego de interrogársele sobre las razones por las cuales fue llamado a presentarse a la diligencia y sobre lo acontecido el 18 de noviembre del 2014, señaló "*si por equivocación grave la cuenta o cargue la cuenta en una habitación diferente a la que finalmente debía cargar*", en tanto que "*la información que debía preguntarle a don*

Oscar si queria (SIC) que ese valor saliera en la cuenta o en otra diferente por eso no estaba cargada”.

Posteriormente se le interrogó del porque no se dejó nota del evento, manifestando sobre ello que *“No se pudo hablar con él porque al momento que salieron recogieron toda la comida y en ese momento no le pude preguntar, por que salieron unos del mismo evento y le abrí el garaje otros pidieron taxi y el sr Oscar ya estaba en su habitación, cuando entregue turno hable con francisco para decirle que le preguntara a Don Oscar si era encargado a la cuenta de el de la Habitación o con factura aparte cabe resaltar que yo le dije directamente a Francisco y no quedo anotado en el cuaderno”.* Haciendo notar que *“En principio estaba seguro que lo había cargado bien en la habitación 205 pero no fue así”.*

Al indagársele del porque no revisó que se hubiere cargado, reiteró que *“no lo revise”;* y luego adujo que con su conducta causó daño al hotel, al no dejar registrado el evento ni los cargos. Aseguró que tenía conocimiento sobre el reglamento interno de trabajo y sus funciones, significando que no era la primera vez que incumplía de manera grave con sus obligaciones. Agregó, finalmente que *“como lo he manifestado anteriormente no es cuestión de negligencia no es cuestión de (operación torta por inconformidades) y es tal vez por acumulación de labores adicionales en el cargo de recepción, cabe anotar que hace unos días en recepción habían dos personas”*

Del mismo modo, en el interrogatorio el demandante afirmó que recibió capacitación como recepcionista, también sobre el sistema Zeus, mismo donde se graba los ingresos y salidas de los huéspedes, facturación, cargos y préstamos, asegurando que dicha función era de su resorte; que con respecto al error que se le acusa, señaló que sucedieron en su turno de 2 a 10 de la noche, aseverando que, para aquella noche tenía bastante carga laboral, lo cual sucedía varios meses atrás, y que si reportó o cargó al huésped incorrecto los 400 dólares del préstamo.

Las circunstancias antedichas fueron las que precisamente la empresa accionada encuadró en las causales de despido que consignó en la carta de terminación, en la que se indicó al actor que no solo había dejado de cargar en el sistema un préstamo por USD400 dólares que se le realizó al huésped Rubén Marrero, sino además que el crédito lo cargó a otra persona, no avisando ni dejando registro de tal novedad a sus superiores inmediatos, lo cual afectó de forma grave sus obligaciones, causándole daño.

Ahora, en lo tocante a la justificación que planteó el actor y que señala lo llevó a cometer el yerro, es de anotar que tal afirmación no resulta relevante, por cuanto tal aserción no encuentra respaldo en los medios de convicción allegados al proceso que permitan inferir que el hotel recargaba en él todas las actividades y que ello sea la razón de la comisión de los errores que se le endosan. Debiéndose excluir para los efectos pertinentes, la declaración rendida por la testigo Yuli Estefany Bernal Ramos, toda vez que esta señaló desde un comienzo que conocía de los hechos porque el apoderado de la parte demandante se los había comentado.

Lo anterior, además, por cuanto a que el solo hecho de atender la recepción, cerrar o abrir la puerta a los huéspedes y en ocasiones llevar sus maletas a cada habitación, (situaciones que explicó el actor en su interrogatorio), no implica *per se* que se esté ante un cumulo de funciones ni que ello sea justificación del error que amerite la exoneración de las faltas que se le endilgan. Máxime que en torno al evento que aconteció en la noche de los hechos, el testigo Felipe Holguín precisó que estuvo

acompañado del auxiliar de cocina y el cocinero, dejando claro que al actor solo le competía la recepción de los asistentes, que no fueron más de ocho personas.

Cabe resaltar, por otra parte, en lo atinente a que el comportamiento por sí mismo, no constituye una falta grave, en tanto no se demostró que se le hubiera causado un daño o pérdida a la accionada, presupuestos necesarios para la configuración de la causal prevista en el literal j) de la cláusula octava del contrato de trabajo, que con los medios probatorios allegados al informativo si se demuestra tal condición.

Ello es así, no solo porque el demandante manifestó en sus descargos haber causado daño a la empresa, sino, además, porque el testimonio del señor Felipe Holguín deja entrever que fue así, en la medida que este adujo en su declaración que, si bien no se produjo inmediatamente un daño patrimonial ante la recuperación de los dineros, si causó una afectación a su imagen que implicó que los huéspedes disminuyeran en el uso de los servicios ofrecidos por el hotel, lo cual obviamente repercutió en los ingresos de la pasiva al dejar de recibir el valor que reportaban los huéspedes que dejaron de frecuentar el lugar, en razón al incidente acaecido con el actor. Al respecto el testigo aseveró *“daño llamémoslo económico no hubo pero si hubo un daño donde se perdió una empresa que venía con bastante regularidad y pues se dañó el nombre”*. De hecho, tal situación le consta como quiera que con el señor Marrero tuvo comunicación vía whatsapp en la que le indicó el cambio de hotel por los problemas de facturación, misma que no había sido clara ni nítida. Manifestando, que con relación a la huésped Elvia, quien con frecuencia visitaba el hotel, no lo volvió hacer en forma recurrente, pues decidió frecuentar otros hoteles, constándole el hecho porque al *“estar manejando la parte comercial pues ven hablas con ellos, ven que te pasa, no es que me estaba quedando en otros lados”*.

Por lo que resulta claro que el demandante no solo incumplió con las obligaciones inherentes al cargo, sino además se demuestra con absoluta nitidez que fue descuidado y negligente al subir en el sistema Zeus el préstamo que se le hizo a uno de los clientes, lo cual de arrastre implicó un perjuicio para su empleador, como ya se anotó.

Bajo ese contexto, del análisis objetivo de los medios probatorios estudiados con anterioridad, se acredita con suficiencia que el promotor del litigio incurrió en las faltas endilgadas en la carta de terminación del contrato, de modo que erró la juez primigenia, cuando, al valorarlas, arribó a la conclusión de que el despido del trabajador fue injustificado. Lo anterior cobra mayor validez en la medida en que las referidas faltas para dar por finiquitado el laborío, estaban calificadas como graves por los contratantes, no correspondiendo entonces al juzgador calificar nuevamente su gravedad, como en efecto se hizo, pues dicha tipificación autorizaba al empleador para terminar el vínculo con justa causa, de acuerdo con lo previsto en el numeral octavo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

De lo expuesto se sigue **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra. Costas en ambas instancias a cargo del demandante.

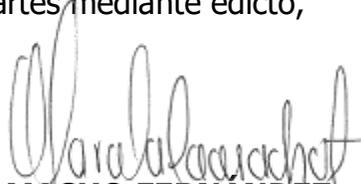
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión impugnada, para en su lugar, **ABSOLVER** a la 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 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.

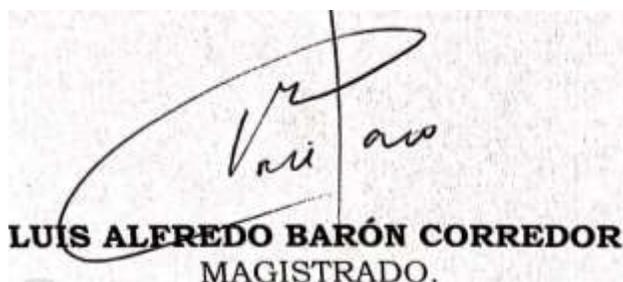
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MILTON CRISTANCHO DUARTE
DEMANDADO: COOPERATIVA MULTIACTIVA PARA LOS PROFESIONALES DEL SECTOR SALUD ANTES COOPERATIVA NACIONAL DE ODONTÓLOGOS.
RADICACIÓN: 36-2016-00224-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO REALIDAD

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo 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. Milton Cristancho Duarte, instauró demanda ordinaria contra Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud antes Cooperativa Nacional de Odontólogos, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo que se ejecutó entre el 16 de enero de 1995 al 29 de mayo del 2015 y, como consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de la indemnización por despido sin justa causa, cesantías y sus intereses, primas legales, pago de la pensión sanción o en subsidio el pago de los aportes al sistema de seguridad social, vacaciones, aportes a la caja de compensación familiar, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró un contrato laboral a término indefinido con la sociedad demandada desde el 16 de enero de 1995, fecha en la que fue afiliado a la EPS Famisanar, AFP Porvenir S.A. y Caja de Compensación Cafam. Manifestó que desempeñó varios roles dentro de la cooperativa distintas de las pactadas en el contrato, lo que condujo el 8 de noviembre del 2001 se suscribiera un contrato de prestación de servicios, pese a lo cual seguía cumpliendo con los requisitos y tareas propias de un empleado de manejo y confianza de la Cooperativa a órdenes de la gerencia.

Indicó que para la firma del precitado contrato se pretendió que el demandante creara una sociedad denominada Asociación Colombiana de Contadores Públicos y Asesores Gerenciales "Actualidad Contable", no obstante, siguió cumpliendo sus labores con la demandada de forma continua y personal. Refirió que se le cancelaba su salario de manera mensual; que obtuvo nombramiento de diferentes cargos, entre esos, Director Administrativo; que fue designado para participar en Asamblea de propietarios de

SaludCoop, donde actuaba en representación de la Cooperativa Nacional de Odontólogos.

Agregó que el 15 de noviembre de 2001 lo instan a presentar carta de renuncia, razón por la que el 16 del mismo mes y año le cancelaron al demandante lo acordado para renunciar; que para el año 2007 le reducen los supuestos honorarios acordados; que en marzo de 2014 firma un contrato de prestación de servicios; que a través de la misma sociedad que lo obligaron a crear, pero con el requisito de presentarle facturas y cobró de IVA.

Por último, manifestó que el 29 de mayo del 2015 se produjo la terminación del contrato de prestación de servicios con la empresa Actualidad Contable, finiquito que se dio de forma abrupta y sin reconocimiento alguno en virtud de los antecedentes de contratación laboral (fls. 91 a 112).

2. Contestaciones de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentado que existió una relación laboral desde el 15 de enero de 1995 al 15 de noviembre del 2001 y que entre agosto a noviembre de 2001 el demandante hizo todas las labores necesarias para independizarse y obtener un contrato con la demandada por las funciones que realizaba en vigencia de su vínculo laboral; que con posterioridad al 8 de noviembre del 2001 la cooperativa se apoyó en los servicios que prestaba la empresa Actualidad Contable, relación esta que terminaría el 25 de mayo del 2015.

En lo atinente a las situaciones fácticas expuso que el 16 de enero de 1995 entre las partes se suscribió un contrato laboral a término indefinido, el cual finalizó el 15 de noviembre del 2001 por decisión voluntaria y unilateral del demandante; que, en los más de seis años de relación, el demandante estuvo afiliado a cada uno de los sub regímenes creados con la Ley 100 de 1993; que recibió en forma oportuna y completa las acreencias laborales y salarios a los que tuvo derecho.

Manifestó que concomitante con el desarrollo de la relación laboral y con el ánimo de la empresa de apoyar las intenciones del demandante de independizarse, pues había creado una empresa para prestar servicios contables en el mes de agosto de 2001, el Consejo de Administración en reunión sostenida el 29 de septiembre del mismo año, solicitó al demandante que presentara una propuesta para la prestación independiente de diferentes servicios, entre los que se encontraba el de contabilidad y manejo financiero. Consciente de la oportunidad, el demandante presentó en el mes de octubre de 2001 propuesta de una empresa denominada Asociación Colombiana de Contadores Públicos y Asesores Gerenciales Actualidad Contable, en donde firma como socio; propuesta que fue aceptada el 23 de octubre del 2001.

Conforme a lo anterior, adujo que el día 8 de noviembre del 2001 celebraron un contrato civil de prestación de servicios, quien fungía como representante legal de la mencionada sociedad, por lo que decidió dar por terminada su relación laboral el día 15 de noviembre del 2001 ante la presentación de renuncia voluntaria al cargo que venía desempeñando de jefe financiero y de contabilidad de la empresa reconociéndole el 16 de noviembre del 2021 una bonificación por la suma de \$3.825.900.

Agregó que la relación comercial suscrita entre actualidad contable finalizó el día 29 de mayo, por medio de un documento denominado acuerdo de terminación suscrito por los representantes de la cooperativa y sociedad en donde el mismo demandante acepta la existencia de un contrato de prestación de servicios. Propuso como excepciones de

fondo las que denominó existencia de una relación laboral que finalizó el 15 de noviembre de 2001, prescripción de las acciones sobre el vínculo que finalizó el 15 de noviembre de 2001, terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, existencia de una relación comercial entre Actualidad Contable y la demandada, cobro de lo no debido, mala fe y genérica. (fol. 121 a 153)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de septiembre del 2019, en el que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, condenando en costas procesales al demandante. (CD fol. 404)

Limitó el problema jurídico a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que luego de referirse a las pruebas y al contenido del artículo 23 del C.S.T. señaló que se encuentra probada la relación laboral entre los años 1995 al 2001, además por cuanto fue aceptada por la encartada. Sin embargo, concluyó que después de aquella data existía efectivamente una prestación de servicios del demandante a favor de la pasiva en tanto que la vinculación fue a través de la figura del outsourcing que se negoció con la sociedad de que hizo parte y constituyó el actor. Además, que no existe ni un solo pago realizado por la cooperativa directamente al demandante, aunado que el mismo subcontractaba personas, por lo que evidenció la inexistencia de los elementos del contrato de trabajo. (CD fol. 404)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que la a quo no valoró las pruebas allegadas con la demanda que evidenciaban la subordinación total que tenía el trabajador. Además, indicó que la demandada no probó que los pagos se realizaran a la sociedad Actualidad Contable, ya que si bien por petición del Despacho se allegaron varios documentos que reposaban en la contabilidad de la empresa demandada, estos no pueden ser tenidos en cuenta dado que podían estar sujetos a modificaciones o calificaciones conforme a sus bases contables.

Por otro lado, indicó que los testimonios demuestran la subordinación a la que era sometido el demandante; que el actor desempeñó varios cargos en ciertos momentos que solo era posible para los trabajadores de la encartada. Finalmente, refirió que no existe medio de prueba indicativa de que el equipo contable trabajará para la sociedad Actualidad Contable, pues tampoco se aportó contrato de trabajo o en su defecto que existía un pago directo de la mencionada sociedad a esas personas.

4. Alegatos parte demandante. En su escrito arguyó que fue vinculado por el demandado por medio de contrato laboral entre el año 1995 aproximadamente hasta el 2001, última fecha, en la que el demandado le solicitó y le ofreció una determinada suma de dinero en aras que el mismo renunciara por "voluntad propia" y a su vez le expresa que la "nueva" relación laboral que le podían ofrecer era por medio de un contrato de prestación de servicios, pero que las condiciones de dicha relación laboral se vendría desarrollando de la misma forma que había sucedido, la cual, comprendía un cumplimiento de horario, prestación personal del servicio y subordinación.

5. Alegatos parte demandada. Refirió que se logró acreditar que el señor Cristancho había creado una empresa para prestar servicios contables en el mes de agosto de 2001; que por su parte el Consejo de Administración de la demandada en reunión sostenida el 29 de septiembre de 2001 y consiente de este emprendimiento, solicitó al

demandante que presente una propuesta para la prestación independiente de diferentes servicios, entre los que se encontraba el de contabilidad y manejo financiero.

Indicó que el demandante presentó en el mes de octubre de 2001 una propuesta de servicios profesionales a su ex empleador, por parte de una empresa denominada Asociación Colombiana de Contadores Públicos y Asesores Gerenciales Actualidad Contable e inscrita el 12 de agosto de 2001 en donde firmaba como socio de esta y donde le ofrecía a la demandante, entre otros, los servicios que había desempeñado como empleado de la encartada. Propuesta que fue llevada de nuevo al Consejo de Administración de la entidad, que en decisión adoptada el 23 de octubre de 2001, acepta la oferta de contratación.

Agregó que a raíz de esta aceptación para contratar, entre las partes, se firmó el día 8 de noviembre de 2001 un contrato civil de prestación de servicios con el señor Herley Ramírez, quien con su testimonio acreditó que fungía como representante legal de la mencionada empresa Actualidad Contable, de la cual el demandante era socio fundador para la prestación del mencionado servicio; que una vez con dicho contrato firmado, consciente de que el servicio que prestaba a la demandada se había entregado a la empresa de la que este era socio, el demandante decidió dar por terminada su relación laboral el día 15 de noviembre de 2001 por medio de renuncia voluntaria al cargo que venía desempeñando de jefe financiero y de contabilidad de la empresa.

Señaló que frente a dicha renuncia la empresa manifestó su aceptación a la misma e incluso, el 16 de noviembre de 2001, la empresa decidió reconocer una bonificación por la suma de \$3.825.900, en la que se transaban las eventuales diferencias que hubieren podido surgir en desarrollo de las relaciones laborales previas; que esta relación se liquidó por medio de documento generado el 23 de noviembre de 2001, en donde se le cancelaron al demandante todos los emolumentos propios de una relación laboral; que posteriormente, la relación comercial suscrita con Actualidad Contable finalizó el día 29 de mayo, por medio de un documento determinado acuerdo de terminación en donde el mismo demandante acepta la existencia de un contrato de prestación de servicios.

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**:

- i) ¿La Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud antes Cooperativa Nacional de Odontólogos fungió como empleador del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio.

De la relación laboral

Previo a 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, cuyos extremos cronológicos se prolongaron entre el 16 de enero de 1995 al 15 de noviembre del 2001, para desempeñar el cargo de Jefe Financiero y Contable, mismo que fue terminado por decisión voluntaria del trabajador, liquidado y saldada sus acreencias laborales por el empleador. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda y excluidas de la fijación del litigio, sino además se corroboran con el contrato de trabajo (folios 154 y s.s.), certificado laboral (folio 159), liquidación de prestaciones sociales (folios 191 y s.s.), comunicación de terminación del contrato de trabajo por renuncia (folio 44) y la carta de aceptación.

Ahora, teniendo en cuenta el ataque contra la sentencia de primer grado que propone el apelante, orientado a la naturaleza jurídica real de la relación que vinculó a las partes, en tanto que se aparta de la denominación de los contratos comerciales, por estimar que, en su ejecución, realmente se dieron los elementos configurativos del contrato de trabajo a partir del 16 de noviembre del 2001 al 29 de mayo del 2015, mismo que aduce se encuentra probado con la prueba testimonial y documental por él aportada, la Sala se centrará en verificar si existió dicho nexo contractual, por aplicación del postulado supralegal de la primacía de la realidad sobre lo formal.

Así, para resolver tal cuestión 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»."

En ese orden de ideas, se examinará el acervo probatorio con miras a determinar en primer lugar, si el demandante cumplió con su carga procesal acreditando dentro del plenario que realizó una actividad personal en beneficio de la encartada, encontrando que, en efecto de la prueba allegada al proceso, el señor Milton Cristancho Duarte prestó sus servicios personales a favor de la cooperativa demandada.

Lo anterior, por cuanto a que de la simple lectura del contrato de prestación de servicio celebrado entre la Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud antes Cooperativa Nacional de Odontólogos el día 8 de noviembre del 2001 (folios 162 a 164), se extrae que en efecto el demandante fue delegado, como persona encargada para coordinar y desarrollar las actividades que constituyen el objeto del contrato, esto es, la administración de la contabilidad, que incluye las actividades relacionadas en la oferta de servicios que fue aprobada y que hace parte integral del contrato, mismas que según dan cuenta las documentales obrantes a folios 177 a 185, son:

1. Emisión de información confiable.
2. Asesoría permanente a la Administración.
3. Propuestas para la reducción y optimización permanente de costos y gastos.
4. Propuestas para el mejoramiento continuo de procesos administrativos.
5. Auditoria y control interno con todo el alcance y cobertura que se pretenda y quede acordado.
6. Apoyo a la revisoría fiscal.
7. Cooperación y asesoría en el análisis y desarrollo de nuevos negocios.
8. Proceso contable continuo con personal idóneo.
9. Elaboración de reportes internos con fines específicos
10. Determinación y elaboración de declaraciones para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.
11. Elaboración y análisis de reportes externos.

Funciones que además quedaron registradas en la cláusula cuarta, mismas que corresponden a las siguientes:

1. Proporcionar información a los asociados sobre los servicios que les ofrece la Cooperativa.
2. Recepcionar las diferentes solicitudes de las solicitudes de los asociados para su trámite.
3. Realizar todos los trámites correspondientes a las solicitudes de crédito, auxilios y cualquiera otro que se relacione con asociados.
4. Practicar a los trabajadores asociados los descuentos sobre créditos y servicios a que haya lugar.

5. Registrar todas las operaciones que se desarrollen en el marco de las actividades propias de la Cooperativa y que se relacionen con sus asociados.
6. Generar los diferentes reportes que se relacionen con los asociados de Coodontólogos.

Dicho objeto quedó ampliamente determinado en el contrato de prestación de servicios celebrado el 1 de marzo del 2014, del cual se lee en la cláusula décima que el aquí demandante fue nombrado *“como delegado principal para la ejecución del presente contrato y como interlocutor entre este y EL CONTRATANTE.”*

En esas condiciones, contrario a lo dicho por la juez de primer grado, se encuentra claramente demostrado que el actor prestó sus servicios personales a favor de la Cooperativa demandada, máxime cuando la convocada al absolver el interrogatorio de parte manifestó que el demandante fue designado por la compañía Actualidad Contable para llevar a cabo la contabilidad de la cooperativa, en tanto que existía un contrato comercial suscrito entre estas. Además, fue enfático en afirmar que si bien no recibía ordenes de la cooperativa, si cumplía con las obligaciones determinadas en el contrato citado, asegurando que *“dentro del contrato comercial se especificaba que la compañía tenía que, la empresa que representó tenía que suministrar al señor toda la información. El señor obviamente por las actividades y las obligaciones contractuales, teniendo en cuenta que se trataba de toda la información contable tenía que a veces ir a la compañía y obviamente allí hacer todo el estudio de los documentos y también en la empresa Actualidad Contable hacer todo el trabajo necesario para entregar los informes correspondientes”*

El citado interrogatorio de parte fue congruente con las demás declaraciones, en tanto que los señores Samuel Castillo Ruiz y Katherin Marín aseguraron que el demandante prestaba sus servicios a la empresa, aunque con la aclaración de que la actividad estaba atada al contrato de prestación de servicios entre la cooperativa accionada y la empresa Actualidad Contable.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de la Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud antes Cooperativa Nacional de Odontólogos, 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 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, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que el señor Cristancho Duarte ejecutó la labor de contador, administrativo y financiero a través de un contrato de prestación de servicios, como tampoco que la citada labor se hiciera por intermedio de una relación comercial entre la sociedad Actualidad Contable y la Cooperativa, pues como ya lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL10736-2017:

“el hecho de que una persona natural constituya una sociedad comercial para atender determinadas obligaciones y recibir por ello una remuneración, no impide que el juzgador analice el desarrollo de este vínculo con el fin de establecer, si lo que realmente existió fue una relación subordinada, y, para ello, incorpore tales preceptos normativos a la premisa con la que abordará el análisis.”

En ese sentido, la Sala no puede pasar por alto los desatinos que incurrió la juzgadora de primer grado al dar pleno validez no solo a los contratos de prestación de servicios allegados al plenario, sino además a los soportes de pago que realizaron entre la empresa de la cual era socio el demandante y la cooperativa, cuando el haz probatorio apuntaba sin lugar a duda que la actividad que realizó el actor fue en forma personal, ya que el elemento *intuitio personae* que caracteriza al contrato de trabajo no se quebrantó por la simple constitución de la empresa de la cual hizo parte el actor; además, denota que hubo continuidad en el servicio entre la relación laboral que previamente había celebrado las partes y los contratos que celebraron de prestación de servicios con posterioridad; labores que estaban atadas al cumplimiento de órdenes y horarios, la rendición de informes, la interacción con otras especialidades y utilización de los propios elementos de trabajo de la cooperativa, siempre bajo el poder subordinante del extremo pasivo.

Lo anterior, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar, contrario al dicho de la demandada, que la labor ejecutada por el actor no se hacía en forma autónoma e independiente. Así se extrae del relato de los testimonios que fueron allegados por la pasiva, que, si bien señalaron que representaba la sociedad Actualidad Contable, misma que manejaba el outsourcing contable y administrativo de la empresa, también dejaron claro que dicha actividad la realizaba directamente el demandante en las instalaciones de la encartada, asegurando que hubo una interacción frecuente con todas las dependencias de la cooperativa, realizando sus actividades dentro de ésta.

Además, dicha testimonial en nada desvirtúa la presunción de subordinación de la cual se benefició el demandante, en primer lugar, porque el señor Samuel Castillo Ruiz, quien dijo ocupar el cargo administrativo, aseguró que el demandante prestó sus servicios a través de la figura del outsourcing, dado que el mismo presentó una propuesta en el tema contable y administrativo, la cual fue aprobada por la dirección de la cooperativa. Sin embargo, también refirió que sus labores estaban atadas permanentemente a la empresa, además que interactuaba frecuentemente con el demandante tanto en la parte contable como administrativa, quien había sido requerido por los incumplimientos en la entrega y calidad de la información que suministraba.

En segundo lugar, por cuanto que la señora Katherin Marín, abogada laboralista de la cooperativa, afirmó que, aunque conoció el contrato de prestación de servicios entre la encartada y la empresa, ello lo fue con ocasión de esta demanda, asegurando que el nuevo contrato que se celebró entre estas lo fue ante el incumplimiento de los servicios contables que ejercía el demandante. Además, aseveró que el actor tenía cuatro personas a cargo, cuyos nombres correspondían a Liliana Muñoz, Martha Portugués, Juanita y otra persona, no obstante, señaló que si bien fueron contratadas por la empresa Asesorías Contables para prestar el servicio de contaduría, no conoció como se hacían sus aportes a seguridad social, el pago de salarios y demás; agregando que el actor trabajaba en las instalaciones de la cooperativa y que no tenía conocimiento de como se hacían los procesos de pagos entre la cooperativa y la sociedad.

Por último, en nada sirvió al proceso la declaración vertida por el señor German Garzón Garzón, pues, aunque señaló que conoció al demandante, lo fue en tanto que de él recibió la información contable de la Cooperativa en el año 2015, fecha para la cual había terminado el contrato de prestación de servicios.

Ahora, dichas afirmaciones en todo caso fueron derruidas por los demás medios de persuasión allegados al plenario. Ello es así, como quiera que los testimonios practicados dentro del proceso y que trajo a colación la parte demandante fueron enfáticos y unísonos en afirmar que la prestación de servicios se ejecutó bajo el espectro de la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, en tanto que cumplía con un horario de trabajo, se le impartían instrucciones concretas en relación con sus actividades e incluso, con el agravante de que uno ellos manifestó que la encartada para el año 2001 requirió al demandante para que constituyera la sociedad y así pudiese continuar con las labores que ejercía al interior de la cooperativa.

Nótese que el señor Juan Pablo Salgado en su testimonio relató que conoció al demandante en tanto que trabajó en el mismo recinto desde el año 2012 o 2013 al 2015 o 2016, arguyendo que fue el jefe de contabilidad de la cooperativa y que ante tal calidad permanecía todo el tiempo en la cooperativa; adujo que recibía órdenes directas de la Dra. Maritza, quien le solicitaba informes y a quien le debía prioridad; que tenía a cargo empleados de la accionada, entre esas Juanita, quien era una de sus asistentes contables. Indicó que, aunque no conocía como le pagaban el salario, la relación que los ató, ni observó llamados de atención o procesos disciplinarios, si dio a conocer que el horario del actor correspondía al de los demás trabajadores, tanto así que llegaba un poco antes; que no era autónomo en sus actividades; que era un empleado más de la cooperativa, ultimando que el dominio del correo electrónico que utilizaba correspondía al de la cooperativa.

Declaración que se acompasa con lo expuesto por Harley Álvarez, quien dijo ser profesional en contaduría y empleado de la pasiva desde el 2010-2011, cumpliendo labores de director administrativo, mediante un contrato laboral. Señaló que el demandante trabajaba para la cooperativa y coordinaba las actividades en la Gerencia, entre esas, actividades de manejo de personal, infraestructura de las sedes de la cooperativa y demás que le indicaban; que su jefe directo era la Gerencia, en cabeza de la señora Maritza Guerrero y que en su calidad de director administrativo también le impartía órdenes directas, así como las que llegase a dar por la cooperativa. Agregó que cumplió un horario, le hacían llamados de atención y sus pagos eran mediante presentación de cuentas de cobro, además, fue el presidente del fondo de empleados de la encartada.

En lo atinente a la representación legal de Actualidad Contable, adujo que dicho cargo lo ostentó desde el año 2001 al año 2017, fecha última en que liquidó la sociedad; que presentó propuesta de servicios en octubre del año 2001, así firmando un contrato de prestación cuyo objeto era la administración de contabilidad, nexo contractual que delegó al demandante, en tanto que fue una figura que no tuvo aplicación. Añadió que, si bien la empresa Actualidad Contable prestó sus servicios a otra empresa en el año 2015, lo cierto es que el señor Cristancho Duarte no intervino en dichas actividades.

Ahora, esta Sala no comparte la calificación que hizo la juzgadora sobre el testigo atrás aducido, al considerar que al señor Harley Álvarez se le debe restar credibilidad en su declaración por ser el concuñado del demandante; conviene decir que la circunstancia de que el declarante sea familiar del demandante no es suficiente para tenerlo como interesado en el proceso, pues se requiere de otros elementos que demuestren su parcialidad, mismos que en el presente asunto no se encuentran acreditados. Además, contrario a ello, el testigo fue trabajador y compañero de labor del demandante y, por ende, fue testigo directo de los hechos, coligiendo que también fue representante legal de la empresa Actualidad Contable, por lo que nadie mejor para dar cuenta de las situaciones fácticas expuestas y que se controvierten por las partes.

Como argumento adicional, dicho testimonio también es respaldado por las pruebas documentales aportadas al plenario, y aquí cabe mencionar, que este colegiado difiere respecto de la valoración que se les dio a los correos electrónicos que obran a folios 31 a 39 del instructivo, en tanto que la encartada en momento oportuno nunca alegó que se le hayan hecho supresiones, cambios, alteraciones o adiciones a los documentos, o se haya suplantado alguna firma, tampoco dijo que esa información no proviniera de la empresa, o del correo corporativo o de algún ordenador de la empresa, o que hubiese una suplantación de correo. Y, aunque la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que la capacidad probatoria de los correos electrónicos debe además tener certeza de su autoría atendiendo los protocolos establecidos en la Ley 527 de 1999¹, dicho presupuesto quedó satisfecho en tanto que se encuentra la firma electrónica de quienes lo elaboraron y quedó debidamente demostrado el iniciador del correo.

Bajo tal contexto, en los correos electrónicos allegados se puede extraer que tanto la señora Maritza Guerrero Romero, en su calidad de Gerente de Coodontologos, Sergio Arevalo Amaya, Coordinador Odontológico y Coordinación Salud Ocupacional, como Sthephen Cola´s S., Directora Asistencial de Coodontologos, le encomendaban tareas tales como la de coordinador de nómina, infraestructura, respuesta a requerimientos, terminaciones de contratos de trabajadores, entre otras cosas.

Por otro lado, llama la atención de la Sala que la labor no era extraña al objeto social de la cooperativa, ni ocasional en la empresa pues se prestó durante más de 20 años, por el contrario, tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante quien contaba con el perfil para ejercer el cargo de administrativo y contable. Muestra de ello es lo anotado en la Reunión Ordinaria del Consejo de Administración Acta 658, según la cual:

*"El otro proyecto planteado es el del outsourcing contable, del cual se presenta algunas cotizaciones recibidas (...) Dr. Devia propone dar la primera opción de esta asesoría a quien en la actualidad **realiza esta labor al interior de la cooperativa**, el señor Milton Cristancho."*

De hecho, contrario a lo que se pretende demostrar con el documento, ello denota la necesidad de contar con esa persona para manejar dicha parte administrativa y contable de la cooperativa, por manera que al pretenderse un modelo de externalización empresarial se contrarían las reglas de la experiencia y sana crítica, que dan cuenta que dicha sección en la realidad no puede separarse y entregarse a un tercero con la pretensión ficticia de que el servicio se preste con total independencia y autonomía, porque esto compromete el desarrollo funcional de la cooperativa, y su situación económica y contable. De ahí que como lo señalaran los testigos Samuel Castillo Ruiz y Harley Álvarez, necesariamente debiese el actor interactuar con otras especialidades, entre ellas con la gerencia.

Ahora, aunque la demandada señale que lo anterior es una simple coordinación no es más que un eufemismo empleado para ocultar que el demandante debía ejecutar su trabajo en reales condiciones de subordinación, aunado a que no se puede pasar por alto que entre la terminación del contrato laboral que se celebró entre el 16 de enero de 1995 al 15 de noviembre de 2001 y la celebración del contrato de prestación de servicios, que lo fue el 8 de noviembre del mismo año, no hubo solución de continuidad. Es más, sus objetos no fueron distintos al punto que tuvo ejercer las mismas actividades que previamente ejecutó.

¹ SL1847-2018, reiterada en sentencias SL3591-2020 y SL728-2021

Siendo ello así, queda claro para esta Corporación que erró la Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes fue en forma autónoma e independiente y bajo un modelo de externalización empresarial. Obsérvese que la actividad principal que desarrollaba el actor consistía en la prestación de servicios contables y administrativos, lo cual, si bien no guarda relación con el objeto de la empresa, en tanto que esta se encuentra en las actividades profesionales de odontología, lo cierto es que para que desarrolle su objeto contractual necesariamente debió contar con dichos servicios, al punto que las pruebas documentales obrantes a folios 46 a 81, dan cuenta que i) con fecha 18 de noviembre del 2011 se le llamó la atención para que prestará su actividad dentro del horario de trabajo para empleados (folio 46); ii) recibía en su calidad de director financiero distintas invitaciones para participar en proyectos, educación cooperativa, servicios corporativos en voz y datos y beneficios (folios 52, 54 a 56); se le trasladaban requerimientos que realizaban los trabajadores de la cooperativa (folio 57, 58, 59); iii) hacía uso del derecho de petición en nombre de la pasiva (folios 60 y 62); iv) se le conferían poderes especiales para firmar actas de liquidación de contratos entre la cooperativa y el entonces Instituto de Seguros Sociales (folios 66, 68 y 69); v) le realizaban reconocimientos por su *"gestión e invaluable y compromiso con la institución el Consejo de Administración y la Gerencia le otorga el Diplomado de Acreditación y lo delega como líder de este proceso"*; vi) atendía requerimientos de la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud y Vigilancia y Control de la Oferta de la Secretaría de Salud (folio 79).

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fuese desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la cooperativa. Descartando de plano el acuerdo de terminación y transacción allegado por la demandada y que obra a folio 261, para los efectos que se pretende probar con ello, es decir, la existencia del contrato de prestación de servicios. Ello es así, porque si bien el demandante actuando en calidad "delegado principal e interlocutor de la empresa Actualidad Contable" dejó sentando su existencia, ello lo fue así para terminar el contrato por mutuo acuerdo entre las partes, recibiendo *"por cualquier diferencia surgida entre ellas especialmente por la terminación del contrato mediante el pago de una suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$12.890.000)."*; suma que debía pagarse directamente a nombre del trabajador.

Asimismo, otro aspecto probatorio que llama la atención de la Sala son las documentales adosadas a folios 296 a 397, en las que se hace saber los soportes contables generados por el *"software DINÁMICA GERENCIAL"*, la cual, si bien fue agregada al plenario por la A quo, lo cierto es que pierden su eficacia no solo porque a criterio de este colegiado su incorporación se realizó en indebida forma como quiera que ni siquiera la parte demandante tuvo la oportunidad de controvertirla, pues en dicha diligencia no fue trasladada, sino, además, por cuanto 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.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, bajo un modelo de externalización empresarial, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o

subordinada, prestando sus servicios en lugar asignado por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía. En tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

Extremos temporales de la relación.

Establecido el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 16 de enero de 1995 al 29 de mayo del 2015. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua y sin presentar interrupciones, situación aquella que no fue discutida más allá de la presencia de los contratos de prestación de servicios por la encartada. Sin embargo, es un hecho cierto que las partes zanjaron su discusión en torno a la existencia de la relación que se pregonó entre el 16 de enero de 1995 al 15 de noviembre del 2001, mismo que fue terminado por decisión voluntaria del trabajador, liquidado y saldada sus acreencias laborales por el empleador. Por lo que esta Sala declarará la existencia de la relación laboral, a partir del 16 de noviembre del 2001 al 29 de mayo del 2015.

Salario

Sobre este aspecto es del caso resaltar que, aunque la parte actora anota que en vigencia de la relación laboral y hasta marzo del 2014 devengada una suma equivalente mensual de \$9.134.500, lo cierto es que no obra prueba de dicho valor ni de los salarios devengados por el trabajador en vigencia de la relación laboral declarada, correspondiendo acreditar a la parte demandante el valor de estos, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P.; por lo anterior, se tomará como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente, por así disponerlo el artículo 132 del CST.

Excepción de prescripción

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que el demandante haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **20 de mayo del 2016**. En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **exigibles** con anterioridad al **20 de mayo del 2013**.

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**.

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 declara probada la

excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **20 de mayo de 2012.**

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 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, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$7.048.012,50** por concepto de auxilio de cesantía entre el 16 de noviembre del 2001 al 29 de mayo del 2015.

Auxilio de Cesantía					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2001	\$ 286.000,00	\$ 30.000,00	\$ 316.000,00	45	\$ 39.500,00
2002	\$ 309.000,00	\$ 34.000,00	\$ 343.000,00	360	\$ 343.000,00
2003	\$ 332.000,00	\$ 37.500,00	\$ 369.500,00	360	\$ 369.500,00
2004	\$ 358.000,00	\$ 41.600,00	\$ 399.600,00	360	\$ 399.600,00
2005	\$ 381.500,00	\$ 44.500,00	\$ 426.000,00	360	\$ 426.000,00
2006	\$ 408.000,00	\$ 47.700,00	\$ 455.700,00	360	\$ 455.700,00
2007	\$ 433.700,00	\$ 50.800,00	\$ 484.500,00	360	\$ 484.500,00
2008	\$ 461.500,00	\$ 55.000,00	\$ 516.500,00	360	\$ 516.500,00
2009	\$ 496.900,00	\$ 59.300,00	\$ 556.200,00	360	\$ 556.200,00
2010	\$ 515.000,00	\$ 61.500,00	\$ 576.500,00	360	\$ 576.500,00
2011	\$ 535.600,00	\$ 63.600,00	\$ 599.200,00	360	\$ 599.200,00
2012	\$ 566.700,00	\$ 67.800,00	\$ 634.500,00	360	\$ 634.500,00
2013	\$ 589.500,00	\$ 70.500,00	\$ 660.000,00	360	\$ 660.000,00

2014	\$ 616.000,00	\$ 72.000,00	\$ 688.000,00	360	\$ 688.000,00
2015	\$ 644.350,00	\$ 74.000,00	\$ 718.350,00	150	\$ 299.312,50
Total Auxilio de cesantías					\$ 7.048.012,50

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 **\$176.725.63** por concepto de intereses a las cesantías causados con posterioridad al **20 de mayo del 2013**.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2012	ene-13	PRESCRITOS		
2013	ene-14	360	\$ 660.000,00	\$ 79.200,00
2014	ene-15	360	\$ 688.000,00	\$ 82.560,00
2015	Finalización Relación Laboral	150	\$ 299.312,50	\$ 14.965,63
Intereses a las cesantías				\$ 176.725,63

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 que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$1.647.312,50** por concepto de prima de servicios causadas con posterioridad al **20 de mayo del 2013**.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
jun-13	\$ 589.500,00	\$ 70.500,00	\$ 660.000,00	180	\$ 330.000,00
dic-13	\$ 589.500,00	\$ 70.500,00	\$ 660.000,00	180	\$ 330.000,00
jun-14	\$ 616.000,00	\$ 72.000,00	\$ 688.000,00	180	\$ 344.000,00
dic-14	\$ 616.000,00	\$ 72.000,00	\$ 688.000,00	180	\$ 344.000,00
29/05/2015 terminó contrato	\$ 644.350,00	\$ 74.000,00	\$ 718.350,00	150	\$ 299.312,50
Total Prima de servicio					\$ 1.647.312,50

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 **\$1.100.764,58** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 16 de noviembre del 2001				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
16/11/2010 a 15/11/2011	16/11/2012	\$ 644.350,00	360	\$ 322.175,00
16/11/2011 a 15/11/2012	16/11/2013	\$ 644.350,00	360	\$ 322.175,00
16/11/2012 a 15/11/2013	16/11/2014	\$ 644.350,00	360	\$ 322.175,00
16/11/2013 a 29/05/2015	29/05/2015 terminó contrato	\$ 644.350,00	150	\$ 134.239,58
Total vacaciones				\$ 1.100.764,58

Indemnización moratoria

Respecto a esta pretensión 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, bajo un modelo de externalización empresarial, 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 de la citada forma, 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 su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones 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 88, acta de reparto del 20 de mayo de 2015), en consecuencia, le corresponde la suma de \$21.478.33 a partir del 30 de mayo de 2015 hasta que se efectuó el pago total de las acreencias adeudas. Aclarando que para la fecha de terminación de la relación laboral el señor Milton Cristancho Duarte devengaba un salario mínimo mensual vigente.

Indemnización por despido sin justa causa.

Analizado lo anterior, corresponde entonces a esta Sala establecer si la finalización del vínculo contractual de forma unilateral por parte del empleador acaeció sin justa.

En ese sentido, es menester señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, tiene definido que 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. Así se indicó entre otras, en sentencia SL180-2018.

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, se halla acreditado conforme a los medios de convicción vertidos al plenario, que en efecto las partes por mutuo acuerdo decidieron terminar el laborío y que a título de transacción se pactó pagar al demandante la suma de \$12.890.000 (folio 261). Es decir, se evidencia la intención inequívoca de las partes de finiquitar el contrato de trabajo que los unía a partir de del 29 de mayo del 2015 y a cambio de una suma de dinero, a título de bonificación, situación aceptada por la parte demandante,

en tanto que no alegó la presencia de un vicio que pudiera afectar la libre determinación de su voluntad. En esas circunstancias, habrá de negarse tal pretensión.

Pensión sanción

Concita a la Sala establecer si la Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud debe reconocer al señor Carlos Ignacio Beltrán Torres la pensión sanción contemplada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Para dar respuesta, el citado artículo establece que el trabajador no afiliado al sistema de seguridad social por omisión del empleador y hubiere sido despedido luego de haber laborado durante diez o quince años de servicios, según sea el caso, tendrá derecho a que este lo pensione. Es decir, para que opere dicha pensión necesario es que el trabajador no estuviese afiliado al subsistema general de pensiones, que hubiere laborado para el empleador durante diez o más años y que hubiera sido despedido sin justa causa.

Conforme a la preceptiva antes anotada, no existe duda que el aquí demandante laboró como mínimo para la encartada más de diez años, conclusión a que se arribó en líneas atrás expuestas, pues según análisis realizado por esta Corporación, el tiempo que laboró el demandante fue desde el 16 de noviembre del 2001 al 29 de mayo del 2015, equivalente a 4.875 días o lo que es lo mismo 13.54 años de servicios. Sin embargo, el aquí actor no fue despedido sin justa causa, pues como se indicó, su decisión fue por mutuo acuerdo entre las partes, de suerte que no hay lugar tampoco a la pretensión.

Aportes al sistema de seguridad social

Ahora, como quiera que la pensión solicitada no fue avante, necesario es pronunciarse acerca de la pretensión subsidiaria, consistente "*el pago de los aportes a la seguridad social*"

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.

Conforme a lo anterior, se evidencia que no existe prueba que permita colegir el pago de los aportes dentro del periodo 16 de noviembre del 2001 al 29 de mayo del 2015, 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 como IBC el salario mínimo legal mensual vigente. De otro lado, es menester señalar que, frente a los demás aportes al sistema de seguridad social, esto es, salud y riesgos laborales, en tanto que dichos conceptos fueron excluidos de la litis en audiencia realizada el 21 de enero del 2019 (Cd. A folio 293).

Ahora bien, sobre la cotización a la Caja de Compensación Familiar, se tiene que en virtud de la Ley 21 de 1982, cumplen con un fin social y familiar, como participante del Sistema General de Seguridad Social y que cuyo principio se encuentra conexas con el modelo de la universalidad previsto en el artículo 48 de la Constitución Política. En tal contexto, se tiene que si bien durante la vigencia de la relación laboral no estuvo afiliado a la Caja de Compensación Familiar, lo cierto es que esta situación no afectó al demandante, o por lo menos no se encontró acreditado en el informativo, es decir, no existe elemento probatorio en el que se indique que el actor fuese beneficiario del subsidio familiar conforme a los requisitos que dispone la Ley 789 de 2002, o que en su defecto no haya recibido las actividades y bienes que están destinados a lograr el bienestar de los trabajadores y sus familias, que por naturaleza dispone la afiliación a la Caja de Compensación Familiar durante la vigencia de la relación laboral.

Por manera que ante la inexistencia del medio probatorio se torna improcedente este pedimento por esta vía judicial, pues finiquitado como está el vínculo laboral, no puede derivarse una condena por coberturas que no pueden estar ahora vigentes.

Indexación.

La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones no están cubiertas por la indemnización moratoria y, por consiguiente, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 30 de mayo del 2015 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

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 11 de septiembre del 2019, por el Juzgado Treinta y Seis 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 **MILTON CRISTANCHO DUARTE** y la **COOPERATIVA MULTIACTIVA PARA LOS PROFESIONALES DEL SECTOR SALUD** entre el 16 de noviembre del 2001 al 29 de mayo del 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **COOPERATIVA MULTIACTIVA PARA LOS PROFESIONALES DEL SECTOR SALUD** a pagar al señor **MILTON CRISTANCHO DUARTE** las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$7.048.012,50**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$176.725,63**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$1.647.312,50**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$1.100.764,58**, por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 30 de mayo del 2015 y como IPC final al momento de su pago.

- e) Por concepto de Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma diaria de **\$21.478,33** a partir del 30 de mayo del 2015 hasta que se efectuó el pago total de las prestaciones adeudas.

TERCERO: CONDENAR a la **COOPERATIVA MULTIACTIVA PARA LOS PROFESIONALES DEL SECTOR SALUD** 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 16 de noviembre del 2001 al 29 de mayo del 2015, teniendo como IBC el salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **MILTON CRISTANCHO DUARTE**.

QUINTO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción y las demás no probadas.

SEXTO: 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 \$850.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

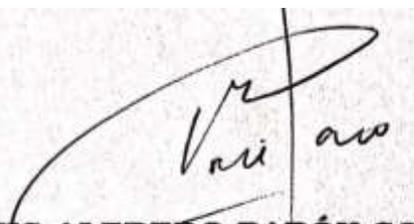
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: WILLIAM GUEVARA CRUZ
DEMANDADO: UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.
RADICACIÓN: 25-2014-00188-01
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
TEMA: DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo 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. William Guevara Cruz, instauró demanda ordinaria contra UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., con el propósito de que se declare que el despido unilateral es absolutamente ilegal, por haber violado el procedimiento establecido en la convención colectiva de trabajo vigente entre el año 2011-2013 y por desconocer lo ordenado en el Acuerdo N°. 17 de 2013, expedido por el Consejo de la Ciudad de Medellín. Como consecuencia de ello, solicitó se disponga a su favor su reintegro al cargo que venía desempeñando, o a uno de igual o superior categoría; a título de indemnización todos los salarios, prestaciones legales, extralegales y/o convencionales y costas del proceso. En forma subsidiaria solicitó que se dispusiera el pago de la indemnización por despido sin justa causa a favor del trabajador, en cuantía determinada en el artículo 31 de la convención colectiva de trabajo vigente.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes existió un contrato de trabajo a partir del 19 de septiembre del 2007, para prestar sus servicios como conductor; que entre la empresa demandada y el Sindicato de Trabajadores de Empresas Públicas "SINTRAEMSDES", se firmó el día 4 de noviembre del 2011, la convención colectiva de trabajo vigente entre el 2011 a 2013.

Manifestó que en la citada convención colectiva de trabajo estableció un procedimiento que debía cumplirse por el empleador, previo a dar por terminado el contrato laboral de algunos de los trabajadores, procedimiento que se indica en el artículo 30 y s.s. y se encuentra vigente a la fecha del despido del actor, además que se afilió a la organización sindical el día 13 de marzo del 2008.

Adujó que el 15 de octubre del 2013 el empleador le presenta un documento por medio del cual le proponía la terminación del contrato acudiendo a la figura de transacción, mismo en el que se le indicaba la culminación del vínculo laboral bajo un mutuo

acuerdo, situación a la que se niega el trabajador, en tanto que no tenía intenciones de retirarse de la empresa.

Sin embargo, pese haberse negado su empleador el 16 de octubre del 2013 le comunica que se da por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, lo cual desconoce lo ordenado por el Consejo de Medellín en el Acuerdo N°. 17 de 2013, artículo primero, literal "e" y la convención colectiva de trabajo. Por último, agregó que la organización sindical presentó el 1 noviembre del 2013 pliego de peticiones y denunció parcialmente la convención colectiva. (Cuad. 1°, fls. 67 a 96).

2. Contestaciones de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que no es jurídicamente posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando como conductor, ya que éste desapareció de la planta de personal, debido a los ajustes efectuados en cada una de las áreas funcionales. Además, por cuanto a que en el momento de la terminación del contrato liquidó todos los conceptos salariales y prestacionales a los que tenía derecho, además que pagó no la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., sino la consagrada en la Cláusula Convencional, por lo que se advierte un hecho superado.

Sobre los supuestos fácticos refirió que el demandante se vinculó el 1 de agosto del 2007, para desempeñar el cargo de conductor en la ciudad de Bogotá; que entre la organización sindical SINTRAEMSDDES y UNE EPS Telco S.A., se firmó el 4 de noviembre del 2011 la Convención Colectiva con vigencia de tres años, por el interregno comprendido entre el 1 de enero del 2011 hasta el 31 de diciembre del 2013.

Señaló que dicha convención establece un procedimiento, sin embargo, éste aplica solo cuando respecto del trabajador se inició una indagación o proceso disciplinario, situación que no utilizó al demandante, como quiera que la terminación del contrato de trabajo se efectuó en razón a su desvinculación sin justa causa.

Agregó que el 15 de octubre del 2013, le propuso al actor acogerse al Plan de Retiro Voluntario que se venía desarrollando, sin embargo, no accedió a la propuesta. Propuso como excepciones de fondo las que denominó improcedencia de la aplicación de las cláusulas convencionales al caso concreto, improcedencia de reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando, prescripción y compensación. (Cuad. 1°, folios 90 a 100)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de agosto del 2019, en la que el fallador declaró absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Cuad. 1°, CD fol. 292)

Para arribar a tal decisiva señaló que respecto de la existencia de la relación laboral no hay discusión, pues aunque la parte accionante señaló que el contrato de trabajo se suscito el 19 de septiembre del 2007, observa del mismo que entre las partes se pactó desde el 1 de agosto del 2007. Sentado lo anterior, refirió que el demandante se encontró afiliado al Sindicato de Trabajadores de Empresas Públicas "SINTRAEMSDDES" y, por ende, era beneficiario de la convención colectiva del trabajo, sin embargo, una vez analizó la cláusula 30 de la citada norma, adujo que la desvinculación del trabajador fue de manera unilateral y sin justa causa y, por tanto, no era necesario comunicar al sindicato tal situación pues no existió falta alguna por parte del demandante, ni realizar proceso disciplinario, siempre y cuando se pagara la indemnización por despido sin justa causa, misma que se encuentra probada.

4. Alegatos parte demandante. Refirió que es claro de la necesidad de la prueba solicitada, decretada y no allegada al expediente por circunstancias de tiempo, modo y lugar ajena a la parte demandante, en tanto que después de tres años fue imposible recolectarlos en su integridad, ya que solo uno de los testimonios pudo escucharse, ya que a los otros dos la empresa negó los gastos de desplazamiento, por lo que se presentó violación al debido proceso. Insistió que el juez de primer grado obvió la determinación que había tomado el Consejo de Medellín, en el Acuerdo No. 17 del 2013, de manera que también se violó el precitado derecho.

5. Alegatos parte demandada. En su escrito indicó que se presenta una improcedencia de la aplicación de las cláusulas convencionales al caso concreto, pues la cláusula 30 de la Convención Colectiva suscrita con la organización sindical SINTRAEMSDDES, solo aplica cuando un funcionario se encuentra inmerso en una indagación preliminar o investigación disciplinaria, y se arriba a concluir que cometió una conducta que amerita la terminación de su contrato con justa causa o que ameritara la interposición de una sanción disciplinaria, lo anterior por cuanto el fin de la disposición convencional es que la Organización Sindical pueda tener una participación activa en el escenario en que un afiliado al sindicato este en curso de un proceso disciplinario que pueda conllevar a la terminación de su contrato con justa causa. Escenario que claramente no se presentó en el caso particular toda vez que el demandante fue despedido sin justa causa con el pago de la correspondiente indemnización convencional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones de conformidad con el art. 69 del CPT y de la S.S.

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

- i. ¿Es procedente el reintegro del demandante como quiera que al momento del despido efectuado por la demandada no se tuvo en cuenta la cláusula treinta y uno convencional, que suscribió esta última con SINTRAMSDES para la vigencia 2011-2013?
- ii. De resolverse desfavorablemente el anotado problema jurídico, corresponderá entonces a esta Sala entrar a estudiar ¿El demandante tiene derecho al pago indemnización por despido sin justa causa, aplicando la tabla señalada en el artículo 31 de la citada convención para tal efecto?

Relación laboral, extremos temporales y salario

Previo a resolver el 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, su terminación unilateral y sin justa causa por parte del empleador el día 16 de octubre del 2013 y el último salario devengado el actor. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino además se corroboran con el contrato de trabajo Cuad. 1º, folios 18 a 21), informe juramentado por la apoderada general de la demandada (Cuad. 1º, folios 259 a 262) y la liquidación de prestaciones sociales (Cuad. 1º, folio 134 vuelto).

En lo atinente al extremo inicial corresponderá al señalado por la parte demandada, esto es, 1 de agosto del 2007, en tanto que la parte demandada no demostró conforme a los medios pruebas adosados al plenario que tuvo lugar el 26 de junio del mismo año; por el contrario, lo que se colige de los medios de convicción que obran en el informativo, en especial del contrato de trabajo celebrado entre las partes, es que la relación laboral inició el 1 de agosto del 2007, conforme se lee en su cláusula décima (Cuad. 1º, folio 21). En esas condiciones, se tendrá dicho extremo de la relación y no otro conforme bien lo arguyó el a quo.

Afiliación del demandante al Sindicato de Trabajadores de Empresas Públicas "SINTRAEMSDES"

Por otro lado, se acreditó que William Guevara Cruz que en vigencia de la relación estuvo afiliado a "SINTRAEMSDES", desde el 13 de agosto del 2008, según se avizora del certificado expedido por la agremiación sindical el 10 de diciembre del 2013 (folio 62, Cuad. 1º).

Convención Colectiva del Trabajo

Antes de adentrarnos al objeto de la Litis, resulta pertinente resaltar la naturaleza del conflicto colectivo del trabajo, las convenciones colectivas de trabajo y su fuerza normativa. De modo que, la Constitución y la ley promueven la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores como un instrumento para la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo y empleo y, la reivindicación de los derechos de los trabajadores, razón por la cual la negociación colectiva es uno de los ejes centrales de la libertad sindical junto con el de Asociación y la Huelga. (art. 55 CP; Convenio 154 OIT y 432 a 436 CST).

En este sentido, al presuponer la esfera de la negociación colectiva una contraposición de intereses al interior de las relaciones del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular de manera expresa y detallada el trámite que deben cumplir los actores del conflicto laboral con el propósito de lograr su solución. En efecto, el Código Sustantivo Laboral establece el agotamiento de la etapa de arreglo directo (art.º 432 a 436), lo concerniente a la eventual declaratoria y desarrollo de la huelga (art.º 444 a 449), el procedimiento de arbitramento (art.º 452 a 461) y la suscripción de la convención o pacto colectivo (título III, capítulos I y II).

En este último punto, sobre la suscripción de la convención colectiva del trabajo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que constituye verdadero derecho objetivo, dado que en él se incorpora la voluntad de las partes con el fin de regular la relación entre el trabajador y empleador y, fijar las condiciones durante su vigencia. Sobre este aspecto, en sentencia SL16811-2017 se indicó:

"La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual modo, encuentra asidero en el derecho fundamental a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la

capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular las relaciones de trabajo y empleo, las obligaciones y derechos de los sujetos colectivos, así como otros aspectos que las partes decidan acordar libremente.

Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía y la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, etc., como también para erigir reglas en materia de empleo y gobierno de relaciones empresa y organizaciones de trabajadores.”

Esbozados como se encuentra los lineamientos normativos y jurisprudenciales aplicables al caso, para efectos de evaluar lo atinente a la discusión que plantea las partes, misma que se centra en el entendimiento del artículo 30 y s.s. de la Convención Colectiva de Trabajo 2011-2013, ya que el actor señala que para proveer su despido sin justa causa debió en primer lugar agotarse el procedimiento disciplinario descrito en el citado artículo, mientras que para la empresa demandada no, en tanto que lo único que pretendió fue terminar el contrato de trabajo sin justa causa, con el consecuente pago de la indemnización tarifada en la convención, de ahí que no necesitará evacuar el procedimiento aducido.

Pues bien, la convención colectiva de trabajo 2011-2013, misma que tiene constancia de depósito (Cuad. 1º, folio 56 vuelto), en su capítulo v, dispone:

“Cláusula 31ª. Estabilidad.

Cuando un funcionario de las Empresas, debidamente facultado, estimare que es necesario despedir a un trabajador sindicalizado, así lo comunicará por escrito al Gerente de Gestión Humana, quien pasará inmediatamente aviso al trabajador, con copia al sindicato. Enterado el trabajador de la solicitud de despido, podrá, si lo estima pertinente y dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de comunicación, si el caso fuere en Medellín, o de cinco días (5) hábiles, si el caso ocurre en parte distinta, presentar descargos por escrito, solicitar y allegar a la División Gestión Humana las pruebas e información tendientes a desvirtuar el hecho que se le imputa. El Gerente de Gestión Humana ordenará, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la solicitud, la práctica de las pruebas que sean conducentes para el esclarecimiento de los hechos, la cual se llevará a cabo por conducto del funcionario investigador que aquel designe para el efecto, en un término no superior a cinco (5) días hábiles. (...)

Si el Gerente General decidiere el despido con aplicación de la cláusula de reserva y no por alguna de las causales de despido justo, señaladas en la Ley, se pagará al trabajador una indemnización de acuerdo con la antigüedad, así (...).”

Lo anterior, refleja sin equivoco que la intención de la organización sindical y la empresa demandada fue la de amparar a los trabajadores al momento del despido, bajo un rito procedimental, que de no cumplirse o “decidiere el despido con aplicación de la cláusula de reserva y no por algunas de las causales de despido justo, señaladas en la Ley (...)”, se hará acreedor de pagar al trabajador la indemnización de acuerdo con las tarifas allí señaladas.

Bajo ese contexto, las disposiciones consagradas en este capítulo son claras en precisar que el empleador no podrá ejercer la facultad de terminar el contrato de trabajo sin escuchar al trabajador, siempre y cuando se le atribuya una justa causa en su decisión, puntualizando que su incumplimiento atará a la demandada acarrear la sanción prevista en la convención, que no es otra que la de pagar la indemnización por despido sin justa causa allí tarifada.

En esta órbita, resulta claro para la Colegiatura que esta cláusula no resulta aplicable al accionante más allá del pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, como bien lo señaló el Juez de primer grado, en tanto que su decisión lo fue de forma unilateral, facultad que está prevista en la convención y que por ende no solo lo exime de la obligación de motivar su decisión al trabajador, sino además de llevar a cabo el ritual disciplinario antes anotado.

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que tampoco se infiere que la voluntad de las partes negociadoras del convenio colectivo haya pretendido de manera puntual que la consecuencia de llevar a cabo un despido o terminación unilateral del trabajo diera lugar el reintegro del trabajador a su lugar de trabajo. Lo que allí se planteó es que la consecuencia jurídica aplicar como resultado de la decisión es el pago de la indemnización que se acordó.

En ese sentido, es claro para la Sala, que atendiendo los parámetros jurisprudenciales que ha adocinado la Sala de Casación Laboral en lo que refiere a la interpretación de las cláusulas convencionales, en el entendido de resguardar el principio de igualdad ante la ley y evitar contradicciones injustificadas¹, el actor no puede pretender que se le reintegre a su cargo cuando en la convención nada se dijo frente a este tópico.

Además, tampoco resulta relevante lo dispuesto en el Acuerdo No. 1 de 2013, artículo 1, literal "e", emanado del Consejo de Medellín, pues únicamente se acordó la transformación de la naturaleza jurídica y modificación de la composición accionaria del ente accionado, sin que ello afecte los derechos laborales de los actuales servidores.

Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia, acotando que tampoco es viable acceder a la pretensión subsidiaria expuesta en el escrito genitor, como quiera que la sanción que previó la convención fue cumplida por la pasiva, pues así se advierte de la liquidación de prestaciones sociales adosada a folio 134 vuelto, lo cual se corrobora con el informe juramentado visto a folios 259 a 262.

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,

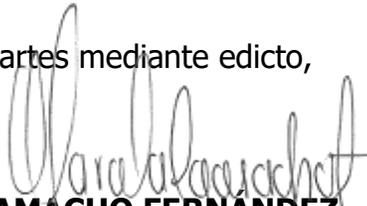
¹ SL1899-2018

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto del 2019, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la consulta.

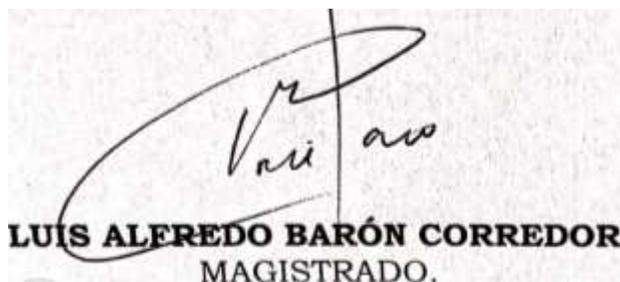
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO,

(salva voto – considera que procede la pretensión subsidiaria de indemnización convencional)

-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: CARLOS ALBERTO JIMÉNEZ ESPINEL
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.- AFP PROTECCIÓN S.A.-AFP COLFONDOS
RADICACIÓN: 1100131050-04-2019-00095-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo 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. CARLOS ALBERTO JIMÉNEZ ESPINEL instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS, con el fin de que se declare la nulidad de traslado al RAIS por no haberse garantizado por parte de la AFP COLFONDOS, la existencia de una decisión informada, autónoma y consiente. Se declare la nulidad del traslado horizontal efectuado de AFP Colfondos, AFP Porvenir y posteriormente de la AFP Porvenir a la AFP Protección. Como consecuencia, se condene a la AFP Protección, donde actualmente se encuentra afiliado a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Que se declare la anulación o rescisión del contrato celebrado con la AFP Colfondos de conformidad con el vicio acaecido y restituya al demandante al mismo estado en que se hallaba antes de la celebración del contrato nulo, esto es que permaneció afiliado sin solución de continuidad al RPM. Ordenar a Colpensiones y a la AFP Protección que realice los tramites que haya lugar para activar la afiliación del demandante en RPM, que Colpensiones realice el proceso de validación del traslado de las cotizaciones. Finalmente, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s., subsanación fol. 113 y ss.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el día 23 de mayo de 1954; que para el 11 de agosto de 1981 empezó a cotizar en el RPMPD; que se trasladó para el periodo 01 de 1996 del RPMPD al RAIS, administrado por la AFP Colfondos; que un asesor de la AFP Colfondos, lo visitó y le ofreció llenar una solicitud de vinculación al fondo de pensiones, con el argumento de que la pensión sería superior en el fondo privado que en el seguro social de la época, sin dar más explicaciones le hace firmar el documento; que la información que le suministro el asesor de la AFP Colfondos no contempló con exactitud los pro y los contras del cambio de régimen pensional, ni mucho menos las consecuencias del traslado; que no se le

informó la proyección del valor de la mesada pensional ni en el RPM, como tampoco en el RAIS; que para el periodo 06 de 2002 se trasladó de la AFP Colfondos a la AFP Porvenir S.A.; que para el periodo 10 del año 2005 se trasladó de la AFP Porvenir ante la AFP Protección; que la AFP Protección no le informó que podía trasladarse antes de los 10 años al cumplimiento del requisito de exigibilidad para pensionarse; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 137), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentado que el traslado efectuado por el demandante ante el RAIS, se efectuó de manera libre, espontánea y voluntaria, que no vincula en responsabilidad alguna a Colpensiones. Igualmente, que al demandante le hacen falta menos de 10 años para adquirir sus derechos pensionales y, en consecuencia, no es posible efectuar el traslado o retorno al RPMPD de conformidad con el artículo 2 de ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica (fol. 153 y s.s. subsanación fol. 299).

4. Contestación de AFP Colfondos S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la afiliación a Colfondos fue producto de la decisión libre y voluntaria de pertenecer al RAIS. Igualmente señaló que la entidad si brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional. Igualmente, que se le dio a conocer al accionante toda la información necesaria respecto de la forma como se construye las pensiones en el RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fol. 175 y s.s.).

5. Contestación de AFP Porvenir S.A. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentado que la vinculación con Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se evidencia en la solicitud de vinculación. Señala que no procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la ley 100 de 1993, opera frente a actos que impida o atentan contra el derecho de afiliación al sistema, es decir contra conductas dolosas que en este caso no se alegan, ni se acreditan por parte del demandante. Que la parte demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fol. 213 y s.s.).

6. Contestación de AFP Protección S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que el acto de afiliación es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que dicho acto se realizó en forma libre y espontáneo, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato. Que la parte actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Propuso como excepciones de

fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones buena fe, y la innominada o genérica (fol. 241 y s.s.).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de enero del 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad de la afiliación que hiciera el demandante al RAIS que en su caso administra Colfondos SA. Para tenerlo como válidamente afiliado a Colpensiones. Como consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración debidamente indexados. Condenó a Colfondos, Porvenir y Protección a pagar las diferencias a que hubiere de resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD si fuere el caso, los cuales serán asumidos a cargo del propio patrimonio incluyendo los gastos y cuotas de administración y comisiones. Para tal efecto, conmino a Colpensiones para que realice las gestiones necesarias con el fin de obtener el pago de dichas sumas si a esto hubiere lugar. Ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante al RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a las demandadas AFP Colfondos, AFP Porvenir y AFP Protección.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, que la responsabilidad de las AFP es de carácter profesional y que la misma debía comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Que el demandante no recibió la información oportuna, que no se le explicaron las características y desventajas de cada uno de los regímenes. Que no es necesario acreditar un vicio del consentimiento por parte del actor, en razón a que no se trata de una nulidad sustancial, sino una ineficacia de acuerdo al art. 271 de la ley 100 de 1993. Que no basta con la firma del formulario. Así mismo, que no se convalida la afiliación por traslados entre administradoras del RAIS. Que se debe devolver todo al estado original y la AFP Protección debe regresar todas las sumas que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración debidamente indexados. Que la acción de nulidad es imprescriptible.

8. Impugnación y límites del ad quem.

8.1 Recurso de apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que la Corte Suprema de Justicia le otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 93 y 692 del 94, en cuanto la voluntad plasmada en el formulario de afiliación, indica que la simple suscripción del formulario de afiliación, bajo la vigencia de las normas citadas y la información brindada por el asesor comercial del fondo son suficientes para afirmar que la afiliación fue válida y libre de vicios del consentimiento. Además, que, del interrogatorio de parte, no se extrae una razón válida por la cual deba declararse la nulidad o ineficacia del traslado.

8.2 Recurso de apelación AFP Protección S.A. Interpuso recurso de apelación, señalando que al devolver las cuotas de administración se está desconociendo el derecho existente a las restituciones mutuas, establecidas en el artículo 1746 del C.C. Que si las cosas vuelven al estado anterior no se hubieran generado tampoco los rendimientos. Que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones están permitidos y regulados por la Ley 100 del 93, artículo 20. Respecto a pagar la diferencia que llegara a resultar de la mesada pensional del demandante con el propio patrimonio de las AFP, constituye un perjuicio en contra de las

demandadas y concretamente de Protección. Que en el presente proceso no obra prueba ni siquiera sumaria, de un juramento estimatorio, no se probó un daño o un nexo causal con las actuaciones de las diferentes administradoras de pensiones y por la tanto no cabe esta indemnización de perjuicios, además que la jurisdicción laboral no es la encargada de fijar los mismos.

8.3. Recurso de apelación AFP Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación, argumentando que a partir del Decreto 2555 de 2010, se exige a los afiliados el deber de diligencia y cuidado de acudir a las AFP. Que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desconoce el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, en la cual establece que los jueces en sus providencias deben estar sometidos al imperio de la ley. Sin embargo, en la parte motiva de la sentencia, no existen argumentos de carácter jurídico y de carácter normativo que fundamenten las condenas que se imparten. Que en la sentencia se habla de una ineficacia en sentido estricto, sin embargo, la consecuencia jurídica es la de una nulidad sustancial. Que la ley 100 de 1993, establece que la consecuencia jurídica, de la ineficacia en sentido estricto es que la afiliación quedará sin efectos, no se menciona que los efectos se retrotraen a su estado original.

Respecto a los gastos administrativos indica que al ser obligaciones de tracto sucesivo no son susceptibles de restitución, que si se pretende dar las consecuencias del artículo 1746 del C.C. las restituciones son de carácter mutuas y no de carácter unilateral. Que si se le obliga a los fondos privados a restituir las cuotas de administración también se debe obligar al demandante a restituir los ejercicios financieros. Que los gastos de administración no hacen parte integral de los derechos pensionales, por lo que si opera la prescripción sobre este aspecto.

8.4. Recurso de apelación AFP Colfondos S.A. Interpuso recurso de apelación respecto al pago de la diferencia pensional, señala no es viable la solicitud de nulidad pretendida, como quiera que en la cuenta pensional se generaron rendimientos los cuales hacen parte del capital acumulado de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 de la ley 100 de 1993. Así mismo, señala que en la sentencia SU 062 del 2010, le impuso la obligación al ISS hoy Colpensiones, de informarle al afiliado cuál era la diferencia del valor de los aportes entre los dos regímenes, sobre el saldo a trasladar y acordar con este un plazo prudencial para que el interesado sea quien asuma la diferencia resultante. Que se declaró exequible el término de los 3 meses contemplados en la norma acusada, para que la persona pueda aportar voluntariamente los recursos adicionales en el evento en que el ahorro en el RAIS, sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiese permanecido en el RPMPD.

9. Alegatos de conclusión.

9.1. Alegatos Colpensiones. En su escrito refirió que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante al RAIS en el periodo 01 de 1996 a la AFP COLFONDOS, con traslado horizontal a las AFP PORVENIR Y PROTECCIÓN declarando consecuentemente que se encuentra afiliado al RPM y por lo tanto se tenga a COLPENSIONES como su aseguradora para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; toda vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación al fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN, siendo esta su actual administradora.

9.2. Alegatos AFP Porvenir S.A. Señaló que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del

consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz. Además, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR 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 y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios** : (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADAS hubieran omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Carlos Alberto Jiménez Espinel cotizó al ISS desde 11 de agosto de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 75), que el 12 de enero de 1996 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Colfondos S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 191). Posteriormente el 30 de mayo de 2002 se trasladó a la AFP Porvenir conforme aparece en el formulario de afiliación (fol. 234) y finalmente el 29 de agosto de 2008 se traslada a la AFP Protección (fol. 253).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 a 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP COLFONDOS, AFP PORVENIR S.A y la AFP PROTECCIÓN S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Carlos Alberto Jiménez Espinel**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que no es cierto, como lo señala la apoderada de COLPENSIONES que del interrogatorio de parte no se extrae una razón válida por la cual deba declararse la nulidad o ineficacia del traslado, pues en dicha diligencia el actor mencionó que no recibió la información oportuna y suficiente, que aunque se efectuaron reuniones generales en un auditorio, la información era general, que sólo se le explicó que se iba a pensionar con un salario del 70% o 80% del que estaba devengando y las ventajas el RAIS, pero sin dar una información detallada, lo cual no es suficiente en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las

obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP Colfondos S.A. Porvenir S.A. y Protección S.A. sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por los apoderados de PORVENIR y PROTECCIÓN, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Por otra parte, no procede la condena de pagar las diferencias que hubieren de resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD si fuere el caso, toda vez que la Corte ya determinó los valores que se deben reintegrar las AFP, los cuales fueron mencionados anteriormente.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la

administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Finalmente, se le debe indicar al apoderado de la AFP PORVENIR en torno al alcance del artículo 230 de la Constitución Política, que nuestra Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución (C-486-93)

Respecto al concepto de "imperio de la ley" contenido en el art. 230 constitucional, no se refiere únicamente a la acepción de ley en su sentido formal y las normas expedidas por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico dentro del cual se encuentra la jurisprudencia y los tratados internacionales, entre otros. (C-284-15 M.P. Mauricio González). A pesar de la afirmación relacionada con la connotación de criterio auxiliar del precedente judicial, debe señalarse que, por su avance significativo y su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas, se ha reconocido su fuerza vinculante en las decisiones judiciales, por tan razón, los jueces están en obligación de seguirlo o de ofrecer una carga argumentativa suficiente en caso de apartarse.

De igual manera, como se expuso en la sentencia C 836-01, la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia, se funda en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico, el respeto por garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades, como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces efectuar la igualdad material, supremacía de la Constitución, el debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante, como se expuso en sentencias C-621 de 2015 y T-109 de 2019. Siendo claro que esta Sala acoge en su integridad los argumentos expuestos por la CSJ para declarar la ineficacia del traslado al RAIS ante la falta de información al momento en que se efectuó el traslado.

Excepción de prescripción.

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y

SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles. Finalmente, es necesario señalarle al apoderado de la AFP COLFONDOS que en el presente caso no es posible aplicar los presupuestos de la sentencia de unificación 062 del 2010 de nuestra Corte Constitucional, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino de ineficacia del traslado por omisión en la falta de información.

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 PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 21 de enero del 2021 por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró nulo el traslado, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia apelada para en su lugar, **ORDENAR** a las AFP COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A, que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Carlos Alberto Jiménez Espinel de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

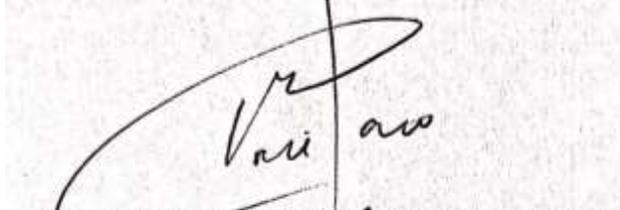
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: JORGE AUGUSTO BONILLA MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-33-2017-00789-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A.- COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo 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. IVAN DARIO BLANCO ROJAS, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1.Demanda. JORGE AUGUSTO BONILLA MORENO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, con el fin de que se declare la nulidad de traslado al RAIS. Como consecuencia, se condene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses de conformidad con el artículo 1746 C.C y con los rendimientos que se hubieren causado. Se condene a Colpensiones a afiliarse al demandante como si no hubiere existido el traslado a Porvenir S.A., se declare que el demandante siempre ha permanecido afiliado al RPMPD. Solicita se ordene a Colpensiones a reconocer al demandante, cuando adquiera las condiciones mínimas de edad y semanas cotizadas la pensión de vejez. Igualmente solicita se condene a lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el 23 de marzo de 1959; que desde el 16 de diciembre de 1981 viene prestando sus servicios al Banco de Bogotá; que desde su vinculación laboral hasta diciembre de 1999 efectuó aportes al otrora ISS, hoy Colpensiones; que se trasladó a la AFP Porvenir a partir de enero de 2000; que lo único que le informaron era que la edad de pensión la escogía él no tenía que esperar la edad que le exigía el RPM; que el fondo privado no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 39), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que el traslado del RPM al RAIS, se realizó con plena voluntad del cotizante, que por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar dicho traslado. Que la declaratoria de nulidad afecta de manera sustancial el fondo común del RPMPD. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica (fol. 40 y s.s.)

4. Contestación de Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que si se le brindó una asesoría integral acerca del funcionamiento, características y modos de pensión del RAIS. Que el acto de vinculación de traslado de régimen es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni se realizó bajo engaños ni medio de coacción alguna. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fol. 73 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de noviembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de traslado de RAIS realizada el 8 de noviembre del año 1999 con efectividad del 1 de enero de 2000. Declaró que el demandante, actualmente se encuentra afiliado en forma efectiva a la administradora del RPM Colpensiones. Ordenó a PORVENIR S.A. a realizar el traslado todos los dineros que estén en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración generadas durante el periodo de afiliación. Ordenó a la AFP Porvenir a pagar, de ser el caso, las diferencias que resultara entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM, los cuales serán asumidos a cargo de su propio patrimonio. Declaró no probadas las excepciones formulas. Conminó a Colpensiones y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS. Condenó en costas a la AFP Porvenir, tuvo por cancelados los gastos de peritaje, procedió a incluirlos en las costas del proceso.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ. Que la carga probatoria es de la AFP. Que no se aportó prueba de haberse brindado la información necesaria al demandante para que tomará una decisión debidamente informada. Que de los testimonios ninguno hace referencia, que se le haya especificado al demandante cuáles eran las consecuencias del traslado que tendría del RPM al RAIS. Que no es necesario que sea beneficiario del régimen de transición o la existencia de un derecho adquirido. Que no hay lugar a tener saneado una afiliación con el paso del tiempo. Que el a AFP debe reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisión. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1 Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A. Interpuso recurso de apelación, argumentado que la declaratoria de ineficacia que prevé el art. 271 de la ley 100 de 1993, exige una conducta dolosa y esta no fue probada en el proceso. Que el formulario de afiliación, no puede verse como un simple formato, si no que nace en cumplimiento de la Ley 100 de 1993. Que en el año 1999 en el momento que se generó el traslado de régimen la información se brindaba de forma verbal. Que no existe una tarifa probatoria, por lo que no es dable imponer cargas adicionales a las administradoras para la época del cambio de régimen. Que el asesor no podía prever ninguno perjuicio, porque desconocía el monto de las mesadas pensionales. Que el demandante como consumidor financiero, tenía el deber de informarse debidamente, que no solamente es obligación de las AFP.

En relación a los gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivencia, señaló que no hacen parte integral de la pensión, que al devolver este dinero se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Igualmente, que la Superintendencia ha indicado en los eventos que proceda la nulidad o ineficacia, entre los dineros que se deben retornar son los rendimientos y no los gastos de administración, ni de la prima previsional de seguro, toda vez que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Que no es dable dejar abierto el paso para que Colpensiones reclame algún tipo de perjuicio en contra de mi representada, debido a que el demandante actuó con negligencia más de 21 años.

6.2. Recurso de apelación COLPENSIONES Impugnó la decisión señalando que no se pueden realizar las proyecciones pensionales en este momento, dado que solamente a futuro se puede saber si se afecta o no la entidad, y si sus aportes realizados al RPM o en el RAIS alcanzan a cubrir la prestación que se vaya a reconocer al futuro, en la medida que si el demandante supera la expectativa de vida, llevaría un detrimento patrimonial a Colpensiones. Que no acoge la línea jurisprudencial de la CSJ para reinvertir la carga de la prueba en cabeza de la AFP, toda vez que eran casos totalmente diferentes. Que la línea jurisprudencial de la CSJ eran de afiliados que tenían una expectativa legítima, se encontraban en el régimen transición o estaban próximos al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento pensional. Que la firma del demandante en el formulario de afiliación fue de manera voluntaria. Que no se probó ningún vicio o falta de información al demandante.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Colpensiones. Refirió que la demandante no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, además, no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Agregó que le compete al aquí demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegado, no bastando para ello la simple afirmación del demandante; que se debe tener en cuenta que el RAIS y el RPM tienen diferente forma de distribución del aporte, dada a las características del mismo, ya que en el RPM se utiliza para financiar pensiones, sin mirar los riesgos que existen en el RAIS, por lo cual daría la utilización del aporte

conforme le conviene al régimen, van es detrimento patrimonial en caso de que la demandante regrese, genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo, desdibujando totalmente el Régimen de Prima Media.

Por último, señaló que en lo atinente a la prescripción y caducidad, se propuso como tal para que tenga todos los efectos de rigor, pero sin que signifique que al hecho se esté reconociendo obligación a cargo alguno del Colpensiones, pues opera el fenómeno de la prescripción de acuerdo a los artículos 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal del trabajo, por no haber sido reclamados los derechos que hoy se alegan dentro de la oportunidad allí establecida. Por otra parte, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durara cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES 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 y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia

bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Jorge Augusto Bonilla Moreno cotizó al ISS desde el 1 de noviembre de 1993 hasta el 30 de noviembre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por la Colpensiones (fol. 14) y que el 8 de noviembre de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Porvenir S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 84)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 - la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Jorge Augusto Bonilla Moreno**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima.

Respecto al problema jurídico relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que no le asiste razón a COLPENSIONES al señalar que no se puede aplicar la jurisprudencia de la CSJ, pues el demandante no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la

información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de la AFP Porvenir, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones. Lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado, siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP, los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte

Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

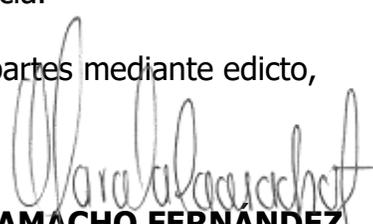
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre del 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

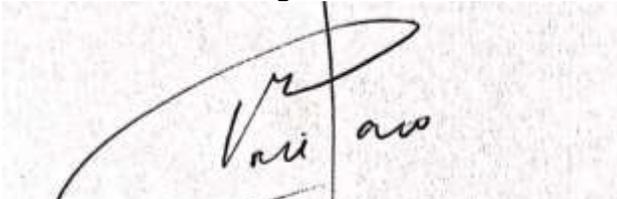
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: HUMBERTO VARGAS ANGEL
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-005-2019-00509-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo 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. Humberto Vargas Ángel instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS, con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante. Se condene a Colpensiones a aceptar la vinculación del demandante al RPMPD, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s. exp. digital).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante prestó sus servicios como empleado en varias entidades públicas del orden municipal, departamental y nacional desde el 6 de julio de 1977; que desde la fecha de vinculación laboral había realizado sus cotizaciones pensionales en el RPMPD; que el 1 de mayo del 1999, el director de Colfondos S.A. se acercó al demandante con el fin de que firmara el formulario de traslado al RAIS con Colfondos; que el asesor designado por Colfondos S.A. gestionó de manera engañosa el traslado al RAIS; que dentro del traslado efectuado por Colfondos S.A. no se produjo una manifestación libre y voluntaria; que el demandante desconocía la incidencia que dicha manifestación podría tener sobre sus derechos prestacionales; que desde la fecha de afiliación el demandante ha estado gestionando ante Colfondos S.A. el traslado a RPMPD; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 99 exp. digital), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y

sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Colfondos, ratificando su decisión de haberse trasladado de régimen pensional cuando permaneció dentro del régimen. Que el deber de información debe ser otorgado por la AFP, y no por Colpensiones, sin embargo, quien debe demostrar un eventual vicio del consentimiento dentro de la afiliación para que se declare la nulidad del traslado, recae en cabeza del demandante. Que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición dispuesta en el art. 2 de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el art. 48 de la Constitución Política adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción, innominada o genérica. (fol. 108 y s.s. exp. digital)

4. Contestación de Colfondos S.A. Dio respuesta señalando que se allana a las pretensiones de la demanda, en atención al artículo 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del CPT y de la SS. (fol. 185 y s.s. subsanación fol. 189 exp. digital)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de octubre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad de traslado de RAIS, aceptando el allanamiento propuesto por Colfondos S.A. Ordenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Sin condena en costas.

La decisión del Juez se basó en que al momento del traslado ya se encontraba vigente el Decreto 720 de 1994, el cual estableció el deber cualificado de información que debería suministrarse a todos los afiliados, en cuanto amplitud, oportunidad y suficiencia, aspectos que acepto Colfondos que no se le había brindado en su allanamiento.

6. Impugnación de COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que el demandante está inmerso en la prohibición legal establecida en el art. 2 de la Ley 797 del 2003 que le impide retornar al RPMPD. Que al recibir al demandante al RPMPD, se afecta la sostenibilidad financiera de este régimen y se descapitaliza el sistema de la seguridad social.

7. Alegatos Colpensiones. En su escrito refirió que dentro del proceso no se demostró ningún vicio del consentimiento que determinara la declaratoria de nulidad de traslado, en el entendido que el demandante manifestó que por voluntad propia suscribió y firmó el formulario de afiliación de su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así mismo, indicó que se evidencia de las pruebas allegadas y del interrogatorio de rendido por el demandante, que el mismo fue quien por voluntad propia decidió trasladarse de régimen pensional cuando suscribió y firmó formulario de afiliación, de ratificándose cuando ha permanecido dentro del régimen de ahorro individual por más de 15 años, subsanando cualquier error dentro de la afiliación.

Arguyó que no se puede recibirse al demandante en el Régimen de Prima Media, puesto que se está contrariando lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues el mismo, ya se encuentra inmerso en la prohibición que establece el artículo de la referencia. Insistiendo que, al momento de aceptar al demandante como afiliado al RPM, también se estaría afectando la estabilidad financiera del sistema, pues la

declaratoria de la nulidad que se busca es para que Colpensiones al momento de recibirlo, esta se le sea reconocida y pagada una pensión de vejez que le sea financiada por las personas que si han contribuido al régimen común y quienes han permanecido dentro del mismo, contrariando así el artículo 48 de la Constitución Política De Colombia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES 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 y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Humberto Vargas Ángel cotizó al ISS desde 6 de julio de 1977 hasta el 31 de marzo de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 125 exp. digital) y que el 3 de marzo de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 193 exp. digital)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PRIVADA, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Humberto Vargas Ángel**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Colfondos sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones en el que señala que no puede aceptarse el traslado porque el señor Humberto Vargas Ángel, se encuentra inmerso la prohibición del artículo 2 de la ley 797 del 2003, y le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

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 PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 14 de octubre del 2020 por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá,

que declaró nulo el traslado, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia apelada para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Humberto Vargas Ángel de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

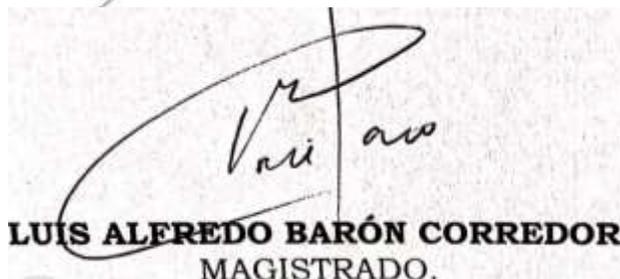
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: SONIA MELISSA FIGUEROA PORRAS
DEMANDADO: KBP INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. Y OTROS
RADICACIÓN: 29-2017-00283-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo 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. Sonia Melissa Figueroa Porras, instauró demanda ordinaria contra Kbp Ingeniería y Consultoría S.A.S., Intecom S.A.S., Luis Jorge Contreras Bohórquez y María Elcira Zamora, estos últimos en su calidad de socios en la construcción del proyecto Centro Comercial San Facón, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido el cual terminó sin justa causa el día 16 de junio de 2016. Como consecuencia de lo anterior, se dispusiera a su favor el pago de la prima de servicio, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, saldo de comisiones por las ventas efectuadas desde el año 2014 hasta el 2016, bonificaciones o incentivos por las ventas efectuadas por el mismo periodo y salarios de los meses de marzo a junio de 2016.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre la empresa Kbp Ingeniería y Consultoría S.A.S. y la demandante celebraron un contrato de trabajo verbal a término indefinido, para desempeñar el cargo de vendedora del proyecto centro comercial San Facón, devengado el salario mínimo mensual, más comisiones por las ventas, bonificaciones o incentivos por el cumplimiento de ventas.

Arguyó que inició sus labores el 1 de mayo de 2014, mismo día en que pactaron de manera verbal que las comisiones de las ventas estarían entre el 1% al 2.5%, bonificaciones por cumplimiento a las ventas de las metas del 1% sobre el valor de los inmuebles. Resaltó que su salario no se cancelaba en la forma pactada en tanto que se hacían mediante abonos mensuales; que la seguridad social nunca los pagos, aduciendo que estaban en proceso de organizar todo con la fiducia, para poder afiliar a todos los trabajadores.

Agregó que comenzó a exigir el pago de sus salarios y comisiones, sin embargo, el día 17 de noviembre del 2015, le hicieron firmar un contrato de corretaje, prometiéndole verbalmente que con la firma le podrían pagar los dineros que le adeudaban hasta ese

momento, entre eso, las prestaciones sociales y comisiones. Adujo que el 16 de junio de 2016, la citada empresa le termina de manera unilateral el contrato de corretaje, argumentando incumplimiento. Así mismo, le mencionan que le estarían pagando los porcentajes conforme a lo acordado. (fls. 76 a 95).

2. Contestaciones de la demandada.

2.1. Intecom SAS. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Sobre los supuestos fácticos refirió que para la fecha que señala la demandante, esto es, el 1 de mayo del 2014, no tuvo ninguna relación con el proyecto "Centro Comercial San Facón", vínculo que vino a establecerse a mediados de 2015, mediante un contrato de fideicomiso mercantil y otro de obra civil. En esa medida, arguyó que jamás ha recibido de la demandante exigencias de pagos de ningún tipo de retribuciones y menos ha suscrito contrato alguno con ésta. Por manera que desconoce la existencia de las deudas que alude. Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la relación laboral reclamada y mala fe de la demandante. (fol. 147 a 157)

2.2. Luis Jorge Contreras Bohórquez y María Elcira Zamora Camelo. En su contestación de demanda se opusieron a la prosperidad de pretensiones de esta, señalando sobre los supuestos facticos que nunca constituyeron una sociedad para la construcción del proyecto Centro Comercial San Facón y, por ende, tampoco nombraron a Kbp Ingeniería y Consultoría S.A.S. como representante de la misma, asegurando que desconocen en absoluto que dicha empresa haya celebrado algún contrato laboral con la demandante, ni las características o sus pormenores.

Manifestaron que jamás ha recibido de la demandante exigencias de pago de ningún tipo de retribuciones y menos han suscrito contrato alguno con esta; en esa medida también desconocen la existencia de las deudas que alude e ignora el tipo de vínculo contractual que tenía entre la citada empresa y la demandante. Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la relación laboral reclamada y mala fe de la demandante. (fol. 189 a 198 y 217 a 226)

2.3. KBP INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. Se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que entre las partes se celebró un contrato de corretaje del cual siempre tuvo conocimiento y así lo aceptó. En lo atinente a los supuestos de hecho arguyó que nunca celebró contrato verbal con la actora, en tanto que esta se interesó por el negocio y fue aquella quien aceptó comisionar por corretaje, además, le ayudaba a su esposo a atender un negocio propio de venta de ropa y venta de minutos y fue ahí donde se enteró que estaban buscando personas que ejercieran el corretaje para sacar adelante el proyecto.

Manifestó que la demandante no fue vendedora, en tanto que actuaba de manera independiente como corredora de bienes inmuebles, además, nunca le exigió el cumplimiento de horario, por la actividad propia que desarrolla, pues el objetivo del corretaje era que ella, acercará al proyecto a posibles interesados en comprar y para realizar esta intermediación no se requería cumplir horario, ni de ninguna subordinación; que se determinó como contraprestación, el pago del 1.5% sobre el valor de los inmuebles.

Agregó que, por la dinámica de este tipo de negociaciones, no se puede pagar una comisión completa hasta que no se verifique que efectivamente el cliente haya cumplido con la promesa de compraventa y posterior escrituración. En tal sentido, arguyó que siempre se le canceló las comisiones en tres partes; un 50% sesenta días después de

firmada la promesa de compraventa; 20% treinta días después de verificado el cumplimiento de la promesa y el 30% restante después de firmada la escritura de venta. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe y genérica. (fol. 310 a 324)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de marzo del 2019, en la que el fallador absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, condenando en costas procesales a la demandante. (CD fol. 335)

Limitó el problema jurídico a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que luego de referirse a las pruebas, al contenido de los artículos 22 a 24 del C.S.T. y 1340 del Código de Comercio y a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que se encuentra demostrada la prestación personal de la demandante en tanto que hubo intervención en el proceso de venta de los locales del centro comercial San Fason, además, hubo retribución por dicha actividad, llámese honorarios o salario. En tal virtud, indicó que surgió a su favor la presunción de subordinación que indica el artículo 24 del C.S.T., debiéndose a la parte demandada desvirtuar, presunción que encontró derruida como quiera que la actividad no estaba atada a ordenes, ni un horario y fue autónoma e independiente en la prestación de sus servicios de corretaje.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que la a quo no valoró las pruebas aportadas por la demandante, como es el acta del 30 de septiembre del 2014, donde se demuestra que le ordenaban cumplir ciertas funciones y le decían que si no asistía o no cumplía con las acciones de volanteo los días asignados prescindirían de sus servicios. Así mismo, refirió que, en acta del 27 octubre de 2015, le señalan cuales son los horarios para abrir y cerrar la sala de ventas, sitio donde debían hacerse los negocios y del cual se debía asegurar su apertura y cierre, por lo que cumplía un horario.

En ese sentido, arguyó que era claro que prestó una labor personal y que la señora Kely Yajaira aceptó haber contratado a la demandante, aunque alterará su versión; que la pasiva no aporta la liquidación donde se evidencia que si liquidó el contrato de trabajo que en efecto se suscribió por las partes. Además, que dentro de la audiencia de conciliación la parte pasiva aceptó deber y pagar \$17.000.000 como comisiones que se le debían, suma que no aceptó en tanto que dichos emolumentos abarcan \$100.000.000.

Agregó que inicialmente en el año 2014 ingresó bajo un contrato, cumpliendo el cargo de vendedora de unos locales, bodegas y parqueaderos, contratada por la empresa KBP Ingeniería y Consultoría S.A.S. en nombre y representación de las personas naturales, que posteriormente Intecom S.A.S. se integró, con el fin de hacer un centro comercial el cual promocionó y vendió la mayoría de las unidades habitacionales. Arguyó que se demostró que hubo subordinación, además, como quiera que ante el crecimiento de la venta que realizó, solicitó que dichos dineros fueran abonados a la fiducia que adquirió; anotando la razón del porque nunca pidió el pago de sus acreencias laborales.

Por último, mencionó que existen contratos laborales disfrazados de corretaje, situación que aconteció en el presente asunto, pues a partir del año 2014, prestó sus servicios laborales y posteriormente le hicieron firmar un contrato de corretaje, sin embargo, no hubo interrupción, puntualizando que en el plenario existe la liquidación de comisiones, que nunca le fueron canceladas. (CD fol. 335)

4. Alegatos parte demandante. Refirió que

5. Alegatos KBP INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. En su escrito solicitó confirmar la sentencia de primer grado como quiera no se logró probar la subordinación continua, pues el solo hecho de allegar al plenario actas de reuniones, consensuadas entre todos y cada uno de los corredores no implica que eran órdenes directas de la Gerencia, pues era la manera en la que quedaba plasmada la voluntad de los corredores para ejecutar de manera libre y voluntaria el objeto del contrato y la forma en que la empresa podía tener conocimiento de cómo iba la venta del proyecto. Concluyendo que En términos generales para que se dé la existencia del Contrato de Trabajo se debe probar todos los elementos como lo son la actividad personal, la subordinación y el salario como retribución del servicio, no solo uno.

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**:

- i. ¿Las sociedades Kbp Ingeniería y Consultoría S.A.S., Intecom S.A.S. y las personas naturales Luis Jorge Contreras Bohórquez y María Elcira Zamora fungieron como empleadores de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- ii. De ser afirmativa la respuesta, determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio.

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 la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el 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, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios de la señora Sonia Melissa Figueroa Porras a Kbp Ingeniería y Consultoría S.A.S., Intecom S.A.S., Luis Jorge Contreras Bohórquez y María Elcira Zamora, en tanto que las partes no cuestionaron las reflexiones de la Juez primigenia en torno a ello, aunado a que obra en el plenario contrato de corretaje celebrado entre la demandante y Kbp Ingeniería y Consultoría S.A.S. cuyo objeto tuvo como fin la venta total de los bienes inmuebles del proyecto inmobiliario Centro Comercial San Facon, que según cláusula primera hizo parte las demandadas en virtud de la celebración de contrato de fiducia mercantil, mediante la cual se constituyó el Patrimonio Autónomo denominado **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL SAN FACON – FIDUBOGOTÁ** (folios 28 a 33).

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de los codemandados, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, misma que fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario se acreditó que la actora desempeñó su labor desprovista de cualquier elemento subordinante, en tanto que el servicio contratado lo fue única y exclusivamente para prestar sus servicios en calidad de corredor, y en ese sentido, compartiendo los argumentos esbozados por la juez de primer grado para impartir absolución de las condenas a los codemandados.

Y es que en efecto, analizado el haz probatorio, tal y como lo advirtió el a quo, no solo la demandada allegó prueba que soportara su dicho, sino que existe material suficiente que da cuenta la inexistencia de subordinación y dependencia a la que estaba sujeto la actora, en la realización de sus labores, y que revelan que, entre las partes, se desarrolló un contrato de corretaje comercial y no que existió una verdadera relación de tipo laboral, conforme lo establecido en los artículos 22 y 23 del C.S.T.

Dentro de las pruebas recopiladas en primera instancia cobra especial relevancia las declaraciones de los señores Adelmo Parra, Johan Giovanni Parra Marroquín y Luis Tarcisio Vargas Gamba, quienes sostuvieron de manera espontánea y conteste que, la actora no se le imponían horarios, realizaba sus actividades de forma autónoma e independiente, y

laboraba sus propias comisiones de acuerdo con el tiempo que utilizará para realizar las ventas.

De lo anotado se sigue, como lo advirtió el juzgado, que entre las partes se gestó un contrato de corretaje por ventas, pues pese a que en principio la recurrente señala que no se valoró en debida forma el acta fecha el 30 de septiembre del 2014, en tanto que en esta se indicaba un horario a seguir de los vendedores para entregar los volantes del proyecto inmobiliario en venta, no obstante, dicho documento indica únicamente la nueva tabla de comisiones que iba ser manejaba entre los vendedores y la instrucción sobre la labor de volanteo, lo cual, los citados deponentes coincidieron en afirmar que aquella actividad no era exigencia de la empresa Kbp Ingeniería y Consultoría S.A.S., como quiera que el volanteo servía para efectos de ellos mismos de dar a conocer las ventas de los inmuebles que debía realizar por fuera de la Sala de ventas.

Además, que dichas labores ejecutadas correspondían a las de un agente mercantil, en tanto que se hacía de manera autónoma e independiente, al punto que todos fueron coherentes en afirmar que la actora tenía un local de venta de ropa y artículos deportivos que atendía al igual durante el transcurso del día. Insistieron estos que la empresa no coordinaba su salida ni entrada, no la llamaron a descargos ni se le realizó sanción alguna y que, si bien hubo llamado de atención el 8 de febrero del 2016, el señor Johan Giovanni Parra Marroquín, indicó que tuvo como fin que no entrará otras personas a excepción de los clientes del proyecto.

En este punto, considera oportuno la Sala señalar que, si bien hubo dos llamados de atención, ello por sí solo no demuestra la subordinación que predica la actora. De hecho, lo que allí se le recordó *"que la sala de ventas es uso exclusivo para ventas y atención de clientes del CENTRO COMERCIAL SAN FACON. Por tanto agradecemos que las visitas por otros motivos no se prolonguen por más de 20 minutos, de ser un caso que requiera más tiempo le solicitamos que se retire de la sala de ventas y atienda sus asuntos personales (...) y "que en su contrato en las OBLIGACIONES DEL CORREDOR (...) Lo anterior es porque en varias ocasiones se ha tenido conocimiento de comentario por parte suya de temas que no le competen en su labor y han sido comunicados a terceros y además sin tener la certeza y claridad de los temas que está comentando. Le recordamos que esto es motivo de anulación del contrato, por lo anterior sin tiene alguna observación, comentario y/o necesita alguna aclaración dirigirse directamente con su contratante."* (folios 34 y 37)

Por manera que la juzgadora de primer grado, no incurrió en ningún yerro como se le atribuye, además, por cuanto si bien la demandante reclamó que no hubiera valorado expresamente lo dicho en la conciliación llevada y fracasada por las partes, no significa que hubiere cometido un desatino. Por el contrario, a consideración de esta Colegiatura, su decisión se materializa en la línea reiterada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual *"En caso de resultar fallida la conciliación ninguna de las afirmaciones vertidas en el acta puede ser esgrimida como prueba de confesión de los hechos allí declarados por alguno de los intervinientes¹".*

Ahora, frente a lo alegado por la apelante referente a que la parte demandada no desconoció que debía a la parte demandante sus comisiones, ello lo fue así asegurando que fue producto del contrato de corretaje celebrado entre las partes, más no por virtud del contrato de trabajo que aduce la demandante. Por demás, es del caso precisar que según documental obrante a folios 35 y 38 del expediente, la demandante señaló que sus pagos de comisiones debían ser abonados a la cuota inicial del L.221, B.428 y P.237 del proyecto inmobiliario Centro Comercial San Faso, *"según lo acordado desde la firma de*

¹ CSJ SL, 26 may. 2000, rad. 13400, reiterada en la sentencias SL17032-2014 y SL4192 - 2020

las promesas de compraventa y de todas las comisiones que adquiriera a partir de la fecha y hasta la terminación de mi contrato”, al punto que “duro siete meses sin recibir ingresos en tanto que su objetivo fue realizar los abonos a las propiedades”, en tanto, que fue “su interés fue aprender la finca raíz”, según adujo del interrogatorio de parte practicado, luego lo cual denota su firme propósito de no solo ser agente corredora, sino también de ser inversionista del proyecto.

Por último, en torno al horario que aduce la demandante cumplió, ello solo quedó en simple afirmaciones y, por el contrario, de las declaraciones de los testimonios se puede extraer que la actora no tenía que cumplir horario, pues su estaba atada a su autonomía e independencia. Además, cabe recordar que el cumplimiento de horarios no es por sí solo una prueba de subordinación, tal como ha dicho también el alto tribunal de la especialidad laboral, precisamente en sentencias SL11661-2015, SL8434-2014 y SL14481-2014.

Las razones expuestas en precedencia permiten concluir que, si bien no fue objeto de discusión que la trabajadora prestó sus servicios a la encartada y, por ende, a su favor se le atribuyó la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., lo cierto es que, contrario a lo dicho por la activa, los servicios los prestó a la pasiva estuvieron desprovistas del elemento de subordinación, además, si bien dentro del proceso obra actas de reuniones que algunas se señalan un horario a cumplir por la trabajadora, no por ello desdibuja automáticamente la naturaleza del vínculo comercial que suscito entre las partes, en tanto que ello es solo una coordinación de los contratantes, que buscan el mismo objetivo de dar cumplimiento al contrato de corretaje.

En ese sentido, en nada se reprocha la decisión que tomó el a quo, por manera que al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena solicitada al no hallarse probados los elementos del contrato de trabajo con la pasiva, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

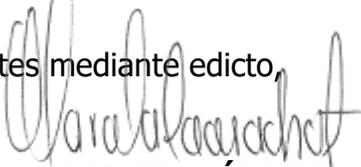
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

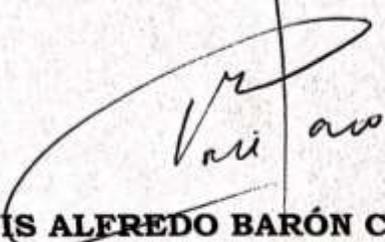
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de marzo del 2019, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$350.000 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 ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: HUGO HERNÁN HERRERA JUTINICO
DEMANDADO: CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-18-2018-00232-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

Bogotá D.C, veinticinco (25) de marzo 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. Hugo Hernán Herrera Jutinico instauró demanda ordinaria contra CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A. con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de diciembre del 2007 al 7 de junio del 2017, el cual se dio por terminado sin justa causa. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar una diferencia salarial, las cesantías, la sanción por no consignación de cesantías, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se vinculó laboralmente con la empresa SEMALCO LTDA mediante un contrato de trabajo a término indefinido el 10 de diciembre del 2007 para desempeñar el cargo de ayudante de bombeo; que el salario inicialmente pactado fue la suma de \$585.000 más adicionales por metro cubico bombeado; que cumplía un horario de trabajo; que posteriormente fue ascendido al cargo de operador de estacionaria y comenzó a devengar la suma de \$720.800 y variables por metro cúbico por bombeo; que en el año 2013 se le asignó un salario de \$1'312.500 más variable por metro cúbico por bombeo; que el 1° de marzo del 2014 se le informó la sustitución patronal entre SEMALCO LTDA y CEMEX PREMEZCLADOS COLOMBIA S.A.; que su nuevo empleador le redujo su salario base a la suma de \$772.147 sin ninguna justificación; que presentó reclamación frente a la disminución de su salario y que a partir de allí la empresa comenzó una persecución en su contra; que en los 10 años nunca recibió llamados de atención; que el 3 de mayo del 2017 el demandante se dirigió a cumplir una orden de la empresa para la entrega de concreto para la fundición de unas columnas en el piso 9° de una obra ubicada en la calle 74 con 13 y fundir una escalera en el primer y segundo piso de la misma obra; que siendo las 12 del medio día cuando el accionante llegó a la obra con el carro bomba

de transporte del concreto en compañía del ayudante de bombeo, el Ingeniero residente de la obra el señor Hugo García le manifestó que se tenía que variar el desarrollo de las obras a fundir, a lo cual el actor le manifestó que no se podía por condiciones del clima y porque el piso estaba resbaloso; que eran peligrosos esos cambios; que trató de llamar al coordinador de bombeo sin obtener ningún resultado; que el ingeniero residente comenzó a tratarlo de forma descortés y soez manifestándoles que no fueran "huevones", afirmó ser él quien mandaba en la obra; que el Ingeniero procedió a grabarlo y a colocarle el celular en su cara, frente a lo cual le solicitó respetuosamente que se comunicara con la empresa porque él sólo estaba cumpliendo órdenes; que el Ingeniero siguió con su proceder irrespetuoso, por lo que procedió a quitarle el celular con el que lo estaba grabando.

Indica que el 19 de mayo del 2017 fue llamado a rendir descargos y que el 7 de junio del 2017 se le dio por terminado su contrato de trabajo.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda aceptando la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y los extremos del mismo. Señaló que se opone a las demás pretensiones de la demanda por cuanto el contrato de trabajo terminó con justa causa imputable al entonces trabajador, debido a que el día 3 de mayo del 2017 el accionante incumplió de forma grave sus obligaciones como empleado de la compañía e incurrió en diferentes conductas establecidas en el art. 62 del CST, al faltarle el respeto a un cliente, en específico al Ingeniero residente de la obra Idime, ya que en repetidas ocasiones le arrebató el celular para evitar que el Ingeniero pusiera en conocimiento de Cemex una situación propia de la operación y de la obra en cuestión. Hechos que se ven agravados al constituir dicha actuación una afectación directa de la reputación y de la imagen de la compañía ante el cliente. Que la actuación del trabajador constituyó una falta grave a sus obligaciones. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, buena fe, pago, prescripción y compensación. (fol. 60 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de mayo del 2019, en la que el fallador de primera declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de diciembre del 2007 al 7 de junio del 2017, dentro del cual desempeñó como último cargo el de ayudante de bombeo. Condenó a la demandada a pagar al actor la suma de \$11'445.423,62 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 172)

Su decisión en lo que interesa al recurso se basó en que el accionante logró probar el despido, por lo que le correspondía al empleador demostrar la justa causa alegada en la carta de terminación del contrato de trabajo. Como motivo para darle por terminado el contrato de trabajo señaló que el trabajador incumplió gravemente con sus obligaciones al faltarle el respeto al Ingeniero de obra, pues le arrebató en repetidas ocasiones el celular para evitar que registrara la conducta grosera que adoptó por la solicitud de cambio de pedido.

Señala el fallador de primera instancia que echa de menos el informe del cliente a pesar de que la parte pasiva manifiesta que hace parte de la carta de terminación del contrato de trabajo, para poder establecer con plena certeza cual era crítica o la inconformidad del cliente.

Indica que el testigo Rubén Valbuena Castillo quien estuvo presente en la discusión entre el actor y el residente de obra, señaló que el demandante no fue en ningún

momento grosero, ni tampoco empleo palabras soeces en contra de dicho ingeniero. Que el accionante le quitó el celular al Ingeniero, pero que nunca tuvo una actitud grosera en contra del residente de obra.

Señala que la causal contemplada en el art. 62 del CST que permite dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa ante los malos tratamientos hace referencia a que estos sean en contra del empleador, lo cual no ocurrió en el presente caso. Que en ningún lado dice que sea causa grave un mal tratamiento contra un cliente. Afirma que no se considera que el actuar del demandante constituya una falta grave para entender que su contrato terminó con justa causa, por lo que se le condena a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandada. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandada manifestó que no se tuvo en cuenta la confesión dada en el interrogatorio de parte por parte del aquí demandante, en la cual él de manera enfática reconoció dos situaciones de hecho, en primer lugar que si arrebató o quitó el celular del residente de obra y en segundo lugar, que dentro de sus funciones y principales actividades como trabajador de la compañía, esto es, como conductor estacionario estaba ser la imagen de la organización de cara al cliente.

Que cometió una grosería por haber retirado o quitado el celular del residente de obra quien es un cliente de la organización. Que la grosería se define no solo por el maltrato verbal, sino también según la RAE por la descortesía, falta grande de atención y respeto, tosquedad, falta de finura y primor en el trabajo de manos.

Que resulta factible catalogar el hecho de retirar sin autorización alguna o de quitar sin permiso a una persona un celular de su propiedad como un acto de grosería, por eso es que la organización en el momento en el cual le comunica la decisión de terminarle el contrato de trabajo, ata directamente el hecho de la grosería a la situación o accionar en el cual incurrió el demandante.

Que con la misma confesión dada por el demandante en el interrogatorio de parte y adicional a esto con lo expuesto por él en la diligencia de descargos, donde, aunque no reconoció haber sido grosero, si reconoce haber arrebatado o haber quitado el celular a uno de sus clientes es que se materializa y se demuestra la conducta objeto de reproche.

Señala que la interpretación del numeral segundo del literal a) del artículo 62, no puede ser restrictiva y debe analizarse de la mano con el estado actual de las cosas, la globalización, la tercerización y demás figuras que actualmente son permitidas. Que de esa manera dentro de los sujetos a los cuales está dirigida la conducta objeto de reproche, estatuida en el numeral segundo también debe contener precisamente por la necesidad de analizar la norma en el estado actual de las cosas, cualquier maltrato o irrespeto o grosería dirigida hacia un trabajador de la empresa, contratista o contratante, en este caso quién sin duda teniendo en cuenta la tercerización y la legalidad de la misma hace parte de la ejecución de las relaciones laborales actualmente. Como consecuencias es claro que estando demostrado precisamente la comisión de la conducta, esto es haberle tirado el celular, segundo que dicha conducta incluso fue reconocida como grave por el mismo demandante, porque este reconoció que dentro de sus funciones estaba ser la imagen del cliente.

Que cumplió con la carga de la prueba que le correspondía, de demostrar el supuesto de hecho y que la conducta era grave y además que se adecuaba a uno de los numerales establecidos en el artículo 62, por lo que solicita revocar la condena impuesta.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito consideró que el fallo proferido por el A Quo se encuentra ajustado a derecho y acorde con los hechos y pruebas arrimadas al proceso; solicitando confirmar la sentencia motivo de apelación para que de esta forma impere la ley, la justicia y la equidad.

5.2. Parte demandada. Refirió que la justa causa en la que incurrió el entonces trabajador para finalizar su contrato fue la falta de respeto por parte del mismo hacia uno de nuestros clientes, a quien en repetidas ocasiones arrebató el celular buscando impedir que este realizara los reportes que considerara pertinentes y necesarios. Comportamientos que generan una afectación reputacional de la compañía y además son considerados como actos violentos o de grave indisciplina hacia terceros que hacen parte de la cadena de producción y comercial del empleador; conductas que se encuentran enmarcadas en los artículos 58 y 62 del CST, y adicionalmente generaron pérdidas económicas a la compañía al impactar directamente la imagen reputacional de la misma.

Agregó que el mismo empleado reconoce los hechos que conllevaron a su desvinculación, como lo fue haber faltado al respeto a uno de nuestros clientes al retirarle sin autorización su celular con el fin de impedir que este realizara sus funciones, situación que además no puso de presente al empleador de manera oportuna.

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 el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: ¿La demandada logró probar que el contrato de trabajo del actor se terminó con justa causa?

Contrato de trabajo y sus extremos

No se discute en esta instancia, que entre el señor Hugo Hernán Herrera Jutinico y la empresa CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de diciembre de 2007 y el 7 de junio de 2017, lo cual fue aceptado por la demandada desde la contestación de la demanda, y se corrobora con el contrato de trabajo celebrado entre las partes (fol. 12), certificaciones laborales (fol. 21 y s.s.), la liquidación definitiva del contrato (fol. 112) y la carta de terminación del contrato (fol. 27 y s.s.)

Terminación del contrato de trabajo

Sea lo primero indicar, que el parágrafo del art. 62-63 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, y que posteriormente no se pueden alegar válidamente causales o motivos distintos. Artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C 594 de 1997, advirtiendo que al indicar la causal o motivo en que se fundamenta la decisión de terminar el contrato, no resulta suficiente con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

El numeral 8º literal b) del art. 62-63 CST establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo *"Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos"*.

Frente a lo anterior, nuestra CSJ ha tenido la oportunidad de referirse, entre otras, en la sentencia SL 2457-2018 reiterada en la sentencia SL 411-2019, en la que señaló:

"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del falador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:

Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

Es indudable que en el numeral 6º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...

'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y

prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...'

Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal" (Subraya la Sala).

Caso en concreto

En el presente caso, a folio 27 y s.s. aparece escrito dirigido al accionante en el que la empresa demandada le da por terminado su contrato de trabajo, de la siguiente manera:

"Una vez estudiados (i) la gravedad de los hechos que constituyen los incumplimientos; y, (ii) las respuestas a la diligencia de descargos, así como las pruebas, consideramos que es procedente terminar el contrato de trabajo con justa causa.

Lo anterior, teniendo en cuenta que con su conducta, usted incumplió gravemente sus obligaciones legales y contractuales, y las instrucciones para la prestación del servicio, al faltar gravemente al respecto (sic) al ingeniero residente de un cliente, durante el desarrollo de su jornada laboral, y arrebatarle en repetidas ocasiones el celular con el cual estaba registrando la conducta grosera que Usted desplegó en contra de su integridad ante la solicitud de cambio del pedido.

En tal sentido, ninguno de sus argumentos resulta válido para justificar su conducta, la cual es muy grave y va en contra de los principios fundamentales de la empresa y genera un grave perjuicio reputacional y comercial ante el cliente.

*Teniendo en cuenta que Usted ejerció su derecho de defensa el 19 de mayo de 2017, sin que aportara pruebas o razones que justifiquen su conducta, es claro que **incurrió en una falta grave de sus obligaciones laborales**, que amerita la terminación con justa causa de su contrato laboral.*

*Por todo lo descrito, es claro que su conducta se configura en una falta grave a sus obligaciones laborales que justifica la terminación con justa causa de su contrato laboral, de acuerdo con lo contemplado en el **numeral 2º, 4º y 6º, ordinal "a" del artículo 62 del CST**, en concordancia con el reglamento interno de trabajo y demás políticas que rigen la relación laboral.*

La presente decisión queda en firme y es efectiva desde su notificación, sin embargo y solo en el efecto devolutivo, le informamos que si no está de acuerdo con la misma, podrá pedir su revisión en los siguientes dos (2) días hábiles, ante el señor Ramiro Adrián García – Director de Recursos Humanos (e), exponiendo sus argumentos de forma escrita y allegando los soportes que pretenda hacer valer como soporte de su inconformidad.

Sírvase pasar al departamento de nómina de la empresa para el pago de la liquidación final de acreencias laborales y soportes de los últimos pagos de nómina y seguridad social.”.

De la documental anterior se infiere que, la conducta alegada por el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo fue el hecho que el actor le faltara gravemente al respeto al ingeniero residente de un cliente, durante el desarrollo de su jornada laboral al arrebatarle en repetidas ocasiones el celular.

Al respecto, se encuentra probado que el actor tomó sin autorización del residente de obra su celular cuando estaba siendo grabado, pues así lo confesó al absolver su interrogatorio de parte, sin embargo, dicha conducta no puede ser analizada de manera aislada, ya que su adecuación al texto legal no puede limitarse a su significación meramente objetiva, puesto que como ha referido nuestra Sala Laboral de la CSJ en innumerables providencias, todo comportamiento humano es complejo en motivaciones y causas, cuya averiguación a veces pone al descubierto que la aparente protervia de una actitud, esconde motivos de variada índole que le quitan tal connotación, por ello resulta necesario revisar las circunstancias en las cuales se desarrollaron los hechos.

En esta dirección, debemos valorar la declaración del señor **Rubén Darío Valbuena Castillo** único testigo presencial traído al proceso, quien señaló que era el encargado de recibirle el turno al actor. Este deponente afirma que llegó más o menos entre 1:30 p.m. y 1:45 p.m. a la obra y que en ese momento se presentó un inconveniente con el Ingeniero de la obra; manifestó que el accionante ya tenía armada una “fundida” en un piso octavo y el ingeniero dijo que había que hacer primero una para el piso primero o segundo, pero que el problema era que ya venía en camino el concreto y para que éste funcione hay un tiempo determinado, por lo que fue necesario que se comunicaran con el visitador de la obra, quien les señaló que debían desarmar y armar nuevamente conforme lo indicado por el Ingeniero. Indicó que el Ingeniero comenzó a decir que él era el dueño de la obra y era quien tomaba las decisiones, procediendo a tomar fotos y a efectuar grabación.

Dijo que hubo una discusión verbal entre el promotor del litigio y el Ingeniero; que el señor Herrera no dijo palabras groseras ni soeces, pero que el Ingeniero si las decía; que el señor Herrera le “rapó” el celular al Ingeniero y le manifestó que no tenía derecho a grabarlo, ni a tomarle fotos.

En este punto es necesario precisar que, la parte pasiva pretende que se declare que el contrato de trabajo terminó con justa causa alegando estar demostrada la conducta endilgada, la cual constituía una falta grave.

Al revisar el contrato de trabajo y el reglamento interno de trabajo no se observa que las partes hubiesen catalogado como **falta grave** la conducta inculpada al trabajador, por lo que dicha conducta debe ser calificada por esta Corporación para determinar si constituye o no una falta grave de las obligaciones por parte del trabajador, pues no es cierto como lo señala el apelante, que el trabajador haya aceptado que su conducta constituía una falta grave.

Aclarado lo anterior, se resalta que la conducta que se revisa no se adecua a los numerales 2° y 4° del literal a) del art. 62 del CST como equivocadamente lo pretende la parte pasiva, pues en ningún momento el accionante incurrió en un acto de violencia, malos tratamientos o grave indisciplina contra su patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo, ni tampoco causó un daño material intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias, materias primas relacionadas con su trabajo, ni incurrió en una grave negligencia que haya puesto en peligro en la seguridad de las personas o cosas. La conducta entonces debe ser revisada a la luz del numeral 6° que hace referencia a cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador.

Al revisar las pruebas allegadas al proceso, encontramos que efectivamente el actor le quitó de las manos el celular al Ingeniero residente de obra quien lo estaba grabando, sin embargo, como lo dice el testigo precitado, el Ingeniero estaba siendo grosero con el señor Herrera y lo estaba provocando al decirle que era él quien mandaba y que ahí se hacía únicamente lo que él decía, sin escuchar las razones por las cuales el actor se negaba a cumplir sus órdenes.

Ahora, si bien la Sala considera que el trabajador incurrió en una falta al haber tomado el celular del Ingeniero residente de la obra sin su autorización para no ser grabado, lo cierto es, que ésta conducta no puede ser catalogada como falta grave de sus obligaciones contractuales y reglamentarias, pues nótese que no se tiene ninguna queja frente a la labor contratada y desarrollada por el señor Herrera durante casi 10 años; no existe evidencia que se le hubiere enrostrado alguna clase de falta e impuesta una sanción por un comportamiento parecido, por ende, tampoco se prueba que se trate de una conducta sistemática o persistente. Adicionalmente, no se evidencia que el accionante haya tenido algún otro inconveniente con un cliente, compañero de trabajo o superior durante su relación laboral; por el contrario, lo que se observa es que el señor Herrera al sentirse atacado por el Ingeniero residente quien estaba siendo grosero con él y lo estaba grabando, le quitó el celular para que dejara de hacerlo.

En esas condiciones, la facultad subordinante del empleador no puede llegar al extremo de pretender la obsecuencia del trabajador de suerte que éste deba guardar silencio o mostrarse pusilánime frente a cualquier requerimiento, mucho más cuando el reclamo se presenta de manera descortés, impregnado de insultos y palabras soeces que afectan la dignidad del trabajador, permitir lo contrario, sería ir en contra de la realidad procesal, la naturaleza humana y la desprotección de la parte débil de la relación laboral (CSJ- Rad. 20721 de 2004).

Por tanto, al no tenerse la conducta cometida por el actor como una falta grave de sus obligaciones contractuales y reglamentarias, es claro que acertó el A quo al señalar que el contrato de trabajo del señor Herrera había finalizado sin justa causa, lo que le da derecho al reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa.

Virtud de lo dicho se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

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 23 de mayo del 2019, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandado. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$850.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

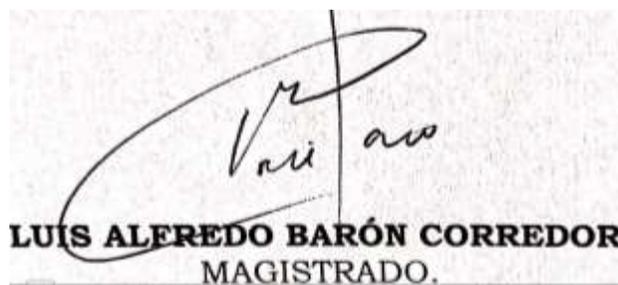
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



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*