



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BLANCA INÉS GONZÁLEZ SILVA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-25-2015-00695-01
ASUNTO: CONSULTA EN FAVOR DEMANDANTE
TEMA: PENSIÓN DE VEJEZ -RETROACTIVO

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 el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Blanca Inés González Silva instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se le condene a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez a partir del 2 de septiembre del 2011 hasta el 31 de agosto del 2014, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los incrementos de ley, los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 1° de julio de 1955; que laboró en el HOSPITAL SAN JOSÉ DE NEIRA (CALDAS) entre el año 1974 al 31 de agosto del 2014; que solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez; que mediante la Resolución N° 0476 del 9 de febrero del 2012 le fue reconocida una pensión de vejez por cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990; que en la Resolución se manifestó que los tiempos públicos laborados en el HOSPITAL no serían tenidos en cuenta, pues sólo se tendrían en cuenta las cotizaciones realizadas a Colpensiones; que mediante la Resolución GNR 334740 del 3 de diciembre del 2013 se reliquidó su pensión y se le señaló que al igual que en la anterior resolución el disfrute de su pensión quedaba condicionada a la desvinculación laboral; que se

desvinculó del HOSPITAL SAN JOSÉ DE NEIRA el 31 de agosto del 2014 y la pensión le fue reconocida desde el 1° de septiembre del 2014; que la pensión fue reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; que en la Resolución GNR 334740 del 3 de diciembre del 2013 claramente se establece que el status de pensionada lo adquirió desde el 1° de julio del 2010; que solicitó el pago del retroactivo, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 44), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que las actuaciones de dicha entidad se acogen a lo establecido en la normatividad vigente además la parte actora no cumple con los requisitos establecidos en la ley para ser acreedor del derecho solicitado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en cosas, falta de título y causa y solicitud de reconocimiento oficioso de otras excepciones. (fol. 81 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de julio del 2020, en la que el fallador de primera instancia resolvió absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 96)

La decisión del Juez se basó en que no hay lugar a reconocer el retroactivo solicitado como quiera que el actor laboró hasta el 31 de agosto del 2014, por lo que su desafiliación se entiende a partir de ese día y por tanto, acertó el fallador de primera instancia al reconocer el disfrute de la pensión a partir del 1° de septiembre del 2014.

5. Impugnación y límites del ad quem. La demandante no presentó recurso de apelación, por lo que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

6. Alegatos Colpensiones. Señaló básicamente que no puede accederse a las pretensiones de la demanda, como quiera que no demostró la desafiliación del sistema para el año 2011.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la demandante de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS, la Sala advierte que **el problema jurídico a resolver consiste en determinar:** ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague su pensión de vejez a partir del 2 de septiembre del 2011?

Status de pensionada

El estatus de pensionada de la señora Blanca Inés González Silva se encuentra probado con la Resolución N° 0476 del 8 de febrero del 2012, en la que el ISS hoy Colpensiones le reconoce una pensión de vejez y en la cual se señaló que quedaba en suspenso su ingreso a nómina hasta que acreditara en debida forma el retiro del servicio **o la desafiliación del sistema.** (fl. 9)

Igualmente, aparece que Colpensiones le reliquidó a la promotora del juicio su mesada pensional mediante la Resolución GNR N° 334740 del 3 de diciembre del 2013. (fl. 15 y s.s.)

Y finalmente, aparece que mediante la Resolución SUB 90849 del 7 de junio del 2017 se le reliquidó su pensión de vejez y que fue incluida en nómina a partir del 2 de agosto del 2014. (fl. 89)

Disfrute de la pensión

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión; lo cual es diferente a la causación que se consolida cuando el afiliado cumple con los requisitos para acceder a una pensión.

En los casos en que no aparece la novedad de retiro, la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que, aunque no obre el acto de desafiliación, siempre y cuando el afiliado haya cumplido con los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, puede acudir a cualquier medio de prueba que demuestre la intención del afiliado de no volver a cotizar para acceder a la prestación pensional. (Sentencia H. Corte Suprema de Justicia SL 12863-2017)

En el presente caso, la demandante solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez el 2 de mayo del 2011, la cual le fue concedida mediante la Resolución N° 0476 del 8 de febrero del 2012, por ser beneficiaria del régimen de transición y cumplir con los requisitos del Decreto 758 de 1990 y contar con **1575 semanas**. En dicha Resolución se señaló que *"...los tiempos públicos laborados al HOSPITAL SAN JOSÉ, no son tenidos en cuenta para efectos de la liquidación de la prestación, por cuanto sólo se tuvieron en cuenta las cotizaciones efectuadas al ISS en virtud del Decreto 758 de 1990"*.

Posteriormente, Colpensiones expidió la Resolución GNR 334740 del 3 de diciembre del 2013 en la cual ordenó reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta **1971 semanas** y señaló *"Que en aplicación al principio de favorabilidad se otorgará la pensión bajo el régimen contemplado en el Decreto 758 de 1990, solo con semanas cotizadas a COLPENSIONES y con respecto al tiempo público no cotizado a COLPENSIONES se solicitara el traslado de aportes a la entidad pública respectiva, de acuerdo al artículo 17 de la Ley 549 de 1999, con el fin de financiar la pensión concedida."*

Finalmente, Colpensiones mediante la Resolución SUB 90849 del 7 de junio del 2017 reliquidó nuevamente la pensión de la señora Blanca Inés González Silva teniendo en cuenta para ello **2059 semanas**, las cuales correspondían a las semanas cotizadas a Colpensiones por el empleador HOSPITAL SAN JOSE NEIRA del 1° de julio de 1974 al 1° de agosto del 2014.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que la última cotización efectuada a Colpensiones en favor de la promotora del juicio se dio para el día **1° de agosto del 2014**; fecha para la cual aparece la novedad de retiro en su historia laboral allegada en el expediente administrativo visible a fl. 75 y coincide con la fecha en que le fue aceptada su renuncia en el HOSPITAL SAN JOSE, es claro que acertó Colpensiones al establecer que la pensión de la señora González Silva debía reconocerse a partir del 2 de agosto del 2014, día siguiente a la desafiliación del sistema.

Por consiguiente, no hay lugar a reconocer la pensión desde el 2 de septiembre del 2011 como lo pretende el accionante; razón por la cual se confirma la absolución impartida 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 22 de julio del 2020 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

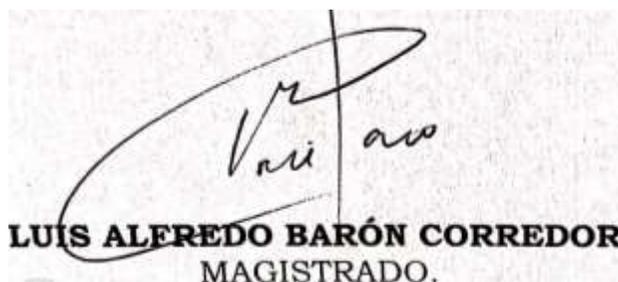
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DARIO LONDOÑO TRUJILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-26-2018-00540-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN
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 el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. FRANCISCO JOSÉ MOLANO ACHURY como apoderado sustituto de la AFP COLFONDOS, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Darío Londoño Trujillo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones la AFP PROTECCIÓN y la AFP PORVENIR con el fin de que se declare la **nulidad** del traslado al RAIS por existir vicios del consentimiento por haberse realizado de forma engañosa y sin asesoría suficiente, adecuada y oportuna por parte de la AFP PROTECCIÓN. Que se declare la nulidad del traslado horizontal que realizó el demandante a la AFP PORVENIR. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR que traslade a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó el demandante al RAIS; que se declare que COLPENSIONES debe recibir de la AFP PORVENIR todos los aportes y actualizar la historia laboral del demandante, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. y fol. 99 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 11 de febrero de 1963; que se afilió por primera vez al RPMPD en el ISS el 10 de febrero de 1987; que el 13 de marzo de 1998 suscribió afiliación a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN; que nunca se le brindó ninguna asesoría; que el 30 de octubre del 2003 se trasladó a la AFP PORVENIR; que ni antes, ni después del traslado recibió asesorías por parte de las AFP privadas; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 163), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A.. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el traslado del demandante al RAIS es un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la genérica. (fol. 109 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación del demandante hasta el momento tiene plena validez y que no es procedente el traslado pues se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe. (fol. 164 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PORVENIR. Efectuó respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003. Indica que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Que siempre le garantizó el derecho de retracto del cual no hizo uso el demandante. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fol. 191 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de enero del 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS a partir de 1998 y condenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES aceptar el traslado y a contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS en su historia laboral. (CD fol. 223)

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria esta en cabeza de la AFP privada. Que la AFP PROTECCION no demostró haber brindado la información necesaria al demandante al momento del traslado. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR. Interpuso recurso de apelación manifestando que no conoció las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó el traslado de la demandante a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN. Que el demandante hizo un traslado horizontal en el año 2003 donde se le brindó toda la información requerida. Que la ineficacia exige conductas dolosas. Que no se puede condenar a la devolución de los gastos de administración, pues se estaría desconociendo que en el RPMPD también se destina un porcentaje a gastos de administración y que dicha suma no hace parte del capital de la pensión, por lo que si se le debe aplicar la prescripción. Que la Superintendencia Financiera dice que en los casos de nulidad e ineficacia no se deben devolver ni los gastos de administración ni las sumas descontadas por seguros previsionales. Que si el actor realizó un traslado horizontal es porque conocía el funcionamiento del RAIS.

6.2. Recurso de apelación AFP PROTECCIÓN. Inconforme con la decisión del fallador de primera instancia impugnó la sentencia señalando que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues se probó que se generaron unos rendimientos producto de la buena gestión de la AFP. Que se está desconociendo el derecho a las restituciones mutuas conforme se consagra en la Ley 100 de 1993. Que los gastos de administración son un descuento que está autorizado en la Ley 100 de 1993 y que también se hace en el RPMPD.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos AFP COLFONDOS. Indica que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por lo que no cumple con los requisitos establecidos en las sentencias SU 062 del 2010 y SU 130 del 2013. Que se encuentra inmerso el accionante en la prohibición establecida en la Ley 100 de 1993 de no poder trasladarse cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez. Que no se evidencia un error en la afiliación.

7.2. Alegatos AFP PROTECCIÓN. Señala que la comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados en la Ley (L 100 de 1993 art. 20 modificado por el art. 7 Ley 797 de 2003) que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones. Que obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados. Que con la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que tiene derecho a conservar la comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

7.3. Alegatos AFP PORVENIR. Afirma 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 es eficaz. Que no se puede desconocer que Porvenir S.A siempre le garantizó el derecho de retracto. Que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para él relevantes que ahora hecha de menos, pese a los diferentes canales de atención con que contaba PORVENIR S.A., lo que denota negligencia de su parte y que ahora pretende sanear a través del proceso que adelanta, con el argumento de que no se le dio la información necesaria. Que en caso de establecer que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es "*el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)*", lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

7.4. Alegatos COLPENSIONES. Manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante el señor **DARIO LONDOÑO TRUJILLO** y la AFP PORVENIR S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

7.5. Alegatos demandante. Aduce que las AFP, como entidades del sector financiero, han tenido desde siempre la obligación de informar de manera clara, comprensible, adecuada, oportuna, verdadera y suficiente, sobre los productos y servicios que ofrecen, pero en el caso que nos ocupa, esa obligación brilló por su ausencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN 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) ¿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? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La ineficacia del traslado se sana con el traslado entre las AFP del RAIS?; (iv) ¿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 en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta información al momento del traslado, lo cierto es, que como acertadamente lo entendió la falladora de primera instancia, el 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 **Darío Londoño Trujillo** cotizó al ISS desde el 10 de febrero de 1987 al 31 de marzo de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 173); y que se trasladó a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN el día 17 de marzo de 1998 y posteriormente, a la AFP PORVENIR el 30 de octubre del 2003, como aparece en los formularios de afiliación a dichas entidades. (fl. 31 y 216).

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 objeto de alzada por ninguna de las partes. Tampoco se discute que la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN no brindó al demandante la información necesaria en los términos anotados por nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 2324-2019, pues la AFP PROTECCION no controvirtió estos puntos del fallo.

Es necesario indicarle al apoderado de la AFP PORVENIR que sí bien era su obligación brindar la información antes del traslado horizontal que realizó la parte activa dentro del RAIS, lo cierto es que, esta información no suple ni sana la falta de información que se le debió brindar previo al traslado del RMPD al RAIS, obligación que recaía en la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN, pues nuestra CSJ ha sido clara al señalar que lo que se debe verificar es si se brindó para momento del traslado al RAIS.

Se precisa además que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, y que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado de diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el asunto que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

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)

Es debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR y la AFP PROTECCIÓN en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante

el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones, se adicionará el fallo apelado.

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 de la 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 se puede declarar la prescripción sobre las sumas descontadas por gastos de administración, como quiera que la devolución de dichas sumas es una consecuencia inherente a la ineficacia del traslado, por lo que tampoco se ve afectada por el fenómeno prescriptivo.

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: ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de enero del 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver los gastos de administración que en su momento descontó de la cuenta de ahorro individual del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR y la AFP PROTECCIÓN. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cada una las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

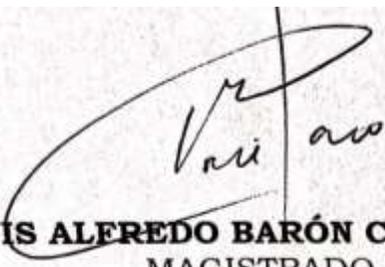
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: MARIA VILMA TRUJILLO AGUDELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-16-2018-00677-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR
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 el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Vilma Trujillo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la vinculación al RAIS por falta al deber de información y buen consejo por parte de la AFP PORVENIR. Como consecuencia, se declare que se debe restituir el estado de la demandante al mismo estado en que se encontraba antes de trasladarse al RAIS; se ordene a la AFP PORVENIR que realice la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos a Colpensiones y que asuma los menores valores frente a la cotización; se ordene a COLPENSIONES que realice los trámites a que haya lugar para la afiliación de la demandante en el RPMPD; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 41 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 30 de julio de 1964; que comenzó a cotizar en el RPMPD en abril de 1986; que para el período de noviembre del 2009 se trasladó al RAIS a la AFP PORVENIR; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que en el fondo privado le dijeron

que si se trasladaba su pensión iba a ser superior; que elevó solicitud de nulidad del traslado, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 66), 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 argumentando que el origen de la demanda no es la falta de información sino el valor de la mesada que recibiría en cada uno de los regímenes. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fol. 72 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Que no se demostró que la AFP privada haya faltado a su deber de información. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 104 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de diciembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS debido a la omisión en la falta de información al momento de efectuarse el traslado. Condenó a Colpensiones a recepcionar la totalidad de los recursos y a reactivar la afiliación de la demandante en el RPMPD. Condenó a la AFP PORVENIR a trasladar todos los recursos que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones incluyendo todos los réditos, intereses y frutos que hayan producido esos valores, sin hacer ningún descuento por concepto de gastos de administración y comisiones. (CD fol. 152)

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP privada. Que la falta de información debe estudiarse desde la ineficacia y no la nulidad. Que sin importar si la demandante es beneficiaria o no del régimen de transición procede la ineficacia ante la falta de información. Que no era suficiente con la firma del formulario en el cual ni siquiera aparece la leyenda preimpresa que señala que se afilió de manera libre y sin presiones. Que la AFP privada no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR Interpuso recurso de apelación manifestando que la Sala del Tribunal Superior de Medellín ha señalado que no es necesario regresar los gastos de administración. Que en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración. Que el Código Civil habla de que se deben hacer restituciones mutuas. Que por la gestión de la administradora se generaron unos rendimientos. Que no se le hicieron descuentos en forma

caprichosa. Que le hacen falta prácticamente 8 años para pensionarse, por lo que no se sabe si se va a pensionar o no. Que la Ley estipuló el descuento por concepto de gastos de administración. Que no se le condene en costas.

7. Alegatos Colpensiones. Señala que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la señora **MARIA VILMA TRUJILLO AGUDELO** y la AFP PORVENIR S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las 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 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) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (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 de la demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? Y (vi) ¿Es procedente la condena en costas a cargo de la AFP Porvenir?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora **María Vilma Trujillo Agudelo** cotizó al ISS desde el 30 de abril de 1986 al 30 de septiembre del 2008, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 32); y que se trasladó a la AFP PORVENIR el día 1º de septiembre del 2008, como aparece en formulario de afiliación (fl. 34).

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 objeto de alzada por ninguna de las partes. Tampoco se discute que la AFP PORVENIR no brindó a la demandante la información necesaria en los términos anotados por nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 2324-2019, pues la AFP PORVENIR no controvertió estos puntos del fallo.

Es necesario indicar que independientemente del tiempo que le haga falta a la promotora del litigio para acceder a una pensión de vejez, en estos casos en los que se estudia la ineficacia del traslado, la CSJ ha sido clara al señalar que lo que se debe revisar es si se brindó o no la información necesaria al momento de traslado, pues la misma debe brindarse a los futuros afiliados sin importar el tiempo que tiene cotizado o su edad.

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 adocinado, 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)

Es debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

En cuanto a se refiere a las decisiones del Tribunal Superior de Medellín, debe decirse que no son vinculantes, pues esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

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 de la parte activa, 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 de la 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 se puede declarar la prescripción sobre las sumas descontadas por gastos de administración, como quiera que la devolución de dichas sumas es una consecuencia inherente a la ineficacia del traslado, por lo que tampoco se ve afectada por el fenómeno prescriptivo.

Costas

En cuanto a la solicitud de la AFP PORVENIR respecto a que se le exonere del pago de costas, debe señalarse que no es procedente, como quiera que de conformidad con el artículo 365 del CGP la condena en costas está a cargo la parte vencida en el proceso o a cargo de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, por lo que procede la condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

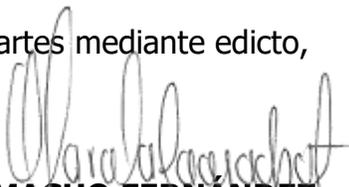
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2020 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 la cual se liquidará en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

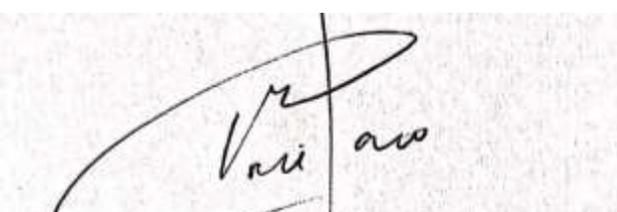
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: DORA MARÍA TUNJO GARIBELLO
DEMANDADO: CORPORACIÓN NUESTRA IPS
RADICACIÓN: 1100131050-32-2018-00453-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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 el siguiente,

AUTO

Se acepta la renuncia al poder presentado por el Dr. DIEGO ARMANDO PARRA CASTRO como apoderado de la CORPORACIÓN NUESTRA IPS, por cumplir con los requisitos establecidos en el art. 76 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Dora María Tunjo Garibello instauró demanda ordinaria contra Corporación Nuestra IPS con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad entre el 1° de agosto del 2014 al 17 de agosto del 2017. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar las sumas correspondiente por concepto de primas semestrales y de navidad, cesantías, prima de vacaciones, recargos dominicales y festivos, horas extras diurnas y nocturnas, porcentaje que le corresponde al empleador con destino al Sistema General de Seguridad Social y los parafiscales, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. y fol. 60 y s.s. subsanación).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió contrato de prestación de servicios con la CORPORACIÓN NUESTRA IPS el 1° de abril del 2014; que su retiro se dio el 17 de agosto del 2017; que el objeto del contrato era "El contratista se obliga a ejercer mediante su experiencia técnica, con plena autonomía e independencia, la prestación de servicios terapéuticos asistenciales en la especialidad de AUXILIAR DE ENFERMERIA DOMICILIARIO a favor de los usuarios

que le indique el EL CONTRATANTE"; que la jornada laboral era de 12 horas diarias o nocturnas en días corrientes, dominicales o festivos; que la labor encomendada la realizó personalmente; que conforme al salario recibía un salario de \$4.000 la hora y de \$4.300 a partir del 16 de junio del 2016; que el salario promedio para el año 2014 fue de \$1'201.142,85, para el año 2015 de \$1'132.666,66, para el año 2016 de \$1'593.100 y para el año 2017 de \$1'541.210,52; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende con la demanda.

2. Contestación de la demandada. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que entre las partes nunca existió un contrato de trabajo. Que durante la ejecución del contrato de carácter civil siempre actuó con plena autonomía técnica, administrativa y bajo su propia y exclusiva responsabilidad, bajo los parámetros de eficiencia y calidad correspondientes al nivel de atención del servicio de salud que prestó como AUXILIAR DE ENFERMERIA DOMICILIARIA. Que nunca estuvo bajo subordinación. Que los ingresos que percibió la accionante fueron por concepto de honorarios como se estableció desde el inicio de la relación contractual de carácter civil. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación laboral, cobro de lo no debido, inexistencia de los elementos esenciales de la relación laboral, prescripción y la genérica. (fol. 92 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de octubre del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró probada la excepción de inexistencia de los elementos esenciales de la relación laboral y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 119)

Su decisión se basó en que, aunque se probó la prestación del servicio, lo cierto es que no se logró probar que la demandante estaba subordinada, pues considera que el cumplimiento de un horario de trabajo por sí sólo no hace que se configure la subordinación. Que no aparece probado que a la demandante se le impartiera órdenes. Que lo que existía era una coordinación. Que la CSJ ha dicho que en los contratos de prestación de servicios no están vedadas la generación de instrucciones, por lo que en función de una adecuada coordinación se pueden fijar horarios, solicitar informes y establecer medidas de supervisión. Que es la misma demandante quien manifiesta que en una sola oportunidad la jefe Angela supervisó su contrato y que era la demandante quien llamaba a la jefe.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que uno de los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios es la temporalidad, pero que el contrato con la demandante duró más de 2 años.

Que el contrato celebrado con la demandante hace arte del giro de los negocios del contratante, por lo que es claro que la IPS sí ejercía un dominio o disponibilidad de la demandante, lo cual se evidenciaba con la asignación de horarios, dándole las instrucciones correspondientes, el lugar donde debía trabajar.

Que el hecho de que no le hayan hecho un llamado de atención, ni disciplinarios es porque no dio motivos, por lo que no puede considerarse que no existió un contrato de trabajo.

5. Alegatos segunda instancia.

5.1. Alegatos demandante. Señaló que quedó probado que el cargo desempeñado por la demandante era el de auxiliar de enfermería, cargo que es afín al objeto de la empresa demandada. Que la labor fue constante, permanente, bajo el control y supervisión de la Corporación, y que esta cumplía con el compromiso adquirido con la testigo y usuaria, de prestarle el servicio de enfermería por 24 horas, mediante una persona por ella contratada. Indica que le correspondía a la demandada desvirtuar la presunción de existencia de un contrato laboral, asunto que no hizo.

5.2. Alegatos demandado. Afirma que es importante resaltar que tal como se logró acreditar en primera instancia, entre la hoy demandante y la Corporación demandada, existió un vínculo civil en razón a las condiciones propias de un contrato civil.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la 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.

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer: ¿La demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, demostrando que la demandante no se encontraba subordinada?

De la presunción de existencia de una relación laboral

No se controvierte en esta instancia que la demandante prestó sus servicios para la CORPORACION NUESTRA IPS como Auxiliar de Enfermería Domiciliaria, lo cual dejó sentado el fallador de primera instancia y no fue apelado por ninguna de las partes, además, esto se corrobora con el contrato de prestación de servicios firmados por las partes (fol. 10 y s.s.), la certificación expedida por la demandada (fol. 17), las cuentas de cobro (fol. 21) y la declaración de la señora Argenis Natalia Castellanos Párraga a quien la IPS le envió a la demandante para que le prestara los servicios de enfermería domiciliaria para su hijo.

Así entonces, se tiene que el accionado concentró su energía en afirmar que el servicio personal prestado por la accionante, no se ejecutó en virtud de un contrato laboral, sino que tuvo origen civil amparado en la autonomía de la voluntad.

De la subordinación

El artículo 24° del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra como presunción legal que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La anterior máxima, representa por supuesto una situación jurídica susceptible de ser desvirtuada, es decir, que admite prueba en contrario. Su virtud consiste en relevar al trabajador de la carga de la prueba sobre la naturaleza de la prestación del servicio considerando ésta, de aparecer probado aquél, de carácter laboral. En consecuencia, quien pretenda alegar que una eventual prestación personal

de un servicio se dio bajo una modalidad contractual diferente a la laboral, deberá probarla, esto es, desvirtuar la presunción antedicha demostrando que la prestación personal del servicio tuvo origen en un contrato ajeno al ámbito laboral.

Al respecto, nuestra H. CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, **se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.**

Es necesario recordar que los jueces del trabajo y de la seguridad social están facultados para formar libremente su convencimiento con el acervo probatorio que estimen pertinente, *«inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes»*.

Sobre el tema la CSJ en sentencia SL4514-2017, señaló: *“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.”*

En el presente caso, considera la Sala que el fallador de primera instancia olvidó que al probarse la prestación personal del servicio nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo, quedando como carga probatoria de la accionada desvirtuar la subordinación, no siendo posible como lo pretendió el a quo imponerle a la promotora del litigio la carga probatoria de demostrar que se encontraba subordinada.

Una vez revisadas las pruebas recaudadas dentro del expediente, se evidencia que la demandada no aportó ninguna prueba para desvirtuar la subordinación, pues no allegó ningún documento con la contestación de la demanda y desistió de los testimonios de los señores Irina Caro Cediel y Ana María Trujillo, los cuales le fueron decretados por el fallador de primera instancia, dejando huérfano de pruebas el presente proceso.

Es necesario precisar además que, con las documentales allegadas por la demandante, como fueron el contrato de prestación de servicios firmados por las partes (fol. 10 y s.s.), la certificación expedida por la demandada (fol. 17), las cuentas de cobro (fol. 21) no se logra desvirtuar el elemento subordinante, pues precisamente nos encontramos frente a la solicitud de declaratoria de existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad.

De otro lado, se recibió la declaración de la señora **Argenis Natalia Castellanos** testigo traída al proceso por la parte activa, quien manifestó que conoce a la señora Dora María Tunjo Garibello desde el 17 de enero del 2016, porque la IPS demandada la envió a prestarle los servicios de enfermería para su hijo y que estuvo prestándole

sus servicios hasta agosto del 2017; que no conoció el contrato que celebraron las partes y que no sabe cuánto le pagaban; que la jefe de enfermería les hizo entrega de un manual en donde se indica que la señora Tunjo debía asistir a capacitaciones; que la IPS era la que le asignaba el horario a la actora; que ella no podía decidir en que momento se iba o cuando asistía; que no le podía prestar sus servicios a otra persona; que no podía ausentarse sin autorización de la IPS; que la IPS le indicaba que actividades debía ejecutar con su hijo; que debía cumplir un horario y que si faltaba debía avisarle a la IPS para que la reemplazara; con lo cual no se logra desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, pues de lo manifestado por la deponente no se evidencia que el actuar de la demandante estuviera desprovisto del elemento subordinante que diferencia un contrato de prestación de servicios de un contrato de trabajo.

En este punto es necesario señalar que, contrario a lo concluido por el fallador de primera instancia, la declaración rendida por la parte activa al absolver su interrogatorio de parte no logra desvirtuar la subordinación, pues aunque la promotora del litigio manifiesta que sólo debía ir a las instalaciones de la demandada cada 8 días a llevar las historias clínicas o cuando realizaba el cobro de sus honorarios, señalando además, cuando se le cuestiona ¿sí mantenía comunicación con la demandada? que cuando estuvieron las jefes Diana Rativa y Sandra Roa, ellas la llamaban mucho pero que cuando empezaron a cambiar era muy poca la comunicación, siendo ella la que llamaba; lo cierto es, que esa afirmación no puede evaluarse de manera aislada a la totalidad de su declaración, máxime cuando la labor desempeñada no se realizaba dentro de las instalaciones de la pasiva sino de forma ambulatoria o domiciliaria.

Así entonces, nótese que en otros apartes de la declaración la señora Tunjo Garibello fue clara al señalar que debía cumplir un horario de trabajo, que debía firmar una planilla que la IPS dejaba en la casa en donde prestaba sus servicios a la entrada y a la salida; que debía asistir a capacitaciones; que cuando solicitaba permisos se los negaban; que la parte pasiva le asignaba los sitios donde debía laborar, los turnos que debía hacer, que servicios debía prestar en el domicilio dependiendo del paciente y que para cualquier cambio respecto al sitio donde debía prestar sus servicios, contaba con la instrucción de pasar una carta para que la encartada le asignara otro lugar de trabajo; actos que no permiten entender que las aseveraciones de la demandante conduzcan a desvirtuar la presunción que nació de existencia de un contrato de trabajo.

Aunado a lo expuesto, no se puede dejar de lado que al revisar el contrato de prestación de servicios se observa que en la cláusula segunda se pactó que la demandante prestaría sus servicios como auxiliar de enfermería domiciliaria atendiendo la necesidad del servicio, según lo indique el contratante (IPS demandada), siendo su obligación la de prestar sus servicios no sólo a los pacientes asignados previamente sino a los que considerará la IPS demandada, debiendo avisar en caso de necesitar ausentarse del domicilio del paciente con 8 días hábiles de antelación mínima, para lo cual debería diligenciar un formato establecido por la IPS y entregarlo a la enfermera líder del programa domiciliario; con lo cual se corrobora que la labor ejecutada por la parte activa no era autónoma como pretendía la IPS se declarará.

Por consiguiente, se configuraron los elementos del artículo 23 del CST, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto la señora Tunjo Garibello prestó sus servicios como auxiliar de enfermería domiciliaria para la demandada.

b) La **subordinación**, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría o supervisión, de las funciones propias al cargo de auxiliar de enfermería domiciliaria, sino que también se extendió a impartirle órdenes e instrucciones para el cumplimiento de las mismas. Por lo que, de conformidad con los documentos tales como los CPS y el testimonio arrimado al cartulario, no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y exposición del servicio prestado por la accionante a la autoridad de los jefes de turno, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor, ni para el establecimiento de su propio horario o lugar de prestación del servicio, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda de que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios firmados por las partes (fol. 10 y s.s.) y las cuentas de cobro (fol. 21), que dan cuenta que la accionante percibió un salario variable dependiendo las horas laboradas en cada mes, de la siguiente manera:

CUENTAS DE COBRO ALLEGADAS POR LA DEMANDANTE					
Fecha inicio	Fecha final	horas laboradas	valor hora	Total honorarios	folio
01/04/2014	30/04/2014	302	\$ 4.000,00	\$ 1.208.000,00	20
01/05/2014	30/05/2014	312	\$ 4.000,00	\$ 1.248.000,00	21
01/06/2014	30/06/2014	300	\$ 4.000,00	\$ 1.200.000,00	22
01/07/2014	30/07/2014	336	\$ 4.000,00	\$ 1.344.000,00	23
01/08/2014	30/08/2014	276	\$ 4.000,00	\$ 1.104.000,00	24
24/10/2014	23/11/2014	336	\$ 4.000,00	\$ 1.344.000,00	25
24/11/2014	16/12/2014	240	\$ 4.000,00	\$ 960.000,00	26
01/01/2015	20/01/2015	204	\$ 4.000,00	\$ 816.000,00	27
21/01/2015	19/02/2015	288	\$ 4.000,00	\$ 1.152.000,00	28
20/02/2015	19/03/2015	228	\$ 4.000,00	\$ 912.000,00	29
20/03/2015	18/04/2015	300	\$ 4.000,00	\$ 1.200.000,00	30
20/04/2015	19/05/2015	276	\$ 4.000,00	\$ 1.104.000,00	31
20/05/2015	19/06/2015	252	\$ 4.000,00	\$ 1.008.000,00	32
19/06/2015	16/07/2015	288	\$ 4.000,00	\$ 1.152.000,00	33
17/07/2015	15/08/2015	300	\$ 4.000,00	\$ 1.200.000,00	34
18/08/2015	15/09/2015	192	\$ 4.000,00	\$ 768.000,00	35
17/09/2015	15/10/2015	240	\$ 4.000,00	\$ 960.000,00	36
17/10/2015	15/11/2015	276	\$ 4.000,00	\$ 1.104.000,00	37
17/11/2015	15/12/2015	264	\$ 4.000,00	\$ 1.056.000,00	38
16/12/2015	15/01/2016	264	\$ 4.000,00	\$ 1.056.000,00	39
17/01/2016	14/02/2016	180	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	40

16/02/2016	15/03/2016	180	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	41
17/03/2016	14/04/2016	180	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	42
16/04/2016	14/05/2016	180	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	43
16/05/2016	15/06/2016	192	\$ 4.000,00	\$ 768.000,00	44
17/06/2016	15/07/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	45
17/07/2016	14/08/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	46
16/08/2016	15/09/2016	192	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	47
17/09/2016	15/10/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	48
17/10/2016	14/11/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	49
16/11/2016	14/12/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	50
16/12/2016	14/01/2017	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	51
15/01/2017	14/02/2017	192	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	52
16/02/2017	14/03/2017	168	\$ 4.300,00	\$ 722.400,00	53
16/03/2017	15/04/2017	192	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	54
17/04/2017	13/05/2017	168	\$ 4.300,00	\$ 722.400,00	55
15/05/2017	14/06/2017	192	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	56
16/06/2017	14/07/2017	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	57

Reunidos los elementos del artículo 23 del CST, contrario a lo dicho por la falladora de primera instancia, no hay duda que la prestación de servicios personales de la actora se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora DORA MARÍA TUNJO GARIBELLO, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

De las anteriores probanzas, se tiene que en el presente caso se desdibujó el contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante actuó bajo una actividad misional en forma dependiente o subordinada, prestando directamente sus servicios en los lugares y a favor de pacientes indicados por la accionada, desarrollando actividades de auxiliar de enfermería domiciliaria en forma permanente durante la vigencia del contrato pactado entre las partes, lo cual se acompaña con la actividad principal de la accionada, cuya función es prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros señalados en el art. 185 de la Ley 100 de 1993, es decir, la prestación de servicios médicos a pacientes, servicios entre los que se encuentran el de enfermería.

Extremos de la relación laboral

Con el contrato de prestación de servicios (fl.10 y s.s.) y la certificación expedida por el empleador el 21 de mayo del 2018 (fl. 17) se determina que la demandante la IPS demandada entre el 1º de abril del 2014 al 17 de agosto del 2017.

De la 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.

Revisado el expediente se evidencia a folio 18 que la demandante presentó reclamación a su empleador el 23 de febrero del 2017 y que radicó la demanda el 12 de julio del 2018, por lo que es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido por el legislador; razón por la cual se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

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 a la actora.

Salario

El salario devengado encuentra acreditado en el presente caso con los contratos de prestación de servicios firmados por las partes (fol. 10 y s.s.) y las cuentas de cobro (fol. 21), que dan cuenta que la accionante percibió un salario variable dependiendo las horas laboradas en cada mes, de la siguiente manera:

CUENTAS DE COBRO ALLEGADAS POR LA DEMANDANTE					
Fecha inicio	Fecha final	horas laboradas	valor hora	Total honorarios	folio
01/04/2014	30/04/2014	302	\$ 4.000,00	\$ 1.208.000,00	20
01/05/2014	30/05/2014	312	\$ 4.000,00	\$ 1.248.000,00	21
01/06/2014	30/06/2014	300	\$ 4.000,00	\$ 1.200.000,00	22
01/07/2014	30/07/2014	336	\$ 4.000,00	\$ 1.344.000,00	23
01/08/2014	30/08/2014	276	\$ 4.000,00	\$ 1.104.000,00	24
24/10/2014	23/11/2014	336	\$ 4.000,00	\$ 1.344.000,00	25
24/11/2014	16/12/2014	240	\$ 4.000,00	\$ 960.000,00	26
01/01/2015	20/01/2015	204	\$ 4.000,00	\$ 816.000,00	27
21/01/2015	19/02/2015	288	\$ 4.000,00	\$ 1.152.000,00	28
20/02/2015	19/03/2015	228	\$ 4.000,00	\$ 912.000,00	29
20/03/2015	18/04/2015	300	\$ 4.000,00	\$ 1.200.000,00	30
20/04/2015	19/05/2015	276	\$ 4.000,00	\$ 1.104.000,00	31
20/05/2015	19/06/2015	252	\$ 4.000,00	\$ 1.008.000,00	32
19/06/2015	16/07/2015	288	\$ 4.000,00	\$ 1.152.000,00	33
17/07/2015	15/08/2015	300	\$ 4.000,00	\$ 1.200.000,00	34
18/08/2015	15/09/2015	192	\$ 4.000,00	\$ 768.000,00	35
17/09/2015	15/10/2015	240	\$ 4.000,00	\$ 960.000,00	36
17/10/2015	15/11/2015	276	\$ 4.000,00	\$ 1.104.000,00	37
17/11/2015	15/12/2015	264	\$ 4.000,00	\$ 1.056.000,00	38

16/12/2015	15/01/2016	264	\$ 4.000,00	\$ 1.056.000,00	39
17/01/2016	14/02/2016	180	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	40
16/02/2016	15/03/2016	180	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	41
17/03/2016	14/04/2016	180	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	42
16/04/2016	14/05/2016	180	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	43
16/05/2016	15/06/2016	192	\$ 4.000,00	\$ 768.000,00	44
17/06/2016	15/07/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	45
17/07/2016	14/08/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	46
16/08/2016	15/09/2016	192	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	47
17/09/2016	15/10/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	48
17/10/2016	14/11/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	49
16/11/2016	14/12/2016	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	50
16/12/2016	14/01/2017	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	51
15/01/2017	14/02/2017	192	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	52
16/02/2017	14/03/2017	168	\$ 4.300,00	\$ 722.400,00	53
16/03/2017	15/04/2017	192	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	54
17/04/2017	13/05/2017	168	\$ 4.300,00	\$ 722.400,00	55
15/05/2017	14/06/2017	192	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	56
16/06/2017	14/07/2017	180	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	57

Horas extras y recargos nocturnos

El artículo 161 CST establece que la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas al día y 48 horas a la semana.

El artículo 160 ibidem modificado por el art. 1º de la Ley 1846 del 2017 determina que el trabajo diurno es el que se realiza entre las 6 am y las 9 pm y el trabajo nocturno es el comprendido entre las 9pm y las 6 am.

El artículo 168 ibidem estipula lo siguiente:

"1. El trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 <161> literal c) de esta ley.

2. El trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

3. El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

4. Cada uno de los recargos antedichos se produce de manera exclusiva, es decir, sin acumularlo con alguno otro."

A folio 10 y s.s. aparece el contrato de trabajo en el cual las partes acordaron como contraprestación del servicio la suma de \$4000 por hora laborada.

A folio 20 y s.s. aparecen las cuentas de cobro en las cuales se registran el número de turnos realizado por la demandante, las horas laboradas por la demandante y las sumas pagadas por concepto de honorarios.

Conforme a las cuentas de cobro aportadas, encuentra la Sala que la demandante laboró las siguientes horas extras y recargos nocturnos:

CUENTAS DE COBRO ALLEGADAS POR LA DEMANDANTE													
Fecha inicio	Fecha final	turnos diurnos	turnos nocturnos	horas laboradas	horas extras diurnas	horas con recargo nocturno	horas extras nocturnas	valor hora	Total honorarios salario	Recargo por el trabajo extra diurno	Recargo trabajo nocturno	Recargo trabajo extra nocturno	folio
01/04/2014	30/04/2014	25	0	302	102	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.208.000,00	\$ 102.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	20
01/05/2014	30/05/2014	26	0	312	104	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.248.000,00	\$ 104.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	21
01/06/2014	30/06/2014	25	0	300	100	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.200.000,00	\$ 100.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	22
01/07/2014	30/07/2014	28	0	336	112	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.344.000,00	\$ 112.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	23
01/08/2014	30/08/2014	23	0	276	92	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.104.000,00	\$ 92.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	24
24/10/2014	23/11/2014	28	0	336	112	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.344.000,00	\$ 112.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	25
24/11/2014	16/12/2014	20	0	240	80	0	0	\$ 4.000,00	\$ 960.000,00	\$ 80.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	26
01/01/2015	20/01/2015	17	0	204	68	0	0	\$ 4.000,00	\$ 816.000,00	\$ 68.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	27
21/01/2015	19/02/2015	24	0	288	96	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.152.000,00	\$ 96.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	28
20/02/2015	19/03/2015	19	0	228	76	0	0	\$ 4.000,00	\$ 912.000,00	\$ 76.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	29
20/03/2015	18/04/2015	25	0	300	100	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.200.000,00	\$ 100.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	30
20/04/2015	19/05/2015	23	0	276	92	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.104.000,00	\$ 92.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	31
20/05/2015	19/06/2015	21	0	252	84	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.008.000,00	\$ 84.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	32
19/06/2015	16/07/2015	24	0	288	96	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.152.000,00	\$ 96.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	33
17/07/2015	15/08/2015	25	0	300	100	0	0	\$ 4.000,00	\$ 1.200.000,00	\$ 100.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	34
18/08/2015	15/09/2015	16	2	192	64	16	8	\$ 4.000,00	\$ 768.000,00	\$ 64.000,00	\$ 22.400,00	\$ 24.000,00	35
17/09/2015	15/10/2015	20	2	240	80	16	8	\$ 4.000,00	\$ 960.000,00	\$ 80.000,00	\$ 22.400,00	\$ 24.000,00	36
17/10/2015	15/11/2015	23	6	276	92	48	24	\$ 4.000,00	\$ 1.104.000,00	\$ 92.000,00	\$ 67.200,00	\$ 72.000,00	37
17/11/2015	15/12/2015	22	1	264	88	8	4	\$ 4.000,00	\$ 1.056.000,00	\$ 88.000,00	\$ 11.200,00	\$ 12.000,00	38
16/12/2015	15/01/2016	22	1	264	88	8	4	\$ 4.000,00	\$ 1.056.000,00	\$ 88.000,00	\$ 11.200,00	\$ 12.000,00	39
17/01/2016	14/02/2016	15	15	180	60	120	60	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	\$ 60.000,00	\$ 168.000,00	\$ 180.000,00	40
16/02/2016	15/03/2016	15	15	180	60	120	60	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	\$ 60.000,00	\$ 168.000,00	\$ 180.000,00	41
17/03/2016	14/04/2016	15	15	180	60	120	60	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	\$ 60.000,00	\$ 168.000,00	\$ 180.000,00	42
16/04/2016	14/05/2016	15	15	180	60	120	60	\$ 4.000,00	\$ 720.000,00	\$ 60.000,00	\$ 168.000,00	\$ 180.000,00	43
16/05/2016	15/06/2016	16	16	192	64	128	64	\$ 4.000,00	\$ 768.000,00	\$ 64.000,00	\$ 179.200,00	\$ 192.000,00	44
17/06/2016	15/07/2016	15	15	180	60	120	60	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	\$ 64.500,00	\$ 168.000,00	\$ 193.500,00	45
17/07/2016	14/08/2016	15	15	180	60	120	60	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	\$ 64.500,00	\$ 168.000,00	\$ 193.500,00	46
16/08/2016	15/09/2016	16	16	192	64	128	64	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	\$ 68.800,00	\$ 179.200,00	\$ 206.400,00	47
17/09/2016	15/10/2016	15	15	180	60	120	60	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	\$ 64.500,00	\$ 168.000,00	\$ 193.500,00	48
17/10/2016	14/11/2016	15	15	180	60	120	60	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	\$ 64.500,00	\$ 168.000,00	\$ 193.500,00	49
16/11/2016	14/12/2016	15	15	180	60	120	60	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	\$ 64.500,00	\$ 168.000,00	\$ 193.500,00	50
16/12/2016	14/01/2017	15	15	180	60	120	60	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	\$ 64.500,00	\$ 168.000,00	\$ 193.500,00	51
15/01/2017	14/02/2017	16	16	192	64	120	64	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	\$ 68.800,00	\$ 168.000,00	\$ 206.400,00	52
16/02/2017	14/03/2017	14	14	168	56	112	56	\$ 4.300,00	\$ 722.400,00	\$ 60.200,00	\$ 156.800,00	\$ 180.600,00	53
16/03/2017	15/04/2017	16	16	192	64	128	64	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	\$ 68.800,00	\$ 179.200,00	\$ 206.400,00	54
17/04/2017	13/05/2017	14	14	168	56	112	56	\$ 4.300,00	\$ 722.400,00	\$ 60.200,00	\$ 156.800,00	\$ 180.600,00	55
15/05/2017	14/06/2017	16	16	192	64	128	64	\$ 4.300,00	\$ 825.600,00	\$ 68.800,00	\$ 179.200,00	\$ 206.400,00	56
16/06/2017	14/07/2017	15	15	180	60	120	60	\$ 4.300,00	\$ 774.000,00	\$ 64.500,00	\$ 168.000,00	\$ 193.500,00	57
Total recargos por hora extra y trabajo nocturno										\$ 2.977.100,00	\$ 3.180.800,00	\$ 3.597.300,00	

Teniendo en cuenta que se probó que la IPS demandada le pagó a la promotora del litigio todas las horas laboradas y que hizo falta pagar los recargos por horas extras y trabajo nocturno, conforme se liquidó en el cuadro anterior, teniendo en cuentas las horas extras y nocturnas que logró probar la señora Tunjo Garibello, se condenará a la accionada a pagar las siguientes sumas de dinero:

- \$2'977.100 por recargo de horas extras diurnas

- \$3'180.800 por recargo de trabajo nocturno
- \$3'597.300 por recargo de horas extras nocturnas

Auxilio de Cesantías

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

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

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° 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 al actor la suma de **\$2'910.368,97** por concepto de auxilio de cesantías entre el 1° de abril del 2014 al 17 de agosto del 2017.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2014	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	271	\$ 648.024,17
2015	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	360	\$ 860.971,00
2016	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	360	\$ 860.971,00
2017	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	226	\$ 540.402,80
Total Auxilio de cesantías					\$ 2.910.368,97

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 **\$305.881,57** por concepto de intereses a las cesantías causados durante la relación laboral.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías causados	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
cesantías 2014	271	\$ 648.024,17	\$ 58.538,18
cesantías 2015	360	\$ 860.971,00	\$ 103.316,52
cesantías 2016	360	\$ 860.971,00	\$ 103.316,52
cesantías 2017	226	\$ 540.402,80	\$ 40.710,34
Total Intereses a las cesantías			\$ 305.881,57

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 **\$2'910.368,97** por concepto de prima de servicios causadas durante la relación laboral.

Prima de servicios					
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	días laborados	Valor prima
jun-14	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	90	\$ 215.242,75
dic-14	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	180	\$ 430.485,50
jun-15	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	180	\$ 430.485,50
dic-15	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	180	\$ 430.485,50
jun-16	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	180	\$ 430.485,50
dic-16	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	180	\$ 430.485,50
jun-17	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	180	\$ 430.485,50
ago-17	\$ 860.971,00	\$ 0,00	\$ 860.971,00	47	\$ 112.213,22
Total Prima de servicio					\$ 2.910.368,97

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 señalar 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 de **\$2'616.550** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 1° de abril del 2014-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones Exigibilidad	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
1-04-2014 a 31-03-2015	1/04/2016	\$ 1.548.000,00	360	\$ 774.000,00
1-04-2015 a 31-03-2016	1/04/2017	\$ 1.548.000,00	360	\$ 774.000,00
1-04-2016 a 31-03-2017	terminación contrato	\$ 1.548.000,00	360	\$ 774.000,00
1-04-2017 a 17-08-2017		\$ 1.548.000,00	137	\$ 294.550,00
Total Vacaciones				\$ 2.616.550,00

Prima de Navidad

No es procedente condenar al pago de la prima de navidad, como quiera que no existe norma que regule dicha prima para los trabajadores particulares.

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 o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, pues lo que se observa es que trato de disfrazar una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, no encuentra la Sala ninguna prueba que permita evidenciar la buena fe de la demandada y, por ende, exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

Cuantificación indemnización moratoria

En cuanto a la indemnización moratoria, como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 17 de agosto del 2017 y la demanda se presentó el 12 de julio del 2018 (fol. 58), es decir, que se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, la demandante tiene derecho a que se le reconozca a título de indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora hasta que se efectúe el pago total de la obligación.

Indexación de las sumas adeudadas

En cuanto a la indexación de las sumas adeudadas únicamente operará frente a la compensación de vacaciones como quiera que la indexación resulta incompatible con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 4743-2020.

Aportes a seguridad social

La demandante solicitó como pretensión se condene a la IPS accionada *"Al pago del porcentaje que le corresponde al empleador, con destino al Sistema de Seguridad Social y los Parafiscales"*.

Teniendo en cuenta que no aparece prueba de que la promotora del litigio haya sido afiliada a seguridad social se condena a la CORPORACION NUESTRA IPS a pagar al fondo en el que este afiliada la señora Tunjo Garibello la totalidad del correspondiente calculo actuarial elaborado por el fondo de pensiones por el período comprendido entre el 1° de abril del 2014 al 17 de agosto del 2017 teniendo en cuenta como salario las sumas pagadas por honorarios junto con los recargos por horas extras y trabajo nocturno.

COSTAS

De conformidad con el numeral 4° del art. 365 del C.G. del P. las costas en ambas instancias quedan a cargo de la demandada CORPORACION NUESTRA IPS.

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 17 de octubre del 2019, por el Juzgado 32 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 DORA MARÍA TUNJO GARIBELLO y CORPORACION NUESTRA IPS, entre el 1° de abril del 2017 al 17 de agosto del 2017 con un salario promedio de \$860.971.

SEGUNDO: CONDENAR a CORPORACION NUESTRA IPS a pagar a la señora DORA MARÍA TUNJO GARIBELLO las siguientes sumas de dinero:

- Cesantías \$2'910.368,97
- Intereses a las cesantías \$305.881,57
- Prima de servicios \$2'910.368,97
- Vacaciones \$2'616.550
- Recargo horas extras diurnas \$2'977.100
- Recargo trabajo nocturno \$3'180.800
- Recargo horas extras nocturna \$3'597.300

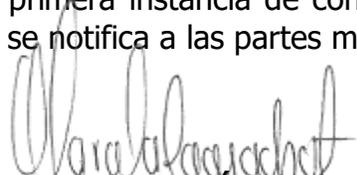
TERCERO: CONDENAR a CORPORACION NUESTRA IPS a pagar a la señora DORA MARÍA TUNJO GARIBELLO a título de indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora hasta que se efectúe el pago total de la obligación.

CUARTO: CONDENAR a CORPORACION NUESTRA IPS a pagar al fondo de pensiones en el que la demandante se encuentre afiliada en favor de la señora DORA MARÍA TUNJO GARIBELLO los aportes a pensión del contrato que aquí se declaró previo calculo actuarial elaborado por Colpensiones, conforme a la parte motiva de este proveído.

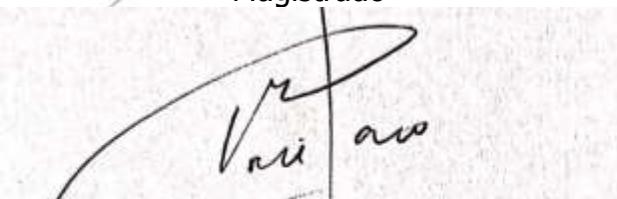
QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN conforme se explicó en la parte motiva de este proveído.

SÉPTIMO: COSTAS de conformidad con el numeral 4° del art. 365 del C.G. del P. las costas en ambas instancias quedan a cargo de la demandada CORPORACION NUESTRA IPS. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$850.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 365 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 por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DANNY XAVIER ESPINOSA PEÑUELA
DEMANDADO: SILEC COMUNICACIONES S.A.S.
RADICACIÓN: 1100131050-23-2019-00011-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA DEMANDANTE Y DEMANDADO
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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. Danny Xavier Espinosa Peñuela instauró demanda ordinaria contra SILEC COMUNICACIONES S.A.S. con el fin de que declare la existencia de un contrato a término indefinido entre el 1° de abril del 2015 y el 27 de junio del 2016, cuyo último salario devengado fue de \$2'500.000. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, recargos dominicales, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, diferencias salariales, cotizaciones al sistema de seguridad social, indexación, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s. y fol. 60 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que fue vinculado laboralmente a la demandada mediante contrato laboral de forma verbal; que prestó sus servicios personales del 1° de abril del 2015 al 27 de junio del 2016 de forma continua e ininterrumpida; que cumplía un horario de trabajo; que nunca le pagaron los recargos por los días domingos que laboró; que se encontraba subordinado; que inició su labor desarrollando la función de Back office 4G con un salario base de \$1'100.000; que luego pasó a desempeñar las funciones de Coordinador de ventas 4G o supervisor con un salario de \$2'000.000 a partir del 23 de abril del 2015; que a partir del 26 de agosto del 2015 ejerció las funciones de Jefe de Operaciones 4G con una asignación salarial de \$2'500.000; que el 17 de septiembre del 2015 la demandada le consignó la suma de \$19'000.000 a título de préstamo para la compra de un vehículo; que para el cumplimiento de dicha obligación se le descontó de su nómina la suma de \$1'000.000

mensuales, razón por la cual en su cuenta no se refleja ese valor como salario; que el 25 de abril del 2016 se le asignó nuevamente el cargo de back office desmejorando con ello sus condiciones laborales y su sueldo que pasó a ser de \$1'100.000; que a pesar de haber cambiado de cargo, siguió desempeñando las mismas funciones; que el 23 de febrero del 2016 la demandada le hizo firmar un contrato de prestación de servicios después de llevar laborando 10 meses con el ánimo de ocultar la relación laboral; que a partir de esa fecha debe presentar cuenta de cobro para reclamar su salario; que a partir de marzo del 2016 la demandada le consignó aportes a pensión y salud; que al inició de la relación laboral el demandante tuvo que realizar sus aportes a seguridad social como independiente; que el 27 de junio del 2016 la empresa le da por terminado el contrato de trabajo sin justa causa; que para esa fecha ya había terminado de cancelar el préstamo que la demandada le había hecho; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende con la demanda.

2. Contestación de la demandada. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que entre las partes lo que existió fue un contrato de carácter civil y no laboral y que el demandante gozaba de plena autonomía. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe contractual en la ejecución de las obligaciones pactadas y la genérica.

(fol. 82 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de septiembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de una relación laboral entre las partes mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de mayo del 2015 y el 27 de junio del 2016 y condenó a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión e indemnización moratoria. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 29 de diciembre del 2015 a excepción de las cesantías, aportes a seguridad social y vacaciones. (CD fol. 121)

Su decisión se basó en lo que interesa a los recursos en que con los documentos allegados y la prueba testimonial se logró probar la prestación de servicios, con lo cual nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo la cual no fue desvirtuada, pues de la declaración de los testigos no se logra extraer que la labor desempeñada por el actor fue de manera autónoma e independiente. Señaló que tomaba como extremo inicial el 10 de mayo del 2015 teniendo en cuenta que la testigo Diana Julieth Angulo señaló que ella ingresó a trabajar en esa fecha y que ya estaba para ese momento el actor y tomó como extremo final el 27 de junio del 2016 conforme lo certificó la demandada. En cuanto la prescripción señaló que el actor no presentó reclamación, por lo que únicamente se interrumpió con la radicación de la demanda el 19 de diciembre del 2018, por lo que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales causadas con anterioridad al 19 de diciembre del 2015 salvo para las cesantías, las vacaciones y los aportes a seguridad social para las cuales se declara no probada la excepción de prescripción.

Para determinar el salario señaló que no se podía tener en cuenta los extractos bancarios del actor como quiera que no era posible determinar que los pagos allí reflejados eran realizados por la demandada. Que los testigos no tienen conocimiento del salario devengado por el actor. Por tanto, tuvo como salario del 10 de mayo del 2015 a enero del 2016 el salario mínimo legal mensual vigente, en febrero del 2016 la

suma de \$862.000, en marzo del 2016 la suma de \$900.000 y de abril a junio del 2016 la suma de \$1'100.000.

Respecto de los recargos dominicales señaló que no se podía condenar a su pago pues no aparece probados cuántos domingos laboró el accionante.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Impugnación demandante. Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte accionante interpuso recurso de apelación en los siguientes puntos:

(i) Solicita se declare que el extremo inicial de la relación laboral fue en abril del 2015.

(ii) Que conforme a los extractos bancarios visible de folios 24 a 30 se logra establecer que devengaba un salario de \$2'500.000. Que se debe tener en cuenta que a la suma consignada ya se le había hecho el descuento de \$1'000.000 por el préstamo que tenía con la demandada.

(iii) Que con los testigos quedó probado que laboraban los domingos.

(iv) Que presentó reclamación ante la demandada el 12 de julio del 2016 mediante correo electrónico la cual no fue tenida en cuenta por el a quo para interrumpir la prescripción.

4.2. Impugnación demandada. Interpuso recurso de apelación señalando que efectivamente el art. 24 establece la presunción de existencia de un contrato de trabajo, pero que la presunción admite prueba en contrario. Que la demandada logró desvirtuar la presunción, pues se probó que no estaba subordinado y que no recibía salario.

5. Alegatos demandante. Indica que el fenómeno de la prescripción no se presenta, inclusive por argumento que el mismo A quo aclaro en su sentencia; el simple escrito interrumpe el término de conteo de la acción de prescripción de acuerdo con el artículo 489 del código sustantivo del trabajo; escrito que se realizó por medio de un correo electrónico redactado el 12 de julio del 2016, además hubo solicitud de conciliación ante el ministerio de trabajo, el cual declaró desierta dicha conciliación, esta prueba documental la excluye de forma tajante el Juez, por el hecho de no constarle a que dirección se envió la notificación, por lo cual se debe establecer que Juez posee el artículo 54 del C.P.T.S.S., el cual le da la facultad de oficiar para aclarar cualquier hecho que le genere duda. De igual forma se debe establecer que el fenómeno de la prescripción debe ser analizado en la perspectiva de un trabajador que aparentemente estaba bajo el yugo de un contrato de prestación de servicios; es decir que sus acreencias laborales no podían ser exigibles, tal y como se ha demostrado durante el proceso, por lo tanto no se debe tipificar la prescripción como si fuera un trabajador subordinado propiamente dicho, sino que su subordinación y el resto de elementos constitutivos del contrato laboral se demostraron en el presente conflicto. Que el salario se puede determinar analizando de forma detallada los extractos bancarios de la cuenta de ahorros No. 001307240200415740 de la entidad bancaria BBVA dispuestos en los folios 24 al 30 del expediente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por ambas partes 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 los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo demostrando que el demandante no se encontraba subordinado?; en caso negativo, (ii) ¿Cuál fue el extremo inicial de la relación laboral?; (iii) ¿Cuál fue el salario devengado por el actor?; (iv) ¿El actor presentó reclamación de sus acreencias laborales a la demandada logrando interrumpir la prescripción? y (v) ¿Es posible impartir condena por recargos dominicales?

De la presunción de existencia de una relación laboral

No se controvierte en esta instancia que el demandante prestó sus servicios para SILEC COMUNICACIONES S.A.S. desempeñando varios cargos como Back office 4G, coordinador de ventas 4G y jefe de operaciones 4G, lo cual dejó sentado el fallador de primera instancia y no fue apelado por ninguna de las partes, además, esto se corrobora con las declaraciones de los testigos traídos al proceso los cuales laboraron junto con el actor en la empresa demandada como fueron Diana Julieth Angulo Carrero, Lida Rocío Pérez Tovar, Kevin Ramírez, Iván Eduardo Vela Rincón, Víctor Manuel Triviño y Jorge Triviño, los cuales coincidieron en señalar que conocieron al señor Espinosa cuando prestaba sus servicios para SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Aunado a lo anterior, la prestación personal del servicio también se logra probar con el contrato de prestación de servicios (fl. 34 y s.s.), las certificaciones laborales (fl. 36 y s.s.) y los aportes cotizados a pensión y salud.

Así entonces, se tiene que el accionado en su alzada concentró su energía en afirmar que el servicio personal prestado por el accionante, no se ejecutó en virtud de un contrato laboral, sino que tuvo origen civil amparado en la autonomía de la voluntad.

De la subordinación

El artículo 24° del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra como presunción legal que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La anterior máxima, representa por supuesto una situación jurídica susceptible de ser desvirtuada, es decir, que admite prueba en contrario. Su virtud consiste en relevar al trabajador de la carga de la prueba sobre la naturaleza de la prestación del servicio, considerando ésta, de aparecer probado aquél, de carácter laboral. En consecuencia, quien pretenda alegar que una eventual prestación personal de un servicio se dio bajo una modalidad contractual diferente a la laboral, deberá probarla, esto es, desvirtuar la presunción antedicha, demostrando que la prestación personal del servicio tuvo origen en un contrato ajeno al ámbito laboral.

Al respecto, nuestra H. CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en

consecuencia, **se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.**

Es necesario recordar que los jueces del trabajo y de la seguridad social están facultados para formar libremente su convencimiento con el acervo probatorio que estimen pertinente, *«inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes»*.

Sobre el tema la CSJ en sentencia SL4514-2017, señaló: *“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.”*

En el presente caso, considera la Sala que el fallador de primera instancia acertó al señalar que al probarse la prestación personal del servicio nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo, quedando como carga probatoria de la accionada desvirtuar la subordinación.

La inconformidad de la empresa demandada radica en que considera que logró desvirtuar la presunción de existencia de una relación laboral, demostrando que el actor no se encontraba subordinado; sin embargo, una vez revisadas las pruebas recaudadas dentro del expediente, observa la Sala que la única prueba aportada por la empresa demandada para éste fin, fue el testimonio del señor **Iván Eduardo Vela Rincón** quien también laboraba para la accionada y es la persona que los demás testigos (Diana Julieth Angulo Carrero, Lida Rocío Pérez Tovar, Kevin Ramírez) reconocen como el jefe del demandante, pese a que el señor Vela lo niega en su declaración. Al rendir su testimonio el señor Vela refiere que el actor no se encontraba subordinado, pues afirma que podía ir cuando quisiera, escogía cualquier camión de la empresa para hacer las activaciones y podía hacer el número de activaciones que quisiera; señalando que de ninguna manera recibía órdenes e instrucciones de él, lo cual no resulta creíble en un contrato de prestación de servicios, pues las reglas de la experiencia indican que hasta en este tipo de contratos debe existir una coordinación para el desarrollo del objeto del contrato.

Por tanto, para la Sala el testimonio del señor Vela no es convincente y no logra derruir la presunción de existencia de un contrato de trabajo, como tampoco lo hacen los demás testigos traídos al proceso por la demandada como fueron los señores Víctor Manuel Triviño y Jorge Triviño, quienes nada dijeron sobre este tema. Máxime porque como lo refieren los demás testigos Diana Julieth Angulo Carrero, Lida Rocío Pérez Tovar, Kevin Ramírez el demandante cumplía un horario de trabajo, que se controlaba enviando una foto del grupo con la hora de llegada al whatsapp que manejaba la empresa y hacer lo mismo a la salida; afirman además que el actor recibía órdenes de su jefe inmediato que era el señor Iván Vela.

Es necesario precisar, que con las documentales allegadas por la demandante, como fueron el contrato de prestación de servicios firmados por las partes (fol. 34 y s.s.), y la certificación expedida por la demandada (fol. 36), no se logra desvirtuar el elemento

subordinante, pues precisamente nos encontramos frente a la solicitud de declaratoria de existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad.

Adicionalmente, aunque del contrato de prestación de servicios no se evidencia ningún elemento que permita entender que en la realidad el actor se encontraba subordinado, lo cierto es, que si la empresa demandada tenía el convencimiento de que la relación que la unía al señor Espinosa estaba regida por un contrato de prestación de servicios, no entiende la Sala porque realizaba aportes a seguridad social en salud y pensión en favor del señor Espinosa, pues es claro que en este tipo de contratos, la seguridad social es asumida por el contratista en su totalidad.

De las anteriores probanzas, se tiene que en el presente caso se desdibujó el contrato de prestación de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante actuó bajo una actividad misional en forma dependiente o subordinada, prestando directamente sus servicios en los lugares indicados por la accionada y desarrolló actividades de Back office 4G, coordinador de ventas 4G y jefe de operaciones 4G en forma permanente durante la vigencia del contrato pactado entre las partes, lo cual se acompaña con la actividad principal de la accionada que consiste en la explotación, mantenimiento o facilitación de acceso a los servicios para la transmisión de voz, datos, texto, sonidos y video utilizando una infraestructura de telecomunicaciones satelital, como da cuenta el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio ^(fl.53) por tanto, no debió utilizar el CPS sino efectuar la vinculación a través de un contrato laboral como prevé la ley, pues es claro que la labor desempeñada por el actor fue de carácter permanente, ligada estrechamente al objeto social de la compañía, no temporal o transitoria.

Conforme a lo anterior, se configuraron entonces, los elementos del artículo 23 del CST, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto el señor Espinosa prestó sus servicios como Back office 4G, coordinador de ventas 4G y jefe de operaciones 4G para la demandada.

b) La **subordinación**, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría o supervisión, de las funciones propias al cargo de Back office 4G, coordinador de ventas 4G y jefe de operaciones 4G, sino que también se extendió a impartirle órdenes e instrucciones para el cumplimiento de las mismas. Por lo que, de conformidad con los documentos tales como los CPS y los testimonios arrimados al cartulario, no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y exposición del servicio prestado por el accionante a la autoridad de un jefe, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad del trabajador. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda de que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el contrato de prestación de servicios en el que se estipuló

un salario inicial de \$862.000; que a partir del mes siguiente recibiría \$900.000 y que a partir del tercer mes recibiría \$1'100.000.

Reunidos los elementos del artículo 23 del CST, como acertadamente lo dijo el fallador de primera instancia, no hay duda que la prestación de servicios personales del actor se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar al señor DANNY XAVIER ESPINOSA PEÑUELA, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometido a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Extremos de la relación laboral

No se discute que el extremo final de la relación laboral lo fue el 27 de junio de 2016, conforme lo certificó el empleador el 29 de agosto del 2017, visible a folio 37.

La inconformidad del demandante radica en el extremo inicial de la relación laboral, pues mientras el fallador de primera instancia señaló que había iniciado el 10 de mayo del 2015, conforme a la declaración rendida por la señora Diana Julieth Angulo Carrero, quien manifestó que ella había comenzado a laborar en esa fecha y que cuando ingresó el actor ya se encontraba prestando servicios para la demandada; la parte activa insiste en que el contrato comenzó el 1º de abril del 2015.

Una vez revisadas las pruebas encuentra la Sala que ninguno de los documentos ni de los testimonios recibidos da cuenta del extremo inicial de la relación laboral del demandante para el 1º de abril del 2015 como lo pretende el actor, pues nótese que el contrato de prestación de servicios (fl. 32) lo suscribieron las partes el 23 de febrero del 2016 fecha incluso posterior a la señalada por el a quo y en ninguna de las certificaciones dadas por el empleador de fecha 29 de agosto del 2017 y 11 de diciembre del 2017 (fl. 36 y 37) se plasmó el extremo en el cual el actor comenzó a prestar sus servicios para la demanda.

Tampoco se puede establecer el extremo inicial con los correos electrónicos enviados por el actor a partir del 11 de abril del 2015 a los correos ivonmarcela.corpha@gmail.com, ivan50044@gmail.com, como quiera que no existe ninguna prueba de que esos correos pertenezcan a algún empleado de la demandada.

Por tanto, al no existir ninguna prueba que permita establecer que la relación laboral entre las partes comenzó desde el 1º de abril del 2015 como lo pretende el actor, no es posible modificar el extremo señalado por el fallador de primera instancia.

Salario

Para el fallador de primera instancia al no encontrarse acreditado un salario entre el 10 de mayo del 2015 y el 23 de febrero del 2026, fecha en la cual las partes suscribieron el contrato, estableció que correspondía al salario mínimo legal vigente y que, de acuerdo a su estipulación, en el primer mes el actor devengó la suma de \$862.000, el segundo mes \$900.000 y a partir del tercer mes \$1'100.000.

El actor señala que conforme a los extractos bancarios que aparecen a folio 24 a 30 se prueba que devengó la suma de \$2'500.000; al revisar los extractos se observa que el actor recibió en su cuenta mensualmente bajo el concepto "ABONO DOMI. 900480654 VEINTE DE JULIO" una suma mensual variable, sin embargo, como lo dijo el A quo, no existe forma de establecer que hubiese correspondido a un pago realizado por la empresa demandada como contraprestación de sus servicios. Adicionalmente al revisar las sumas que le fueron consignadas, encuentra la Sala que ninguna de ellas se hizo por la suma de \$2'500.000, por lo que contrario a lo que pretende el actor en su apelación, con dichos extractos no se demuestra que el actor devengara esa suma de dinero por concepto de salario.

Ahora, también señala en su alzada que las consignaciones se le hicieron por una suma inferior, pues la empresa le estaba descontando \$1'000.000 mensual por un préstamo que le había realizado para la compra del vehículo, lo cual no es de recibo para la Sala como quiera que a folio 106 y s.s. aparecen certificaciones de los abonos que realizaba el demandante a la empresa demandada y nada se dice sobre descuentos de su salario.

De la 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.

La parte demandante refiere que no es cierto que la prescripción se haya interrumpido con la radicación de la demanda como lo dijo el a quo, pues el 12 de julio del 2016 mediante correo electrónico presentó reclamación a su empleador.

Al revisar el pantallazo del correo electrónico del 12 de julio del 2016, visible a folio 23, se concluye que no conduce a interrumpir la prescripción, contrario a lo manifestado por el apoderado de la parte actora, como quiera que primero, esta dirigido a ETB y Julieth1782, no existiendo certeza de que Julieth sea trabajadora de la demandada, por lo que ni siquiera se sabe si fue recibido por el empleador, y segundo, en el correo solicita se revise su liquidación señalando que no le pagaron los días laborados completos, pero no reclama ni prestaciones, ni vacaciones, por lo que con dicho correo no se interrumpe la prescripción.

Por consiguiente, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia la prescripción sólo se interrumpió con la radicación de la demanda, por lo que se confirmará este punto.

Recargos dominicales

El fallador de primera instancia señaló que no se probaron cuáles dominicales laboró por lo que no se podía impartir condena; decisión con la que no está de acuerdo el apoderado de la parte actora quien manifiesta que con los testimonios se logra probar que el actor laboraba los domingos.

Al escuchar las declaraciones de los testigos traídos por la parte demandante se observa que la señora Diana Julieth Angulo Carrero manifestó que trabajaban de domingo a domingo y que el día compensatorio era el día lunes, que le consta que el actor tuvo ese horario cuando estuvo como coordinador de ventas 4G y jefe de operaciones 4G pero que no sabe cómo fue el horario cuando estuvo en el cargo de Back office 4G, sin embargo, no estableció exactamente en que lapso el actor desempeñó cada uno de los diferentes cargos, por lo que como acertadamente lo dijo el fallador primigenio, no es posible cuantificar cuántos domingos laboró el demandante para poder impartir algún tipo de condena.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en su integridad.

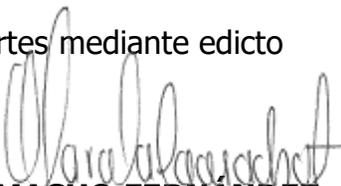
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de septiembre del 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

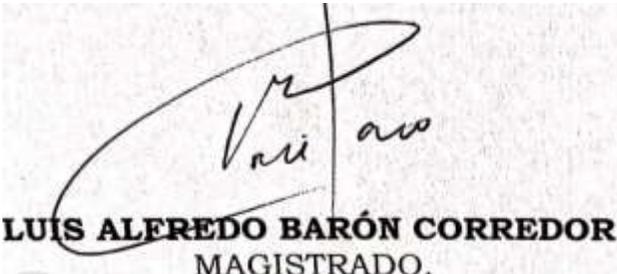
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: HILDA MARIA SANCHEZ DE SALAMANCA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-24-2018-00242-01
ASUNTO: CONSULTA EN FAVOR DEL DEMANDANTE
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

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 el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Hilda María Sánchez de Salamanca en calidad de cónyuge supérstite instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Martiniano Salamanca Hernández en virtud del principio de la condición más beneficiosa aplicando el Decreto 758 de 1990. Como consecuencia, se le reconozca la pensión junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s).

Solicita como pretensión subsidiaria se le reconozca la pensión de sobreviviente con base en el párrafo 1° del art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 en concordancia con el art. 33 de la Ley 1100 de 1993.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: el señor Martiniano Salamanca Hernández nació el 15 de diciembre de 1940; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 40 años de edad; que falleció el 6 de octubre del 2003; que el causante contrajo matrimonio con la demandante el 12 de julio de 1969; que convivieron hasta el momento en que falleció el señor Salamanca; que de esa unión procrearon 4 hijos; que nunca se separaron; que el causante antes de fallecer alcanzó a cotizar 754.8 semanas.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 33), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda señalando que se opone a las pretensiones de la demanda argumentando que en virtud de la condición más beneficiosa la pensión del actor sólo puede ser estudiada bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 en su redacción original y que en el presente caso no se cumplen con los requisitos de dicha normatividad. Propuso como excepciones de fondo las de falta de requisitos legales para acceder a la prestación, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema y prescripción. (fol. 3y ss.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Su decisión se basó en que la norma aplicable es la vigente al momento del fallecimiento es decir la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003. Que acoge la postura de la CSJ en cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, por lo que no se puede hacer una revisión histórica de normas, por lo que su pensión no puede estudiarse con el Acuerdo 049 de 1990. Señala que al estudiar la pensión solicitada con la Ley 100 de 1993 en su redacción original teniendo en cuenta el período establecido por la CSJ entre el 29 de enero del 2003 y el 29 de enero del 2006 el causante no cumplió con el requisitos de semanas establecida por lo que no dejó causado el derecho para sus beneficiarios.

Al estudiar la pretensión subsidiaria señaló que el causante no logró acreditar las semanas para acceder a una pensión de vejez por lo que no se debe absolver a la demandada también de esta pretensión.

5. Impugnación demandante. Ninguna de las partes presentó recurso de apelación.

6. Alegatos Colpensiones. Solicita básicamente se de aplicación al criterio de la CSJ por lo que manifiesta que la pensión de la demandante no puede estudiarse al Amparo del Decreto 758 de 1990 en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la demandante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿En virtud de la ineficacia del traslado de la actora, está Colpensiones obligada a activar la afiliación de la accionante en el régimen que aquella administra o esto representa un detrimento para dicha entidad?

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Cuál es la normatividad aplicable al presente caso?; (ii) ¿La señora Hilda María Sánchez de Salamanca en calidad de cónyuge supérstite tiene derecho al reconocimiento y pago deprecada?; (iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción? y (iv) ¿es

procedente condenar a Colpensiones a pagar los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993?

Calidad de Afiliado

No se discute que el señor **MARTINIANO SALAMANCA HERNANDEZ** (q.e.p.d.), ostentaba el estatus de afiliado a Colpensiones; hecho que fue aceptado desde la contestación de la demanda y se corrobora con la historia laboral expedida por el fondo de pensiones visible a folio 22-23.

Fallecimiento señor Martiniano Salamanca Hernández

Tampoco se controvierte que el señor MARTINIANO SALAMANCA HERNÁNDEZ (q.e.p.d.) falleció el 6 de octubre del 2003, como da cuenta el registro defunción que milita a folio 28.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable en un principio para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 modificados por el art. 12 y 13 de la Ley 797 del 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en octubre del 2003. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos pensión de sobrevivientes Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003

El numeral 2º del art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando éste hubiera cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

En el presente caso, se probó que el señor **Martiniano Salamanca Hernández** falleció el **6 de octubre del 2003**, por lo que para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para sus beneficiarios, debía acreditar 50 semanas entre el 6 de octubre del 2000 y el 6 de octubre del 2003, lo cual no ocurrió, pues el causante realizó su última cotización para el ciclo de julio de 1986 como da cuenta su historia laboral visible a folio 22, por lo que en los 3 años anteriores a su fallecimiento el señor Salamanca no realizó ninguna cotización.

Principio de la condición más beneficiosa

Teniendo en cuenta que no se cumplen los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, pasa la Sala a estudiar si al presente caso le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, previsto en el art. 53 de la Constitución Política.

Respecto a este principio, es necesario recordar que tanto la Corte Constitucional en la sentencia **SU 005-2018** como la CSJ en la sentencia SL 701 del 2020, coinciden en señalar que se distingue porque: (i) opera ante el tránsito legislativo en aquellos eventos en que el legislador no consagró un régimen de transición, (ii) para su aplicación se debe cotejar una norma derogada con una vigente y (iii) el destinatario debe poseer una situación jurídica y fáctica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se les desmejora. Por lo que es claro que dicho principio no nació para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva Ley puede modificarles el régimen pensional; sino para un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia.

Frente al **primer presupuesto**, lo primero que se debe advertir es que el régimen de transición contenido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, no puede ser aplicado a las pensiones de sobreviviente, toda vez que tal como lo expresara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data, Rad 24.280 del 5 de Julio del 2005, el mismo no puede estar sometido a contingencias improbables de predecir, como es en este caso la muerte del causante. Cumpliéndose así con la primera característica.

No sobra resaltar que la pensión hace parte de aquellos derechos que no se consolidan en un solo acto sino que necesitan una serie de hechos sucesivos v.gr, el cumplimiento de la edad y la densidad de semanas cotizadas, para lograr su reconocimiento, es así como aquella persona que cumple la densidad de cotizaciones necesarias, pero no cumple la edad, ha cumplido uno de los dos hechos necesarios para acceder a ella, presentándose para dicha persona un **derecho eventual**, que no es un derecho adquirido o consolidado mientras no cumpla la edad, pero si es una situación que excede la mera expectativa y que es protegida por el legislador, de allí la génesis del régimen de transición. En la pensión de sobreviviente el derecho eventual se genera cuando se logra la densidad de cotizaciones necesarias para acceder a ella.

En relación con el **segundo presupuesto** y a efecto de determinar cuál es la norma derogada que se va cotejar, es necesario precisar que la sala mayoritaria de esta Sala toma distancia del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, quien para la aplicación de la condición más beneficiosa sólo permite aplicar la norma inmediatamente anterior y además incorpora para el cumplimiento de los requisitos un **límite temporal** de 3 años, comprendidos entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, fundamentado en una zona de paso entre la ley 100 y la ley 797(sentencia 4650/17 y SL 658/18), y acoge la postura de nuestra Corte Constitucional, pacífica desde el año 2010, encontrándose actualmente unificada en la sentencia **SU 005 del 2018**, pues considera que cuando es necesario regresar a la norma inmediatamente anterior, no se debe condicionar su aplicación a ningún límite temporal, ni aplicar ningún test de procedibilidad.

Adicionalmente, la postura de nuestra Corte Constitucional, permite para quienes la norma vigente es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 aplicar en virtud del principio de la condición más beneficiosa cualquier normatividad en la que se cumpla el número de semanas exigido para dejar causada la prestación, siendo posible aplicar la ley 100 de 1993 en su redacción original, el Decreto 758 de 1990 o cualquier normatividad anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, y **sin que contemple límites temporales para su conservación**, aunque si un **test de procedencia** para quienes pretendan no la aplicación del régimen inmediatamente anterior- que en este caso sería la Ley 100 de

1993 en redacción original-, sino los anteriores a este. En otras palabras, la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990 o cualquier otra norma anterior, que permita determinar si el peticionante se encuentra en **condición de vulnerabilidad**, sin que ello implique efectuar una indagación histórica e ilimitada de las normas en el tiempo sino contraída únicamente a la historia de afiliación del de cujus, como lo advierte nuestra Corte Constitucional.

Requisitos pensión de sobrevivientes Ley 100 de 1993 (redacción original)

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, establece a los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes lo siguiente: (i) si el afiliado se encontraba cotizando al sistema debía acreditar 26 semanas al momento de la muerte y (ii) en caso de no encontrarse cotizando debía haber efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, en el presente caso no se cumplen los requisitos establecidos en esta normatividad, como quiera que para la fecha en que falleció el señor Salamanca Hernández – 6 de octubre del 2003- no se encontraba cotizando, pues su última cotización la realizó para el ciclo de julio de 1986, por lo que no cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento; razón por la cual no se dejó causado el derecho para sus beneficiarios.

Requisitos pensión de sobreviviente – Acuerdo 049 de 1990-

Pasa la Sala a examinar si la demandante cumple con las 5 condiciones necesarias y concurrentes que conforman el test de procedencia, contenidas en la sentencia SU 005 del 2018, a efecto de determinar si se encuentra en **condición de vulnerabilidad** que permita la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, advirtiendo previo a ello, que según el reporte de cotizaciones, obrante a folio 50, la señora **HILDA MARÍA SANCHEZ DE SALAMANCA** (demandante), cuenta con 512.86 semanas cotizadas, siendo su última cotización para el ciclo de junio del 2005 a través del empleador ESE HOSPITAL SAN RAFAEL.

Test de Procedencia		
Primera condición	Pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo, tales como: analfabetismo, vejez , enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.	La demandante Hilda María Sánchez de Salamanca contaba con 56 años de edad para la fecha en que falleció el señor Salamanca Hernández y 70 años de edad para la data en que instauró la presente acción judicial, pues nació el 27 de agosto de 1947 como da cuenta la fotocopia de su cédula visible a folio 13, integrando actualmente el grupo etario de la tercera edad, al acreditar una edad superior a los 60 años, conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-047/15 y T-082/18, con apoyo en los arts. 46 de la

		<p>Constitución Nacional y 7 de la Ley 1276 de 2009.</p> <p>Por tanto, la demandante cumple con este primer requisito al pertenecer a un grupo poblacional de especial protección constitucional</p>
Segunda condición	<p>Afectación directa al mínimo vital y, en consecuencia, a una vida en condiciones dignas por la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.</p>	<p>Este requisito ha de analizarse con posterioridad al fallecimiento del afiliado, puesto que versa sobre las condiciones materiales de vida que la persona afronta ante la muerte del causante. En otras palabras, lo que exige el referido test de procedencia en este punto, no es un análisis de dependencia económica de la demandante al momento del fallecimiento del afiliado, sino que se aviene a determinar si la falta de reconocimiento de la prestación económica de sobrevivencia pone en situación de vulnerabilidad a la parte actora.</p> <p>Presupuesto que no logra acreditarse en el proceso, pues conforme lo relata el testigo traído por la demandante el señor Juan de Jesús Moreno Ruíz quien manifestó laborar con la parte activa en el mismo Hospital, la accionante era la persona que sostenía el hogar antes del fallecimiento del señor Salamanca Hernández con su trabajo como enfermera en el HOSPITAL SAN RAFAEL y que laboró allí hasta el momento en que Colpensiones le reconoció una pensión de vejez; declaración que se corrobora con la historia laboral de la demandante visible a folio 50 y al revisar la página del RUAF en la cual figura que la demandante actualmente se encuentra pensionada mediante la Resolución 384266 del 31 de octubre del 2014; registro en el cual además se señala Tipo de pensionado "Régimen de Prima media con tope máximo de pensión".</p> <p>De esta manera, no existen elementos de juicio que permitan concluir que la demandante vio afectado su mínimo vital ante el fallecimiento del señor Salamanca Hernández.</p>
Tercera condición	<p>Dependencia económica del causante antes del fallecimiento, de tal manera que la pensión de sobreviviente</p>	

	sustituye el ingreso.	
Cuarta condición	Circunstancias de imposibilidad de cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones del causante.	En relación con este tópico, una vez revisado el expediente no encuentra la Sala ninguna prueba que permita establecer que el señor Camacho Villate, se encontraba en circunstancias en las cuales no le era posible cotizar al Sistema General de Pensiones, máxime cuando ninguna alusión a este aspecto se dijo en los hechos de la demanda.
Quinta condición	El accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.	Este presupuesto tampoco se logra acreditar, pues nótese que el causante falleció el 6 de octubre del 2003 y la accionante solamente instauró el presente proceso hasta el 26 de abril del 2018, es decir, después de 14 años.

Precisado lo anterior, es claro que la señora Sánchez de Salamanca no probó las cinco (5) condiciones exigidas por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, proferida con antelación a la fecha de radicación de la demanda, constitutivas del test de procedibilidad, por tanto, no puede ser considerada como una persona vulnerable y, en consecuencia, no puede estudiarse su derecho al amparo del Acuerdo 049 de 1990 en virtud de la condición más beneficiosa; por lo que se confirma la absolución impartida en primera instancia.

Requisitos pensión de sobreviviente -parágrafo 1° art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003- (pretensión subsidiaria)

El parágrafo 1° del art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 establece que cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

Para la fecha en que falleció el señor Salamanca Hernández el 6 de octubre del 2003 la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 exigía para acceder a una pensión de vejez haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo; requisito que tampoco logró cotizar el señor Salamanca Hernández quien únicamente alcanzó a cotizar 734.57 semanas conforme aparece en la historia laboral visible a folio 22.

Por consiguiente, es claro que el señor Salamanca Hernández no logró dejar causado el derecho para sus beneficiarios, por lo que no queda otro camino que confirmar la absolución impartida 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 25 de agosto del 2020, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

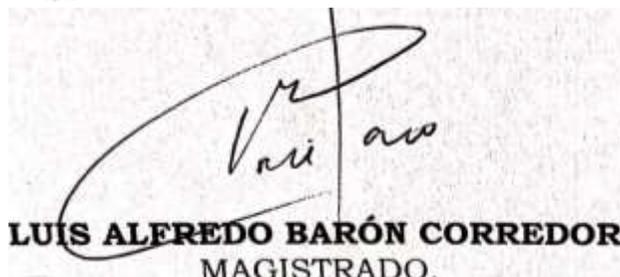
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(salva voto)

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LICET DAMIT OLIVO TEHERAN
DEMANDADO: CAPRECOM
RADICACIÓN: 1100131050-07-2017-00802-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO CAPRECOM

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. Licet Damit Olivo Teheran instauró demanda ordinaria contra FIDUPREVISORA como agente liquidador de CAPRECOM con el fin de que se DECLARE que entre CAPRECOM y la accionante existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de agosto del 2012 al 31 de marzo del 2013, el cual finalizó sin justa causa. Que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo celebrada entre CAPRECOM EICE y SINTRACAPRECOM. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar las sumas de dinero correspondientes por concepto de salarios, incrementos salariales convencionales, auxilio de alimentación convencional, auxilio educativo convencional, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de junio convencional, prima de navidad convencional, prima de servicios convencional, prima de vacaciones convencional, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de retiro, bonificación por firma de la convención, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, indexación, aportes a seguridad social, beneficios convencionales en salud y educación y las costas del proceso. (fol. 109 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se vinculó a CAPRECOM el 14 de agosto del 2012 hasta el 31 de marzo del 2013; que su contrato finalizó sin justa causa; que el último salario devengado fue de \$1'792.549; que cumplió un horario de trabajo; que sus servicios los prestó de manera subordinada; que fue contratada mediante contratos de prestación de servicios; que el último cargo desempeñado fue el de "Auditora de facturación del comité técnico científico"; que ostentó la calidad de trabajadora oficial; que el sindicato SINTRACAPRECOM suscribió con el empleador una convención colectiva de trabajo; que la convención colectiva de trabajo es aplicable a todos los trabajadores de CAPRECOM; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la demanda.

2. Contestación FIDUPREVISORA. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que en ningún momento la demandante le prestó sus servicios a CAPRECOM, ni fue trabajadora de dicha entidad. Que únicamente suscribió y ejecutó las órdenes de prestación de servicio en favor de CAPRECOM. Propuso como excepciones de fondo las de pago total, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral y contrato de trabajo, cobro de lo no debido, **prescripción**, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, mala fe e indebido agotamiento de la vía gubernativa. (fol. 200 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de octubre del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 180)

Su decisión se basó en que, aunque se logró probar la prestación personal del servicio, la parte demandante no demostró que se encontraba subordinada, el cual es el elemento diferenciador entre un contrato de trabajo y un contrato de prestación de servicios.

4. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de apelación argumentando que al probarse la prestación del servicio nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo, trasladando la carga probatoria a la parte demandada quien debía desvirtuar la subordinación, lo cual no hizo, por lo que se debe impartir sentencia condenatoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la 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 centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Entre las partes existió un contrato de trabajo, en caso positivo, que calidad de trabajadora ostentó la demandante?

(ii) ¿Existió un único contrato de trabajo a término indefinido entre 14 de agosto del 2012 al 31 de marzo del 2013?

(iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

(iv) ¿Se debe condenar a las siguientes acreencias legales: ¿salarios, incrementos salariales, auxilio de alimentación convencional, auxilio educativo convencional, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de junio convencional, prima de navidad convencional, prima de servicios convencional, prima de vacaciones convencional, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de retiro, bonificación por firma de la convención, indemnización por despido sin justa

causa, sanción por no consignación de las cesantías, indexación, aportes a seguridad social, beneficios convencionales en salud y educación?

(v) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa?

(vi) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización moratoria, en caso positivo, debe limitarse a la liquidación del CAPRECOM?

Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba la demandante

En el presente proceso se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios de manera personal a CAPRECOM como **Auxiliar Administrativo de apoyo a la Gestión en recobros en la Subdirección EPS**, tal y como se evidencia en los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes (fol. 64 y s.s.), las cuentas de cobro (fol. 77 y s.s.) y la declaración de la señora Janeth Rivera Morales compañera de trabajo de la demandante.

Demostrada la prestación personal del servicio opera la **presunción de existencia de un contrato de trabajo**, conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual no fue desvirtuada por la demandada, pues si bien existen documentos que ponen de presente que las partes suscribieron contratos de prestación de servicios, lo cierto es que no son suficientes para derruir la presunción, teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Fuera de la enunciada presunción y contrario a lo dicho por el fallador de primera instancia, el elemento denominado **subordinación**, característico del contrato del trabajo, se encuentra acreditado con la declaración de la señora Janeth Rivera Morales (CD fol. 254), quien señaló que también laboró en CAPRECOM y que aunque no estaban en la misma área, tenía conocimiento de que la demandante cumplía un horario de trabajo, que trabajaba con los elementos suministrados por CAPRECOM en sus instalaciones y que recibía órdenes e instrucciones de sus jefes inmediatos; declaración que no fue objeto de tacha de sospecha y tampoco se observó parcialidad alguna que afecte su dicho.

Adicionalmente, se señaló en el texto de los contratos de prestación de servicios citados, que debe realizar ciertas actividades de frente al supervisor, simulando esta figura, que quedó desvirtuada con la prueba testimonial recaudada en la que se señaló que en realidad la demandante tenía un jefe directo que le impartía ordenes e instrucciones, estipulaciones que no resultan acordes con la autonomía que debe reinar en los contratos de prestación de servicios. Y es que necesario precisar que como lo dice la parte activa en su recurso de apelación, al nacer la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la carga probatoria se trasladó a la demandada quien debía desvirtuar la presunción, lo cual no hizo.

Se configuraron entonces, los elementos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945 y de su reglamentario, el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto la trabajadora fue Auxiliar Administrativa de apoyo a la Gestión en recobros en la Subdirección EPS. En este punto es importante destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios

que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como aquellos que "requieran de conocimientos especializados", sin que pueda decirse que las labores relacionadas con auditar facturas médicas, requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros educativos, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por la demandante, no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos a la demandante para acceder al cargo. Por lo que no queda duda, ni ambigüedad alguna, que estamos frente a una relación laboral.

b) La **subordinación**, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría, de las funciones propias al cargo de auxiliar administrativa, sino que también se extendió a la fijación de horarios, instrucciones y exigencias para cumplir funciones. Por lo que, de conformidad con la declaración de la señora Janeth Rivera Morales vinculada a CAPRECOM y de documentos tales como los CPS no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y exposición del servicio prestado por la accionante a la autoridad de los jefes de turno, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios (fol. 64 y s.s.) y en las cuentas de cobro (fol. 78), que dan cuenta que la accionante percibió como salario durante la relación laboral la suma de \$1'271.000.

Reunidos los elementos del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, no hay duda que la prestación de servicios personales de la actora se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora LICET DAMIT OLIVO TEHERAN, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Tampoco existe duda respecto a que la demandante ostentó la calidad de **trabajadora oficial**, toda vez que la naturaleza jurídica de CAPRECOM está definida como una empresa industrial y comercial del estado, tal y como se indica en el artículo 1º de la Ley 314 de 1996, por tanto, debe seguirse la regla general consagrada en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 calidad que igualmente se extrae del contenido de la sentencia C-579 del 340 de octubre de 1996 y que es aceptada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia con número de radicado 21672 del 25 de marzo del 2004, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

En consecuencia, se equivocó la falladora de primera instancia cuando negó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y la calidad de trabajadora oficial durante su vigencia; razón por la cual se revocará el fallo apelado.

Existencia de un único contrato de trabajo

De los diferentes contratos de prestación de servicios (fol. 64 y s.s.) y de las cuentas de cobro (fol. 78 y s.s.), se puede establecer que la accionante fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios, sin solución de continuidad, entre el **14 de agosto del 2012 al 31 de marzo del 2013**, por lo que se tendrán estos como extremos laborales.

Convención Colectiva de Trabajo

Es necesario señalar que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM el 20 de diciembre del 2011, es aplicable a la demandante, como quiera que se allegó el texto convencional acompañado de la respectiva constancia de su depósito en el Ministerio de la Protección Social (folios 37 y s.s.), no existe prueba de la denuncia de dicha Convención, y además conforme al art. 471 del CST al ser el sindicado SINTRACAPRECOM mayoritario las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores sean o no sindicalizados.

Normatividad legal aplicable

Teniendo en cuenta que CAPRECOM es una empresa Industrial y Comercial del Estado la normatividad aplicable es el Decreto 2127 de 1945 *"Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general"*; el Decreto 3135 de 1968 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"*; el Decreto 1848 de 1969 *"Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968"* y la convención colectiva de trabajo.

Es necesario precisar, que el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los trabajadores oficiales de CAPRECOM, como quiera que en su artículo 2º establece que para los efectos del decreto 1045 de 1978, se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional la Presidencia de la República, los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado y así lo dejó sentado nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL981-19.

Excepción de prescripción

Las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En este punto es necesario precisar que, al haber tenido el actor la calidad de **trabajador oficial**, el término prescriptivo de las prestaciones sociales a la fecha del finiquito debe contabilizarse una vez vencidos los 90 días calendario que tiene la administración para el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones (CSJ SL 3503-2019).

En relación con las **cesantías**, éstas en principio son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en la sentencia SL 981-2019 en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*, sin embargo, como se señaló precedentemente, en tratándose de trabajadores oficiales su exigibilidad se traslada a la fecha de **vencimiento de los 90 días** calendario que tiene la accionada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Respecto de la compensación de las **vacaciones**, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 *«causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho»*, premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas (negrillas fuera de texto).

Así mismo, conforme al art. 46 del D. 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de **30 días para solicitarlas**, a partir del cual *«comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»*

Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador) y no desde la terminación del contrato.

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles.

Aclarado lo anterior y como se anotó en precedencia, se reclaman derechos laborales causados en el curso de la relación laboral y a la finalización de la misma. Por tanto, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 14 de agosto del 2012 al **31 de marzo del 2013** y que los **90 días** calendario con que contaba la demandada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones vencieron el **29 de junio del 2013**, el actor tenía hasta el **29 de junio de 2016** para efectuar la **reclamación administrativa** tendiente a interrumpir la prescripción, misma que surtió el **16 de marzo del 2016** (fol. 33), habilitándose nuevamente el término de 3 años para iniciar la acción judicial, el cual fue atendido en razón a que la **demand**a fue radicada el **19 de diciembre del 2017** (fol. 103), en consecuencia, puede concluirse que no operó la prescripción para reclamar las acreencias laborales exigibles a la terminación del contrato.

Sin embargo, como algunas de las acreencias laborales reclamadas son **de carácter periódico**, definidas como aquellas que el empleador está obligado a pagar mientras esté vigente el contrato en forma continuada o repetida, resultan en este caso prescritas aquellas no reclamadas dentro de los tres años de la prescripción ordinaria,

es decir, aquellas que su exigibilidad tuvo lugar 3 años antes de la reclamación administrativa. En esas condiciones, se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales **exigibles con anterioridad al 16 de marzo del 2013, con excepción de las vacaciones**, cuyo término prescriptivo se cuenta pasado 1 año y 1 mes de su causación, es decir, que no se encuentran cubiertas con el manto de la prescripción.

Acreencias laborales

Se pasan a estudiar las acreencias laborales pretendidas en la demandante, teniendo como salario la suma de \$1'271.000 durante la relación laboral.

Salarios e incremento salarial

El artículo 45 de la convención colectiva de trabajo establece que CAPRECOM incrementará el salario de los trabajadores oficiales beneficiarios de la convención Colectiva para las vigencias fiscales 2012 y 2013, en un punto porcentual adicional al IPC causado a 31 de diciembre del 2011 y al IPC causado a 31 de diciembre del 2012 respectivamente.

Conforme a la anterior, y teniendo en cuenta que el salario de la demandante para el año 2012 era de \$1'271.000 al aplicarle el incremento salarial convencional se tiene que tenía derecho a devengar para el año 2013 la suma de **\$1'314.722,40**.

Conforme a lo anterior, se condena a la demandada a pagar la suma de **\$43.722,40** por el incremento salarial causado en el mes de marzo del 2013, toda vez que el mismo se hace exigible finalizado el mes de labor al haberse pactado el salario de manera mensual, no diaria. Los incrementos anteriores se encuentran prescritos, conforme lo explicado en acápite precedente.

<i>Fecha inicial</i>	<i>Fecha final</i>	<i>Incremento IPC + 1% CONVENCION</i>	<i>Valor Salario</i>
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.271.000,00
01/01/13	31/12/13	2,44% + 1%	\$ 1.314.722,40

Subsidio de Alimentación

En el artículo 46 de la convención colectiva de trabajo se estipuló que CAPRECOM reconocerá como subsidio de alimentación para el año 1997 el valor pagado en 1996 más el porcentaje reconocido por el Gobierno Nacional para el año 1997 hasta el tope reconocido por el mismo y que para el año 1998 se liquidará en igual forma.

Teniendo en cuenta que las partes únicamente acordaron que el subsidio de alimentación se otorgaría para los años 1997 y 1998 fecha para la cual la demandante se no encontraba laborando para dicha entidad, no hay lugar a impartir condena por este concepto.

Auxilio de cesantías

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 advierte que las cesantías se liquidan anualmente, pero son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral.

Igualmente, señala la norma que corresponden a un mes de sueldo, de manera que al realizar las respectivas operaciones aritméticas tomando únicamente el salario de la demandante como lo indica la norma en mención, se obtiene la suma de **\$812.366,71** por las cesantías causadas durante la vigencia del contrato.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2012	\$ 1.271.000	\$ 0	\$ 1.271.000	137	\$ 483.686,11
2013	\$ 1.314.722	\$ 0	\$ 1.314.722	90	\$ 328.680,60
Total Auxilio de cesantías					\$ 812.366,71

Intereses a las cesantías

No existe norma que contemple los intereses a las cesantías para los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado, ni tampoco fueron consagrados en la convención colectiva de trabajo; razón por la cual se absuelve de esta pretensión.

Vacaciones

El art. 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece que respecto de las vacaciones CAPRECOM reconocerá lo establecido en la Ley.

El art. 8 del Decreto 3135 de 1968 establece que los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosas.

Por su parte, el art. 10 ibídem dispone que cuando el trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado.

Al efectuar las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta que se declaró no probada la excepción de prescripción en relación con la compensación de vacaciones encuentra la Sala que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de **\$414.502,75**

Vacaciones -inició el contrato el 14 DE AGOSTO DEL 2012-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
14-08-2012 a 31-03-2013	terminación contrato	\$ 1.314.722,40	227	\$ 414.502,75
Total Vacaciones				\$ 414.502,75

Prima de Junio convencional

El artículo 49 de la convención colectiva de trabajo indica que CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores 15 días adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de junio.

Sin embargo, una vez verificadas las documentales obrantes en el expediente no es posible establecer el monto de la prima de junio que cancelaba la demandada, prestación legal que tampoco fue reclamada dentro de la presente litis, valor que resulta necesario para calcular el concepto en cuestión, razón por la cual no es posible fulminar condena sobre este pedimento.

Prima de navidad convencional

El artículo 50 de la convención colectiva de trabajo indica que CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores 15 días adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de navidad, la cual se paga en los primeros 15 días de diciembre.

Sin embargo, una vez verificadas las documentales obrantes en el expediente no es posible establecer el monto de la prima de navidad que cancelaba la demandada, prestación legal que tampoco se pretendió en el presente proceso, valor que resulta necesario para calcular el concepto en cuestión, razón por la cual no es posible impartir condena sobre este pedimento.

Prima de servicios convencional

El artículo 51 de la convención colectiva señala que la prima de servicios está reconocida en los artículos 49 (prima de junio) y en el 50 (prima de navidad) de la presente convención, las cuales no salieron avantes.

Prima de vacaciones convencional

El artículo 52 de la convención colectiva dispone que CAPRECOM reconocerá como prima de vacaciones a sus trabajadores oficiales lo establecido en la ley.

Es necesario precisar que la Ley no contempla la prima de vacaciones para los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado, razón por la cual se absuelve de esta pretensión.

Bonificación por servicios prestados

El artículo 55 de la convención colectiva dispone que CAPRECOM continuara reconociendo a sus servidores públicos la bonificación por servicios prestados con los topes y requisitos establecidos en la Ley.

Como quiera que la Ley no contempla la bonificación por servicios prestados para los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado, se absuelve de esta pretensión.

Prima de antigüedad convencional

El artículo 56 de la CCT señala que CAPRECOM reconocerá una prima de antigüedad, por una única vez a los trabajadores oficiales que haya cumplido o cumplan 10 años de servicios.

En el presente caso la demandante laboró para CAPRECOM del 14 de agosto del 2012 al 31 de marzo del 2013, es decir, no laboró ni siquiera un año completo, por lo que no tiene derecho a la prima de antigüedad.

Prima de Retiro convencional

La Convención Colectiva de Trabajo en su artículo 58 establece que CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus servidores públicos, el equivalente a dos (2) meses de salario, así pues, es claro entonces que le asiste derecho a la trabajadora al reconocimiento y pago de este beneficio extralegal.

Se condenará entonces a la demandada a pagarle a la actora la suma de **\$2'629.444,8** por prima de retiro convencional, liquidada sobre el último salario declarado, esto es, la suma de \$1'314.722,40.

Bonificación por firma de la convención colectiva de trabajo

El artículo 78 de la convención establece que se reconocerá una bonificación a los servidores públicos vinculados a la planta de personal a la fecha de firma de la convención. Teniendo en cuenta que la convención se firmó el 13 de diciembre del 2011, fecha para la cual no se encontraba vinculada la parte activa a CAPRECOM, es claro que no tiene derecho a esta bonificación.

Indemnización por despido sin justa causa

El contrato de trabajo que unió a las partes se entiende celebrado por plazo presuntivo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, tal y como lo ha explicado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 4701-2020 en la que señaló que de conformidad con la normatividad en cita, la figura del plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales cuando no se determine el plazo del contrato de trabajo o se especifique que es indefinido, debiendo entenderse celebrado por periodos de seis meses.

Ahora, al encontrarnos frente a la declaratoria de un contrato de trabajo por virtud de la primacía de la realidad, es claro para la Sala que al CAPRECOM no haberle suscrito un nuevo contrato a la demandante, se entiende que la despidió.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la finalización del vínculo se dio por el vencimiento del plazo previsto para el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, lo cual no constituye una justa causa de despido en los términos del

artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, procede la condena a la indemnización por despido injusto.

De conformidad con el art. 51 ibídem, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar.

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo comenzó el 14 de agosto del 2012 el plazo presuntivo de 6 meses finalizaría el 13 de agosto del 2013, sin embargo, como el contrato se dio por terminado el 31 de marzo del 2013, el actor tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa en la suma de **\$5'828.599,98**, correspondiente a **133 días de salario**, liquidados con una base salarial de \$1'314.722 mensuales o **\$43.824,06** diarios.

Aportes a pensión

La demandante solicitó entre las pretensiones de la demanda, lo siguiente:

"...pago de los aportes actualizados al sistema de seguridad social en salud y pensiones, por la omisión de afiliación al sistema de seguridad social en salud y pensiones por parte del empleador, al período comprendido entre el 14 de agosto del 2012 y el 31 de marzo del 2013"

Teniendo en cuenta que no se probó que el empleador haya afiliado a su trabajadora, se condena a la demandada a pagar al fondo en el que se encuentre afiliada la actora **el 100% de los aportes a pensión** previo calculo actuarial elaborado por el fondo de pensiones por el periodo comprendido entre el 14 de agosto del 2012 y el 31 de marzo del 2013, tomando como salario para el año 2012 la suma de \$1'271.000 y para el año 2013 la suma de \$1'314.722,40.

Lo anterior, conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

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

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

(...)

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

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

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

Aportes a seguridad social - Salud

Conforme al criterio que tiene sentado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 297-2018 lo procedente frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos. Razón por la cual se absuelve de esta pretensión.

Indemnización moratoria

En el presente proceso nos encontramos frente a una trabajadora oficial, por lo que se debe dar aplicación al artículo 1° del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y teniendo en cuenta que no se evidencia que el actuar de la demandada estuviere revestido de buena fe, pues lo que se observa es que trató de disfrazar la relación laboral que la unió a la demandante a través de contratos de prestación de servicios, no es posible exonerarla del pago de la indemnización moratoria, máxime, porque para la fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo, CAPRECOM no había ingresado en proceso de liquidación.

Adicionalmente, la CSJ ha sido clara al señalar, entre otras, en la sentencia SL 980 del 2020, que la sanción moratoria en los eventos de liquidación de una entidad oficial opera hasta que esta deja de existir, es decir, hasta la fecha de suscripción del acta final de liquidación.

En consecuencia, la demandante tiene derecho al pago de la indemnización moratoria por el no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones a razón de 1 día de salario por cada día de retardo, pero después del vencimiento del plazo gracia de 90 días calendario con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, es decir, **\$43.824,06** diarios (salario \$1'314.722), a partir del 29 de junio del 2013. (CSJ

SL1012 y SL8936 de 28/01/2015 y 08/07/2015 rad. 44651 y 42452).

En cuanto a la fecha hasta la cual debe impartirse la condena, es necesario precisar que teniendo en cuenta que la persona jurídica CAPRECOM ya se encuentra liquidada -aspecto que cambia necesariamente el escenario sobre el cual se edificó la indemnización moratoria al presentarse un nuevo hecho (extinción de la persona jurídica), tal como da cuenta el Decreto 2519 de 2015-, no es dable pregonar la mala fe de una persona jurídica inexistente, debiéndose limitar la sanción moratoria hasta la fecha en que se liquidó definitivamente dicha entidad, es decir hasta el **27 de enero del 2017**. Al hacer las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda por indemnización moratoria la suma de **\$56'445.397,68**

Indexación de la indemnización moratoria

Teniendo en cuenta que la suma de dinero señalada por concepto de indemnización moratoria, es una suma fija de dinero, pues se limita a la fecha de la liquidación de CAPRECOM, es claro, tal y como lo ha dejado sentado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 5545-2019, que resulta procedente ordenar su pago de manera indexada teniendo en cuenta la devaluación de la moneda.

Para realizar actualización monetaria se debe aplicar la siguiente formula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE –Vigente a la fecha en que se pague real y totalmente la obligación -, por el índice inicial – vigente a la fecha en que limitó la condena por indemnización moratoria.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de octubre del 2019, por el Juzgado 7° 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 CAPRECOM y la señora LICET DAMIT OLIVO TEHERAN entre el 14 de agosto del 2012 y el 31 de marzo del 2013, devengando como salario para el año 2012, la suma de \$1'271.000 y para el año 2013, la suma de \$1'314.722,40.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada CAPRECOM a pagar a la señora LICET DAMIT OLIVO TEHERAN las siguientes sumas de dinero:

- | | |
|---|-----------------|
| • Incremento salarial | \$43.722,40 |
| • Cesantías | \$812.366,71 |
| • Vacaciones | \$414.502,75 |
| • Prima de retiro | \$2'629.444,80 |
| • Indemnización por despido sin justa causa | \$5'828.599,98 |
| • Indemnización moratoria | \$56'445.397,68 |

TERCERO: CONDENAR a la demandada CAPRECOM a pagar en favor de la señora LICET DAMIT OLIVO TEHERAN al fondo en el que se encuentre afiliada la actora el **100% de los aportes a pensión** previo calculo actuarial elaborado por el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada, por el periodo comprendido entre el 14 de agosto del 2012 y el 31 de marzo del 2013, tomando como salario para el año 2012 la suma de \$1'271.000 y para el año 2013 la suma de \$1'314.722,40.

CUARTO: CONDENAR a la demandada CAPRECOM a pagar a la señora LICET DAMIT OLIVO TEHERAN la indemnización moratoria de manera indexada, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción, conforme a lo manifestado en las consideraciones de esta sentencia.

SEPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandada.

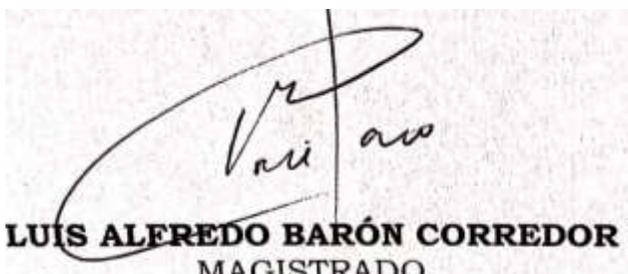
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(salva voto parcial)

-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: ANGELA PATRICIA ARISTIZABAL BOSSA
DEMANDADO: CAPRECOM
RADICACIÓN: 1100131050-30-2018-00308-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO CAPRECOM

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. Angela Patricia Aristizábal Bossa instauró demanda ordinaria contra FIDUPREVISORA como agente liquidador de CAPRECOM con el fin de que se DECLARE que entre CAPRECOM y la accionante existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de mayo del 2012 al 15 de diciembre del 2015 ostentando la calidad de trabajador oficial. Que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo 1997-1998 y 2012-2013 celebradas entre CAPRECOM EICE y SINTRACAPRECOM. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar las sumas de dinero correspondientes por concepto de cesantías, vacaciones legales, prima convencional de junio, prima convencional de navidad, prima convencional y legal de vacaciones,, auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, bonificación de recreación convencional, indemnización moratoria por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, reembolso de la totalidad de los dineros que tuvo que pagar la demandante al régimen de seguridad social en pensiones, riesgos laborales y salud, indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 109 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que fue vinculada por la accionada mediante sendos contratos de prestación de servicios desde el 28 de mayo del 2012 hasta el 15 de diciembre del 2015; fecha en que la trabajadora presentó su carta de renuncia; que recibió como último salario la suma de \$3'502.734; que siempre desempeñó el cargo de auxiliar administrativo; que no existió solución de continuidad entre los diferentes contratos que celebró con la parte pasiva; que prestó sus servicios de manera personal; que cumplía un horario de trabajo en las instalaciones de CAPRECOM EICE; que su empleador le entregó las herramientas de

trabajo como modulo, escritorio, silla, equipo de cómputo e impresora; que sus jefes inmediatos pertenecían a la planta de personal de la accionada; que el sindicato SINTRACAPRECOM era una organización de carácter mayoritario; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la presente demanda.

2. Contestación FIDUPREVISORA. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que en ningún momento existió una relación laboral entre CAPRECOM y la accionada, pues su relación estuvo regida por contratos de prestación de servicios; razón por la cual no tiene derecho a reclamar ningún derecho ni legal, ni convencional. Propuso como excepciones de fondo las de pago total, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral y contrato de trabajo, cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, mala fe e indebido agotamiento de la reclamación administrativa. (fol. 139 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de mayo del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 28 de mayo del 2012 al 15 de diciembre del 2015. Condenó a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad convencional, prima de navidad legal, prima de junio, compensación en dinero de las vacaciones, prima de vacaciones, devolución de aportes a pensión, salud y riesgos laborales, indemnización art. 1º del Decreto 797 de 1949, indexación de las sumas devueltas por aportes a seguridad social. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 14 de marzo del 2015 y con la compensación de vacaciones causadas antes del 14 de marzo del 2014. (CD fol. 180)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso en que la accionada es una empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional. Que los trabajadores vinculados son trabajadores oficiales excepto los de dirección, confianza y manejo y aquellos cargos expresamente señalados en los estatutos. Que se probó la prestación personal del servicio, por lo que nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual no fue desvirtuada por la demandada. Que se debe declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo, en el cual la accionante ostentó la calidad de trabajadora oficial entre el 28 de mayo del 2012 al 15 de diciembre del 2015, sin solución de continuidad. Que se probó que la promotora del litigio devengaba como salario para el año 2012 la suma de \$2.604.603 pesos, para el año 2013 \$2.604.603 pesos, para el año 2014 \$3.502.734 pesos y para el año 2015 \$3.502.734 pesos. Que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo.

Respecto de las vacaciones, señala que de conformidad con el art. 8º del Decreto 3135 de 1968 los trabajadores tienen derecho a 15 días hábiles consecutivos de vacaciones por cada año y que el art. 10 dispuso que cuando un trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de sus vacaciones, tiene derecho al pago de ellas, en dinero y se tendrá como base la compensación del último sueldo devengado.

Frente a la indemnización moratoria señaló que no era de aplicación automática. Que no se probó la buena fe. Que se condena a esta indemnización la cual

corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta el 28 de enero del 2017 fecha en que fue liquidada CAPRECOM.

En cuanto al subsidio de transporte convencional, indica que la convención colectiva de trabajo establece que se reconocerá a todos los servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el gobierno y se continuará prestando el servicio de rutas. Señala que la accionante no tiene derecho pues no devengaba menos de dos salarios mínimos y no demostró que la empresa haya dejado de suministrarles el servicio de ruta.

Que la sanción por no consignación de cesantías no es procedente como quiera que no hay una norma que la consagre para los trabajadores oficiales. Y que además no hay lugar a impartir condena, pues hasta la sentencia proferida en primera instancia se está declarando la existencia de un contrato de trabajo.

Sobre la excepción de prescripción manifestó que las cesantías y los intereses a las cesantías se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, por lo que al haber presentado la reclamación el 14 de marzo del 2018, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido, por lo que se declara no probada la excepción de prescripción frente a estas acreencias. En relación con las demás acreencias se declara probada parcialmente respecto de las que se causaron con anterioridad al 14 de marzo del 2015 salvo para la compensación en dinero de las vacaciones, para lo cual se declara probada la excepción de prescripción en relación con las causadas con anterioridad al 14 de marzo del 2014.

4. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de apelación frente a los siguientes puntos:

- a) Forma de calcular las vacaciones, pues se señaló que se liquidaría con el último salario, pero al efectuar la liquidación no se hizo así.
- b) Que no se debe limitar la indemnización moratoria a la fecha en que se liquidó CAPRECOM, sino condenar a su pago hasta la fecha en que se efectúe el correspondiente pago.
- c) Que en caso de que no prospere el literal anterior, se ordene indexar la indemnización moratoria desde la fecha en que se limitó hasta que se efectúe el pago.
- d) Que se haga una interpretación bajo el principio de favorabilidad y no una interpretación taxativa, para que se ordene el pago del Auxilio Convencional de Transporte. Solicita se ordene el pago de este auxilio de manera indexada.
- e) Que la indemnización por no consignación de cesantías esta consagrada en el Decreto 152 del 2000, en su art. 1º., y que no se evidencia la buena fe de la accionada.

- f) Respecto de la excepción de prescripción solicita se revise lo establecido en la sentencia SL 16528 del 2016 y con base en ello se tenga en cuenta la prescripción de los derechos laborales causados con anterioridad a la exigibilidad del derecho.

5. Alegatos Decreto 806 del 2020. Manifiesta que la relación que existió entre la extinta CAPRECOM y la demandante no estuvo regida por un contrato de trabajo, sino bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la 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 centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?
- (ii) ¿Se debe condenar a las siguientes acreencias legales: auxilio convencional de transporte y a la indemnización por no consignación de cesantías?
- (iii) ¿Se cuantificó por parte del fallador de primera instancia erróneamente el valor de la compensación de vacaciones?
- (iv) ¿Se debe limitar la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria y procede su indexación?

Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad - la calidad que ostentaba la demandante- salario

En el presente proceso, no se discute pues no fue apelado por ninguna de las partes, que entre la señora **Angela Patricia Aristizábal Bossa** y **CAPRECOM** existió un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad, entre el 28 de mayo del 2012 al 15 de diciembre del 2015 sin solución de continuidad, tiempo durante el cual desempeñó el cargo de auxiliar administrativo y ostentó la calidad de trabajadora oficial, lo cual se corrobora con los diferentes contratos de prestación de servicios, visibles a folio 20 y s.s.

Tampoco se controvierte que la promotora del litigio devengaba como salario para el año 2012 la suma de \$2.604.603 pesos, para el año 2013 \$2.604.603 pesos, para el año 2014 \$3.502.734 pesos y para el año 2015 \$3.502.734 pesos, los cuales igualmente aparecen probados en los diferentes contratos de prestación de servicios.

Convención Colectiva de Trabajo

Es necesario señalar que el fallador de primera instancia determinó que la parte activa es **beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo** suscrita entre CAPRECOM y el Sindicato SINTRACAPRECOM el 21 de noviembre de 1996, como quiera que se allegó el texto convencional acompañado de la respectiva constancia de su depósito en el Ministerio de la Protección Social (folios 80 y s.s.), no existe prueba de la denuncia de dicha Convención, y además conforme al art. 471 del CST al ser el sindicato SINTRACAPRECOM mayoritario las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores sean o no sindicalizados; lo cual además no fue apelado por ninguna de las partes.

Normatividad legal aplicable

Teniendo en cuenta que CAPRECOM es una empresa Industrial y Comercial del Estado la normatividad aplicable es el Decreto 2127 de 1945 *"Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general"*; el Decreto 3135 de 1968 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"*; el Decreto 1848 de 1969 *"Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968"* y la convención colectiva de trabajo.

Es necesario precisar, que el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los trabajadores oficiales de CAPRECOM, como quiera que en su artículo 2º establece que para los efectos del decreto 1045 de 1978, se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional la Presidencia de la República, los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado y así lo dejó sentado nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL981-19.

Excepción de prescripción

Las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En este punto es necesario precisar que, al haber tenido la actora la calidad de **trabajadora oficial**, el término prescriptivo de las prestaciones sociales a la fecha del finiquito debe contabilizarse una vez vencidos los 90 días calendario que tiene la administración para el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones (CSJ SL 3503-2019).

En relación con las **cesantías**, éstas en principio son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en la sentencia SL 981-2019 en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa*

fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción.”, sin embargo, como se señaló precedentemente, en tratándose de trabajadores oficiales su exigibilidad se traslada a la fecha de **vencimiento de los 90 días** calendario que tiene la accionada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Respecto de la compensación de las **vacaciones**, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 *«causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, **dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho**»*, premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas (negrillas fuera de texto).

Así mismo, conforme al art. 46 del D. 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de **30 días para solicitarlas**, a partir del cual *«comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»*

Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador) y no desde la terminación del contrato.

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles.

En este punto, es necesario precisar que en la sentencia SL 16528 del 2016 citada por la parte activa al presentar su recurso de apelación, nuestra CSJ estableció que al haberse presentado la demanda dentro de los 3 años contabilizados desde la fecha de retiro *“se tiene que los derechos causados a la terminación del contrato, así como aquellos que se generaron durante la vigencia de la relación laboral dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su exigibilidad, no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción, conforme a los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. T. y de la S.S., salvo las vacaciones cuya reclamación implica la pérdida del derecho del trabajador a disfrutar o compensar las correspondientes a los años que excedan de cuatro, pues las mismas son exigibles hasta cuando venza el año que tiene el empleador para concederlas.”*, por ello, con miras establecer si se debe declarar o no la excepción de prescripción debe revisarse que derechos laborales se causan a la terminación del contrato y cuales se hacen exigibles durante su vigencia, solo de esta manera se puede establecer si se encuentran dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la reclamación o radicación de la demanda, lo cual fue explicado de manera clara en sentencias posteriores a la citada por el apelante, entre las que se encuentra la SL 981-2019, citada precedentemente.

Aclarado lo anterior y como se anotó en precedencia, se reclaman en esta instancia derechos laborales causados en el curso de la relación laboral (Auxilio de transporte y sanción por no consignación de las cesantías). Por tanto, teniendo en cuenta que las acreencias laborales reclamadas son **de carácter periódico**, definidas como aquellas que el empleador está obligado a pagar mientras esté vigente el contrato en forma continuada o repetida, resultan en este caso prescritas aquellas no reclamadas dentro de los tres años de la prescripción ordinaria, es decir, aquellas que su exigibilidad tuvo lugar 3 años antes de la reclamación administrativa, por haberse presentado la demanda dentro de los 3 años posteriores. En esas condiciones, se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en

relación con las acreencias laborales exigibles con anterioridad al **14 de marzo del 2015** teniendo en cuenta la reclamación se presentó 14 de marzo del 2018 (fol. 6), **con excepción** de las **vacaciones**, cuyo término prescriptivo se cuenta pasado 1 año y 1 mes de su causación, es decir, que no se encuentran prescritas las causadas con anterioridad al **14 de febrero del 2014**.

Acreencias laborales

Se pasan a estudiar las acreencias laborales pretendidas en la demanda, teniendo como salario las siguientes sumas:

Año	Salario
2012	\$2.604.603
2013	\$2.604.603
2014	\$3.502.734
2015	\$3.502.734

Auxilio de Transporte

El artículo 47 de la Convención Colectiva de Trabajo dispone que: "*CAPRECOM reconocerá a todos sus servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional. Además continuará prestando el servicio de ruta de buses*".

Para el fallador de primera instancia, la accionante no tiene derecho a este auxilio, pues no devengaba menos de dos salarios mínimos y no demostró que la empresa haya dejado de suministrarles el servicio de ruta.

Del texto convencional, entiende la Sala, contrario a lo manifestado por el juez primigenio, que en ningún momento las partes acordaron que se debía revisar si los trabajadores cumplían con los requisitos para acceder al auxilio de transporte legal o que perdían este beneficio porque su empleador les prestaba el servicio de ruta de buses, toda vez que la norma convencional es clara al señalar que las partes acuerdan que se les entregará a los empleados la suma que se establezca como auxilio de transporte por el Gobierno, sin imponerles ningún requisito adicional e independientemente de que les continuara prestando el servicio de ruta.

La anterior postura además es respaldada por nuestra CSJ quien recientemente tuvo la oportunidad de estudiar esta cláusula convencional en la sentencia SL 4105-2020 en la que señaló:

"Pues bien, como se explicó, la jurisprudencia de la Sala ya ha considerado que de la cláusula convencional en estudio emana razonablemente que las partes pactaron que el auxilio debía reconocerse a todos los servidores públicos de esa entidad que se beneficien de la convención colectiva de trabajo, sin condición adicional.

Ahora, la referencia a que se trata de la prestación que decreta el Gobierno Nacional, puede entenderse que simple y llanamente alude a eso: que el auxilio de transporte equivale al que fija anualmente el Gobierno Nacional mediante decreto. Nótese que, ciertamente, el precepto no indica de forma rotunda y contundente que debe aplicarse únicamente a los servidores que devenguen menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, como regularmente

ocurre en el sector privado, de modo que tal cortapisa no puede insertarse en el texto dado que ello desdibujaría el sentido y alcance que las partes quisieron imprimirle.

Y aún si quedaran dudas y se admitiera que la cláusula extralegal también permite la lectura que propone la censura, lo cierto es que, dada la razonabilidad de la postura contraria que advierte la Corte, es la que debe elegirse en virtud del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y que irradia todo el sistema de fuentes en materia de derecho del trabajo.

Así las cosas, se modifica la jurisprudencia respecto al alcance de la cláusula analizada, en el sentido que el entendimiento más acorde a la intención de las partes es que el auxilio de transporte debe reconocerse a todos los trabajadores de la extinta entidad.”

Por tanto, la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la suma de **\$668.466,66** por concepto de auxilio de transporte causado con desde el 1 de marzo del 2015 hasta el 15 de diciembre de 2015, fecha del finiquito, el cual deberá pagarse de manera indexada desde que cada auxilio se hizo exigible a la fecha en que se efectúe su pago, por lo que se adicionará la sentencia en este aspecto.

Se aclara que el auxilio del mes de marzo de 2015 debe pagarse de manera completa, en razón a que se hace exigible de manera mensual y no diaria.

Auxilio de Transporte			
Auxilio de Transporte	Auxilio de transporte	Días	Valor Auxilio
2015	\$ 74.000,00	285	\$ 703.000
Total Auxilio de transporte			\$ 703.000

Vacaciones

El art. 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece que respecto de las vacaciones CAPRECOM reconocerá lo establecido en la Ley.

El art. 8 del Decreto 3135 de 1968 establece que los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosas.

Por su parte, el art. 10 ibídem dispone que cuando el trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado.

Al efectuar las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta que se declaró probada la excepción de prescripción en relación con la compensación de vacaciones exigibles con anterioridad al **14 de febrero del 2014**, encuentra la Sala que le asiste razón al apoderado de la parte demandante al señalar que esta acreencia quedo mal

liquidada en primera instancia, pues al hacer las operaciones aritméticas se observa que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de **\$6'212.487,94.**

Vacaciones -inició el contrato el 28 de mayo del 2012-				
Tiempo laborado tenido en cuenta - causación	Vacaciones exigibilidad	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
28-05-2012 a 27-05-2013	28/06/2014	\$ 3.502.734,00	360	\$ 1.751.367,00
28-05-2013 a 27-05-2014	28/06/2015	\$ 3.502.734,00	360	\$ 1.751.367,00
28-05-2014 a 27-05-2015	terminación contrato	\$ 3.502.734,00	360	\$ 1.751.367,00
28-05-2015 a 15-12-2015		\$ 3.502.734,00	197	\$ 958.386,94
Total Vacaciones				\$ 6.212.487,94

Sanción por no consignación de cesantías

Para determinar si la accionante tiene derecho a esta sanción, no es posible aplicar al presente caso el Decreto 1252 del 2000 *"Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública"*, como lo pretende el apelante, pues en su artículo 1º se establece que aplica para los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado, caso que no corresponde al de la demandante, a quien se le declaró la existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad con una empresa industrial y comercial del estado.

La normatividad aplicable a los trabajadores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son el Decreto 2127 de 1945 *"Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general"*; el Decreto 3135 de 1968 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"*; el Decreto 1848 de 1969 *"Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968"* y la convención colectiva de trabajo.

En las anteriores normas no se contempló la sanción por no consignación de cesantías, por lo que no es posible impartir condena por este concepto. Aunado, a que nuestra CSJ en la sentencia SL 416-2021 fue clara al señalar en un caso de un trabajador de una empresa industrial y comercial del estado que *"la referida indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 solo cubre a los empleados del sector particular, mas no a los trabajadores oficiales, como lo era la demandante"*

Razón por la cual se confirma la absolución impartida por este concepto.

Indemnización moratoria

Frente a este punto, la inconformidad de la parte actora radica en que considera que no puede limitarse la condena impuesta por el fallador de primera por indemnización moratoria.

Pues bien, la CSJ ha sido clara al señalar, entre otras, en la sentencia SL 980 del 2020, que la sanción moratoria en los eventos de liquidación de una entidad oficial opera hasta que esta deja de existir, es decir, hasta la fecha de suscripción del acta final de liquidación.

En cuanto a la fecha hasta la cual debe impartirse la condena, es necesario precisar que teniendo en cuenta que la persona jurídica CAPRECOM ya se encuentra liquidada -aspecto que cambia necesariamente el escenario sobre el cual se edificó la indemnización moratoria al presentarse un nuevo hecho (extinción de la persona jurídica), tal como da cuenta el Decreto 2519 de 2015-, no es dable pregonar la mala fe de una persona jurídica inexistente, debiéndose limitar la sanción moratoria hasta la fecha en que se liquidó definitivamente dicha entidad, es decir hasta el **27 de enero del 2017**, como acertadamente lo hizo el fallador de primera instancia.

Indexación de la indemnización moratoria

Teniendo en cuenta que la suma de dinero señalada por concepto de indemnización moratoria, es una suma fija de dinero, pues se limita a la fecha de la liquidación de CAPRECOM, es claro, tal y como lo ha dejado sentado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 5545-2019, que resulta procedente ordenar su pago de manera indexada teniendo en cuenta la devaluación de la moneda.

Para realizar actualización monetaria se debe aplicar la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE –Vigente a la fecha en que se pague real y totalmente la obligación -, por el índice inicial – vigente a la fecha en que limitó la condena por indemnización moratoria.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el literal g) del numeral tercero de la sentencia proferida el 24 de mayo del 2019, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar condenar a CAPRECOM a pagar a la señora ANGELA PATRICIA ARISTIZABAL BOSSA la suma de **\$6'217.487.94 por compensación de vacaciones.**

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para condenar a CAPRECOM a pagar a la actora la suma de **\$703.000 por concepto de auxilio de transporte**, el cual

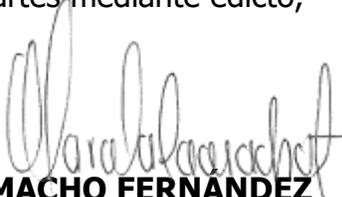
deberá pagarse de manera indexada desde que cada auxilio se hizo exigible a la fecha en que se efectúe su pago.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para condenar a CAPRECOM a pagar a la parte activa **la indemnización moratoria de manera indexada.**

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

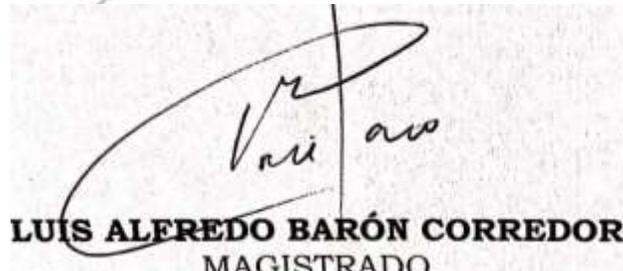
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(salva voto parcial)

-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: GREGORIA BARRIGA DE FORERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-08-2018-00589-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y CONSULTA COLPENSIONES
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

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. Gregoria Barriga de Forero en calidad de cónyuge supérstite instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca una pensión de sobreviviente en virtud del principio de la condición más beneficiosa por el fallecimiento de su cónyuge desde el 12 de mayo de 1999, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: el señor Luís María Forero Alarcón falleció el 12 de mayo de 1999; que se encontraba afiliado al ISS; que había cotizado más de 300 semanas antes del 1° de abril de 1994; que contrajo matrimonio con el causante el 27 de julio de 1969; que al momento del deceso aún convivían juntos; que solicitó la pensión de sobreviviente la cual le fue negada; que mediante la Resolución N° 003094 del 2000 le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 28), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, pues la norma que debe tenerse en cuenta es la que se encontraba vigente al momento del deceso la cual exige 26 semanas cotizadas en el año anterior al fallecimiento; requisito que no se cumple en el presente caso. Indica que no puede darse aplicación al principio de la condición más beneficiosa pues el causante no logró reunir el requisito de las 300 semanas. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones.

(fol. 30 y ss.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de septiembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia en la que declaró que el causante dejó acreditados los requisitos para la causación de la pensión de sobrevivientes de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Declaró que la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su cónyuge a partir del 12 de mayo de 1999 en cuantía de 1 salario mínimo legal mensual vigente. Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes en 14 mesadas y a pagar el retroactivo de las mesadas adeudadas debidamente indexado. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 19 de septiembre del 2015. Autorizó a la demandada a descontar del retroactivo la suma pagada a la accionante por concepto de indemnización sustitutiva y absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

Su decisión se basó en que el señor Luís María Forero Alarcón falleció el 12 de mayo de 1999 por lo que la normatividad aplicable al presente caso es la ley 100 de 1993 en su redacción original frente a la cual no se dejó causado el derecho. Que por aplicación de la línea jurisprudencial de la CSJ en virtud del principio de la condición más beneficiosa se puede estudiar el presente caso con la norma inmediatamente anterior que no es otra que el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. Que el causante dejó causado el derecho al amparo de esta normatividad, pues contaba con más de 300 semanas en cualquier tiempo. Que la demandante acreditó ser la cónyuge del causante, por lo que procede el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada. Que la pensión se causó el 12 de mayo de 1999 por lo que se debe reconocer en 14 mesadas al año. Que la prescripción se interrumpió con la radicación de la demanda el 19 de septiembre del 2018, por lo que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 19 de septiembre del 2015. Que los intereses moratorios no proceden pues la pensión aquí reconocida fue en virtud de un criterio jurisprudencial. Se ordena que se paguen las mesadas adeudadas de manera indexada.

5. Impugnación demandante. Inconforme con la anterior decisión la demandante interpuso recurso de apelación frente a los intereses moratorios, señalando que el art. 141 de la Ley 100 de 1993 estableció que a partir del 1° de mayo de 1994 en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esa ley se reconocerá y pagará además de la pensión y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago y que así lo ha señalado la CSJ en las sentencias SL 508-2020 y SL 4601-2019 en donde se señala que no hay que revisar la buena o mala fe sino que los intereses se aplican de manera automática cuando se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales. Que en la sentencia SL 1681-2020 se estableció que se debían reconocer cuando la pensión haya sido reconocida al amparo de cualquier normatividad por vía del régimen de transición. Que la condena en costas procede frente a la parte vencida en el proceso, por lo que se debe condenar en costas en primera instancia.

6. Alegatos Decreto 806 del 2020.

6.1. Alegatos demandante. Solicita se estudie su derecho pensional a la luz del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

6.2. Alegatos demandado. Indica que la demandante no cumple con los requisitos para que le sean reconocidas las pretensiones de la presente demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la 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 y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que le sea desfavorable.

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Cuál es la normatividad aplicable al presente caso?; (ii) ¿La señora Gregoria Barriga de Forero en calidad de cónyuge supérstite tiene derecho al reconocimiento y pago deprecada?; (iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción? y (iv) ¿Es procedente condenar a Colpensiones a pagar los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993?

Calidad de Afiliado

No se discute que el señor **FORERO ALARCÓN LUÍS MARIA** (q.e.p.d.), ostentaba el estatus de afiliado a Colpensiones; hecho que fue aceptado desde la contestación de la demanda y se corrobora con la historia laboral expedida por el fondo de pensiones, visible a folio 20.

Fallecimiento señor Luís María Forero Alarcón

Tampoco se controvierte que el señor LUÍS MARÍA FORERO ALARCÓN (q.e.p.d.) falleció el 12 de mayo de 1999, como da cuenta el registro defunción que milita a folio 11.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable en un principio para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 en su redacción original, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en junio del 2015. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos sustitución pensional Ley 100 de 1993 (redacción original)

La norma precitada, establece a los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes lo siguiente: (i) en caso de que el afiliado se encontrara cotizando al sistema, debía acreditar 26 semanas al momento de la muerte y (ii) en caso de no encontrarse cotizando, debía haber efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, en el presente caso no se cumplen los requisitos establecidos en esta normatividad, como quiera que para la fecha en que falleció el señor Forero Alarcón – 12 de mayo de 1999- no se encontraba cotizando, pues su última cotización la realizó para el ciclo de enero de 1996, por lo que no cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, razón por la cual no se dejó causado el derecho para sus beneficiarios.

Principio de la condición más beneficiosa

Teniendo en cuenta que no se cumplen los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 en su redacción original, pasa la Sala a estudiar si al presente caso le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, previsto en el art. 53 de la Constitución Política.

Respecto a este principio, es necesario recordar que tanto la Corte Constitucional en la sentencia **SU 005-2018** como la CSJ en la sentencia SL 701 del 2020, coinciden en señalar que se distingue porque: (i) opera ante el tránsito legislativo en aquellos eventos en que el legislador no consagró un régimen de transición, (ii) para su aplicación se debe cotejar una norma derogada con una vigente y (iii) el destinatario debe poseer una situación jurídica y fáctica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se les desmejora. Por lo que es claro que dicho principio no nació para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva Ley puede modificarles el régimen pensional; sino para un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia.

Frente al **primer presupuesto**, lo primero que se debe advertir es que el régimen de transición contenido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, no puede ser aplicado a las pensiones de sobreviviente, toda vez que tal como lo expresara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data, Rad 24.280 del 5 de Julio del 2005, el mismo no puede estar sometido a contingencias improbables de predecir, como es en este caso la muerte del causante. Cumpliéndose así con la primera característica.

No sobra resaltar que la pensión hace parte de aquellos derechos que no se consolidan en un solo acto sino que necesitan una serie de hechos sucesivos v.gr, el cumplimiento de la edad y la densidad de semanas cotizadas, para lograr su reconocimiento, es así como aquella persona que cumple la densidad de cotizaciones necesarias, pero no cumple la edad, ha cumplido uno de los dos hechos necesarios para acceder a ella, presentándose para dicha persona un **derecho eventual**, que no es un derecho adquirido o consolidado mientras no cumpla la edad, pero si es una situación que excede la mera expectativa y que es protegida por el legislador, de allí la génesis del régimen de transición. En la pensión de sobreviviente el derecho eventual se genera cuando se logra la densidad de cotizaciones necesarias para acceder a ella.

En relación con el **segundo presupuesto** y a efecto de determinar cuál es la norma derogada que se va cotejar, es necesario precisar que la sala mayoritaria de esta Sala toma distancia del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, quien para la aplicación de la condición más beneficiosa sólo permite aplicar la norma inmediatamente anterior y además incorpora para el cumplimiento de los requisitos un **límite temporal** de 3 años, comprendidos entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de

enero de 2006, fundamentado en una zona de paso entre la ley 100 y la ley 797(sentencia 4650/17 y SL 658/18), y acoge la postura de nuestra Corte Constitucional, pacífica desde el año 2010, encontrándose actualmente unificada en la sentencia **SU 005 del 2018**, pues considera que cuando es necesario regresar a la norma inmediatamente anterior, no se debe condicionar su aplicación a ningún límite temporal, ni aplicar ningún test de procedibilidad.

Caso concreto

Al analizar el caso en concreto, como se señaló en precedencia, la normatividad vigente para la fecha de fallecimiento del causante es la Ley 100 de 1993 en su redacción original, sin embargo, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, se estudiará si se cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

El artículo 25 de dicha normatividad establece que se tiene derecho a la pensión de sobreviviente de origen común cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común.

El literal b) del artículo 6° exige para el reconocimiento de la pensión de invalidez haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores o 300 en cualquier época; requisito que dejó causado el señor Forero Alarcón para sus beneficiarios, pues conforme a su historia laboral expedida por Colpensiones, logró cotizar 750 semanas en toda su vida laboral (fol. 20).

Por su parte, el art. 27 de la norma precitada señala que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia la cónyuge supérstite; calidad que acreditó la promotora del litigio con la partida de matrimonio visible a folio 12, en la que aparece que contrajo matrimonio con el causante desde el 27 de julio de 1969.

Por consiguiente, acertó el A quo al declarar que la señora Gregoria Barriga de Forero es beneficiaria de la pensión de sobreviviente deprecada desde el 12 de mayo de 1999, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y tiene derecho al pago de 14 mesadas al año.

Excepción de prescripción

Efectivamente como lo explicó el juez de primer grado, la prescripción sólo se interrumpió con la radicación de la demanda el día 19 de septiembre del 2018 (fol. 26), por lo que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **19 de septiembre del 2015**.

Cuantificación del retroactivo

De conformidad con el art. 283 del CGP se actualiza la condena encontrando que Colpensiones adeuda a la parte activa la suma de **\$60'206.930,58** por las mesadas causadas entre el 19 de septiembre del 2015 y el 25 de marzo del 2021. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Retroactivo mesadas causadas entre el 19 de septiembre del 2015 al 25 de marzo del 2021			
Año	salario	N° mesadas	Total
2015	\$ 644.350,00	4,4	\$ 2.835.140,00
2016	\$ 689.455,00	14	\$ 9.652.370,00
2017	\$ 737.717,00	14	\$ 10.328.038,00
2018	\$ 781.242,00	14	\$ 10.937.388,00
2019	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624,00
2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
2021	\$ 908.526,00	2,83	\$ 2.571.128,58
Total retroactivo			\$ 60.206.930,58

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

El artículo 141 de la ley 100 de 1993 establece que a partir del 1° de enero de 1994 en caso de mora en el caso de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Frente a los intereses moratorios, nuestra CSJ en la sentencia bajo el radicado SL 158-2021 ha indicado de manera clara y expresa que no son viables los intereses moratorios en la pensión de sobrevivientes de la Ley 100 de 1993, cuando la entidad de previsión social sustenta la negativa a reconocer la prestación en la norma vigente al momento del fallecimiento del causante y éste no deja satisfechos los requisitos en ella consagrados, debiéndose confirmar la decisión impartida en primera instancia.

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria, se debe condenar a la demandada a pagar las mesadas adeudadas de manera indexada desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectuó su pago.

Costas

Le asiste razón al apoderado de la parte demandante al señalar que de conformidad con el art. 365 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS se debe condenar en costas a la parte vencida del proceso, por lo que

se modificará el numeral séptimo de la sentencia apelada para en su lugar condenar a COLPENSIONES a las costas de 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

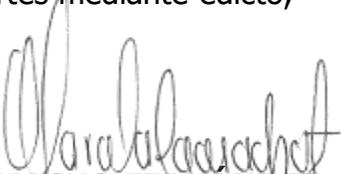
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 24 de septiembre del 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, en el sentido de actualizar el retroactivo adeudado en la suma de **\$60'206.930,58** por las mesadas causadas entre el 19 de septiembre del 2015 y el 25 de marzo del 2021. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **CONDENAR a COLPENSIONES** al pago de las costas de primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR todo lo demás.

CUARTO: 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: WILLIAM EMILIO MARTÍNEZ MUÑOZ
DEMANDADO: EDIFICIO COVA D'IRIA PROPIEDAD HORIZONTAL
RADICACIÓN: 1100131050-37-2018-00548-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA AMBAS PARTES
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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 Emilio Martínez Muñoz instauró demanda ordinaria contra el EDIFICIO COVA D'IRIA PH con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el 1° de agosto del 2008 al 31 de enero del 2012, del cual fue despedido sin justa causa. Como consecuencia, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, reajuste salarial, pago de recargos y horas extras, prima de servicios, reajuste de vacaciones y prestaciones sociales, auxilio de transporte, semanas no cotizadas al fondo de pensiones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que laboró para la demandada desde el 1° de agosto del 2008 al 31 de enero del 2012; que se desempeñó como guarda de seguridad y portero; que debía tener una disponibilidad de 24 horas; que prestó sus servicios los fines de semana de sábado a lunes incluyendo festivos; que devengó como último salario la suma de \$1'130.000; que se le descontaba la suma de \$138.000 para aportes a salud y pensión; que se debe reajustar su salario con los recargos de horas extras; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la demanda.

2. Contestación de la demandada. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la relación que existió fue de carácter civil, por lo que no existió ningún tipo de subordinación. Que el demandante sólo prestó sus servicios para la demandada del 1° de febrero del 2010 al 31 de enero

del 2012. Acepta que el actor se desempeñó como guarda de seguridad y portero. Y señaló que el horario que tenía era de 6pm a 6 am. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones deprecadas por el demandante, inexistencia del contrato de trabajo por falta de elementos constitutivos de la relación laboral, existencia de un contrato civil de prestación de servicios y prescripción de la acción laboral. (fol. 80 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de agosto del del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de agosto del 2008 al 31 de enero del 2012, siendo el salario de \$1'130.000. declaró probada la excepción de prescripción respecto de todas las acreencias laborales salvo los aportes a pensión. Condenó a la demandada a pagar al demandante los aportes con destino al sistema general de pensiones causados entre el 1° de agosto del 2008 al 31 de enero del 2012 previo calculo actuarial elaborado por el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante. (CD fol. 108)

Su decisión en lo que interesa a los recursos se basó en que se probó la prestación del servicio (con la declaración del representante legal de la demandada y el contrato de prestación de servicios), por lo que nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual no fue desvirtuada por la demandada. Que las partes no discuten el extremo final. En cuanto al extremo inicial señala que el representante legal aceptó que el actor venía prestando sus servicios antes de la firma del contrato de prestación de servicios. Que el extremo inicial se toma de la declaración del señor Marco Antonio Rodríguez, quien manifestó que comenzaron a trabajar directamente para la demandada el 1° de agosto del 2008. Que el salario conforme al contrato de prestación de servicios fue de \$1'130.000. Que teniendo en cuenta que entre la reclamación y la radicación de la demanda transcurrieron más de 3 años se tiene que la prescripción fue la que interrumpió la prescripción el 17 de agosto del 2018, por lo que todas las acreencias laborales pretendidas se encuentran prescritas salvo los aportes a seguridad social.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante manifestó que en enero del 2015 presentó reclamación, por lo que con posterioridad a ello por una sola vez se interrumpió la prescripción el 12 de marzo, del 2018 petición que fue remitida mediante correo electrónico el 21 de marzo por lo que no se declarar prescritas las acreencias laborales.

4.2. Impugnación parte demandada. Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación argumentando que no se logró probar el extremo inicial de la relación laboral, pues se le dio un valor muy alto al testigo el cual fue contradictorio. Que el testigo no relató de manera clara porque se terminó el contrato con la empresa de vigilancia, ni el tiempo que trabajó con el demandante. Que se desvirtuó la subordinación con la confesión, el testimonio y el contrato de prestación de servicio. Que en todo contrato así sea comercial, civil o administrativo hay órdenes periódicas. Que tal y como lo confesó el demandante si existen pagos de aportes a seguridad social.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: ¿La demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo demostrando que el demandante no se encontraba subordinado?; en caso negativo, (ii) ¿Cuál fue el extremo inicial de la relación laboral?, (iii) ¿Acertó el a quo en la forma en que declaró probada la excepción de prescripción? y (v) ¿El actor confesó que se habían realizado aportes a seguridad social en su nombre?

De la presunción de existencia de una relación laboral

No se controvierte en esta instancia que el demandante prestó sus servicios para el EDIFICIO COVA D'IRIA PH como portero y/o vigilante, lo cual dejó sentado el fallador de primera instancia y no fue apelado por ninguna de las partes, además, esto se corrobora con el contrato prestación del servicio firmado por las partes (fol. 85 y s.s.), los comprobantes de egreso (fol. 87 y s.s.), la declaración del señor Marco Antonio Rodríguez quien laboraba con el actor y la contestación de la demanda.

Así entonces, se tiene que el accionado concentró su energía en afirmar que el servicio personal prestado por la accionante, no se ejecutó en virtud de un contrato laboral, sino que tuvo origen civil amparado en la autonomía de la voluntad.

De la subordinación

El artículo 24° del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra como presunción legal que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La anterior máxima, representa por supuesto una situación jurídica susceptible de ser desvirtuada, es decir, que admite prueba en contrario. Su virtud consiste en relevar al trabajador de la carga de la prueba sobre la naturaleza de la prestación del servicio considerando ésta, de aparecer probado aquél, de carácter laboral. En consecuencia, quien pretenda alegar que una eventual prestación personal de un servicio se dio bajo una modalidad contractual diferente a la laboral, deberá probarla, esto es, desvirtuar la presunción antedicha demostrando que la prestación personal del servicio tuvo origen en un contrato ajeno al ámbito laboral.

Al respecto, nuestra H. CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, **se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.**

Es necesario recordar que los jueces del trabajo y de la seguridad social están facultados para formar libremente su convencimiento con el acervo probatorio que

estimen pertinente, «*inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes*».

Sobre el tema la CSJ en sentencia SL4514-2017, señaló: “*El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.*”

Caso en concreto

En el presente caso, el fallador de primera instancia señaló que no se había logrado desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, con lo cual no está de acuerdo la apoderada de la parte demandada quien afirmó que prueba de ello es la confesión, el testimonio y el contrato de prestación de servicios.

Revisadas las pruebas allegadas al expediente considera la Sala que no le asiste razón a la propiedad horizontal demandada respecto a que haya logrado desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo. En primer lugar, porque no existe ninguna confesión por parte del demandante, quien al declarar en ningún momento manifestó que no se encontrara subordinado y ninguno de los apartes de su declaración contiene visos de autonomía o independencia en el desarrollo de su labor.

En segundo lugar, el único testigo traído al proceso fue el señor **Marco Antonio Rodríguez**, quien laboró para la propiedad horizontal demandada, persona que en ningún momento manifestó que la labor que ejercieron estuviera desprovista del elemento subordinante, por el contrario, afirma que cumplían un horario de trabajo, que recibían órdenes del administrador y que éste les decía como desempeñar sus funciones, hechos que pudo percibir de manera directa por haber sido compañero de trabajo del promotor del litigio. Adicionalmente, el reparo de la parte accionada frente al testigo radica en que no existe claridad del por qué terminó el contrato de vigilancia, ni el tiempo que allí trabajaron juntos, aspectos que no resultan relevantes para la Sala en pro de determinar la existencia de relación laboral entre las partes en Litis.

En tercer lugar, de las documentales allegadas por la demandada, como fueron el contrato prestación del servicio firmados por las partes (fol. 85 y s.s.) y los comprobantes de egreso (fol. 87 y s.s.), no se logra desvirtuar el elemento subordinante, pues precisamente nos encontramos frente a la solicitud de declaratoria de existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad.

Y, en cuarto lugar, la labor de vigilante y portero ejecutada por el actor dentro de la propiedad horizontal, por su naturaleza es esencial y permanente, no requiere de conocimientos especializados que hiciera imperioso aplicar la modalidad contractual prevista en las normas civiles, por tanto, no resulta de recibo que se pueda desarrollar de manera libre y autónoma.

En consecuencia, acertó el fallador de primera instancia cuando señaló que la propiedad horizontal demandada no desvirtuó la presunción que nació de existencia de un contrato de trabajo.

Extremo inicial de la relación laboral

Respecto a este punto de apelación, contrario a lo manifestado por la apoderada de la parte demandada, sí se logró probar que la relación laboral que unió a las partes comenzó el 1° de agosto del 2008.

Es necesario recordar que entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios el 1° de febrero del 2010, sin embargo, es el mismo representante legal de la propiedad horizontal demandada, quien, al absolver el interrogatorio de parte, informa que el señor Martínez Muñoz con anterioridad a la referida suscripción, les estaba prestando sus servicios.

Lo anterior coincide con la declaración del señor Marco Antonio Rodríguez, quien genera total credibilidad a la Sala, pues tiene un conocimiento directo de los hechos al haber sido compañero de trabajo del actor y quien fue claro al señalar que ellos prestaron sus servicios de vigilancia al edificio demandado a través de una empresa de vigilancia, la cual les cancelaba todo, y que el administrador de la parte pasiva les ofreció al testigo y al actor que prestaran los mismos servicios que venían prestando de forma directa no a través de la empresa de vigilancia, propuesta que aceptaron, comenzando a laborar directamente a partir del **1° de agosto del 2008**.

Se le reitera a la apoderada de la parte pasiva que el declarante referenciado es coherente, preciso y contundente, conocedor directo de los hechos que se debaten en el presente asunto, por tanto, la veracidad y conducencia del testigo es plena, no encontrándose irregularidad alguna en la valoración efectuada por la juzgadora de primera instancia. No sobra resaltar que la parte pasiva no se tomó ninguna molestia en demostrar un extremo diferente de inicio de la relación laboral, en consecuencia, no queda otro camino que confirmar este punto de apelación.

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.

Revisada la apelación presentada por el promotor del litigio considera la Sala que no le asiste razón al señalar que se interrumpe la prescripción con la primera petición elevada con posterioridad a la reclamación, pues el escrito que tiene la virtualidad de lograr la interrupción es aquel presentado por primera vez, sin ningún tipo de formalidad.

En el presente caso, el contrato se declaró del 1° de agosto del 2008 al 31 de enero del 2012 y el demandante presentó reclamación el 31 de enero del 2015 determinando los derechos que ahora reclama por vía judicial, petición con la que se interrumpe el término prescriptivo por un lapso igual, sin embargo, al no radicar la demanda dentro de los 3 años siguientes, pues sólo lo hizo hasta el **17 de agosto del 2018**, se entiende que la interrupción se dio únicamente con la radicación de la demanda, por lo que acertó el fallador de primera instancia al declarar probada la excepción de prescripción frente a todas las acreencias laborales pretendidas salvo los aportes a

seguridad social en pensión, los cuales son imprescriptibles, como quiera que constituyen el capital indispensable para la consolidación y la financiación de la pensión de vejez del trabajador. (Criterio expuesto en la sentencia de la CSJ SL 5544-2019)

Aportes a seguridad social en pensión

Contrario a lo dicho por la apoderada de la parte demandada, el señor Martínez Muñoz no confesó que el edificio demandado le haya pagado los aportes a seguridad social en pensión, ni existe ninguna prueba dentro del expediente de dicha situación, siendo carga probatoria de la parte demandada de conformidad con lo establecido en el art. 167 del CPT y de la S.S. al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS demostrar que había cumplido con el pago de aportes a pensión.

Por el contrario, como se observa en el contrato de prestación de servicios y como lo relata el representante legal de la demandada, el edificio demandado no pagó aportes a pensión a su trabajador pues consideraban que era él quien tenía que realizar dichas cotizaciones. Por tanto, se confirma la condena impuesta por este concepto.

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,

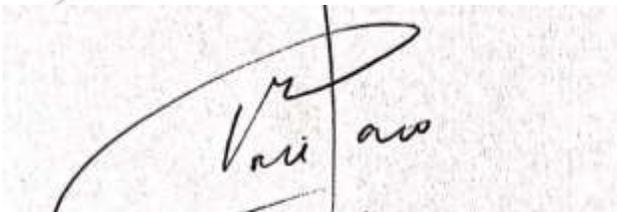
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de agosto del 2019, por el Juzgado 37 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 por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: RAFAEL ANGEL RAMOS ABELLA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-37-2019-00798-01
ASUNTO: CONSULTA EN FAVOR DEMANDANTE
TEMA: PENSIÓN DE VEJEZ

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. Rafael Ángel Ramos Abella instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se declare que es beneficiario del régimen de transición, pues al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad. Como consecuencia, se le reconozca y pague una pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, junto con 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 cuenta con 81 años de edad; que solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez al ISS; que mediante la Resolución N° 020138 del 24 de octubre del 2000 el ISS le concedió una indemnización sustitutiva, señalándole que no tenía derecho al reconocimiento de una pensión de vejez; que cotizó hasta el 21 de enero de 1996 un total de 809 semanas exclusivamente al ISS; que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, por lo que es beneficiario del régimen de transición; que cuenta con la edad y las semanas exigidas en el Decreto 758 de 1990; que prestó el servicio militar entre el 16 de octubre de 1954 a 1957; que alcanza un total de 965 semanas; que a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 contaba con 965 semanas.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 35), 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 argumentando que el demandante

pese a ser beneficiario del régimen de transición el demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (fol. 36 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de diciembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 50)

La decisión del Juez se basó en que se acreditó que el demandante es beneficiario del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad. Que conservó ese derecho al 31 de diciembre de 1994, pues a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 contaba con más de 750 semanas.

5. Impugnación y límites del ad quem. La demandante no presentó recurso de apelación, por lo que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandante de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS, la Sala advierte que **el problema jurídico a resolver consiste en determinar:** ¿El demandante es beneficiario del régimen de transición y cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez?

Régimen de Transición

El actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de dicha normatividad, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, pues nació el 14 de abril de 1937, tal y como aparece en la copia de su cédula, visible a folio 30.

Régimen que conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, pues al entrar a regir el AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005, contaba con **902.96 semanas**, para lo cual se tuvo en cuenta las 809 semanas cotizadas a Colpensiones conforme la Resolución N° 020138 del 24 de octubre del 2000, visible a folio 20 más las 93.96 semanas laboradas como Soldado (Ministerio de Defensa Nacional) las cuales son certificadas por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda, visible a folio 18 y s.s.

Pensión de vejez

Con miras a resolver el segundo problema jurídico, se debe aclarar que si bien el actor solicita se le reconozca una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, nuestra CSJ ha dejado sentado, entre otras, en la sentencia bajo el radicado SL 4457-2014, reiterada en la SL 3229-2018, que en materia pensional es el Juez quien debe buscar la norma que resulte aplicable al caso en concreto, así no se haya

solicitado por la activa, por lo que procede la Sala a estudiar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez bajo las siguientes normatividades:

Pensión de jubilación ley 71 de 1988

La Ley 71 de 1988, establece como requisitos en su art. 7º, que se acredite de un lado, el cumplimiento de los **60 años de edad**, los cuales alcanzó el demandante el 14 de abril de 1997, pues como ya se dijo, nació el mismo día y mes del año 1937, como aparece en la copia de su cédula de ciudadanía, obrante a folio 30.

De otro lado, haber **laborado durante 20 años** de servicios, requisito que no fue acreditado por el actor, como quiera que sumado el tiempo en el sector público (93.96 semanas del Ministerio de Defensa, fol. 18) y el cotizado en Colpensiones (809 semanas, fol. 20) arroja un total de **902.96 semanas**, las cuales equivalen a 17 años, 6 meses y 20 días, por lo que no tiene derecho a pensionarse bajo esta normatividad.

Pensión de vejez – art. 12 Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990- Acumulación de tiempo público con cotizaciones del ISS

Estudiado el caso bajo los estrictos presupuestos del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, encuentra la Sala que si bien es cierto, el actor cumplió los 60 años de edad el 14 de abril de 1997, no es menos cierto que, no alcanzó las semanas de cotización exigidas por dicha normatividad, pues dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 14 de abril de 1977 y el 14 de abril de 1997, no alcanzó a cotizar las 500 semanas exigidas, sino únicamente **462.47 semanas**.

Y tampoco logró cotizar las 1000 semanas en toda la vida laboral, pues teniendo el tiempo público como soldado (93.96 semanas) y el cotizado en Colpensiones (809 semanas) arroja un total de **902.96 semanas**, por tanto, acertó el a quo cuando señaló que el demandante no tenía derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez al amparo de esta normatividad.

Art. 33 de la Ley 100 de 1993

Sigue el estudio bajo los presupuestos contenidos en el **33 de la Ley 100 de 1993**, normatividad que exigía para el año 1997 el cumplimiento de 60 años (hombre) los cuales alcanzó el demandante el 14 de abril de 1997, sin embargo, no contaba con las 1000 semanas exigidas; por lo que el actor tampoco cumple con los requisitos exigidos por esta normatividad.

Virtud de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida por la falladora de primera instancia, pues el actor no cumple con los requisitos para acceder a una pensión al amparo de las anteriores normatividades.

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 12 de diciembre del 2021 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

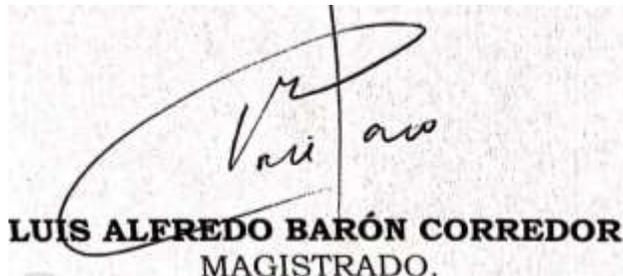
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: YEIMY ADRIANA DIAZ CONTRERAS
DEMANDADO: GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-37-2018-00165-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA AMBAS PARTES
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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. Yeimy Adriana Díaz Contreras instauró demanda ordinaria contra Grupo Empresarial en Línea S.A. con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 10 de agosto del 2008 al 9 de junio del 2016; que la renuncia presentada por el demandante fue coaccionada por el empleador, por lo que se debe declarar que fue despedido sin justa causa. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagarle las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, sanción por no pago oportuno de intereses a las cesantías, indemnización moratoria, 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 celebró contrato con la demandada a término indefinido entre el 10 de agosto del 2008 y el 9 de junio del 2016; que se desempeñó como vendedora de apuestas en línea en Bogotá; que desarrolló la labor de manera personal, cumpliendo un horario de trabajo; que realizó su actividad en diferentes puntos de venta; que el salario devengado para el año 2014 fue de \$562.000; que el 9 de junio del 2016 presentó renuncia ante el incumplimiento por parte de la demandada en el pago de sus prestaciones sociales; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la demanda; que dentro del horario laboral sufrió un accidente de trabajo por lo que tuvo un aborto en el año 2015; que como consecuencia del nacimiento de su hijo fue retirado del trabajo.

2. Contestación de la demandada. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que jamás tuvo un vínculo laboral con la demandante. Que la actora se desempeñó como colocadora de apuestas y desarrolló su labor de manera independiente y sin subordinación, no percibía salario, no cumplía horario. Que entre las partes lo que existió fue un vínculo mercantil. Que la labor la desempeñaba por su propia cuenta y riesgo. Que no tenía contrato de exclusividad. Que ejerció la actividad comercial, pero en las fechas señaladas por la demandante (no dice en cuáles). Que la Ley permite la contratación de colocadores independientes de apuestas. Que no existió ninguna renuncia, que simplemente deja vender el producto y ya. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del contrato laboral entre el demandante y el grupo empresarial en Línea SA, ineptitud de la demanda por falta de requisitos, relación comercial, ausencia de legitimación por activa y por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, pago, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 341 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de enero del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 31 de diciembre del 2014 y el 9 de junio del 2016. Condenó a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social en pensión. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 380)

Su decisión en lo que interesa a los recursos se basó en que se prueba la prestación personal del servicio con las certificaciones de la demandada en las que se indica que la demandante se desempeñó como colocadora de apuestas y con las declaraciones de los testigos. Indica que nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo. Que del 2008 al 2014 se logra desvirtuar la presunción, pues la testigo Luz Marina Rodríguez es clara al explicar que la labor desempeñada por la demandante era de manera independiente y autónoma, que no era necesario el cumplimiento de un horario y que en ese tiempo no estuvo subordinada. Que del año 2014 a 2016 no se desvirtuó la presunción, pues no existe ninguna prueba para ese período que permita determinar que la labor desempeñada por la demandante se hizo de manera autónoma, por el contrario, la testigo Nancy Olaya compañera de la demandante da cuenta que su labor la ejerció de manera subordinada. Señaló que se tendría como salario el mínimo legal mensual vigente. Que se debe absolver de la indemnización moratoria pues no se evidencia que el actuar de la demandada haya estado revestido de mala fe, pues lo que se observa es que actuó bajo el convencimiento de que estaba frente a una relación comercial.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante manifestó que no estaba de acuerdo con que se haya negado las prestaciones del 2008 al 2014 pues señala que se probó prestación personal del servicio y que, con los testimonios de Diana Martínez, quien no pudo asistir y María Oneida Suárez la cual fue negada en primera instancia se hubiese podido demostrar que la demandante en ese período estuvo igualmente subordinada. Señala básicamente que no se desvirtuó la presunción. Que no se dejó que la demandante ratificara los hechos expuestos en la demanda. Que la demandada no puede ser exonerada de la indemnización moratorios pues no se pagaron oportunamente las prestaciones sociales y que se disfrazó el contrato laboral, por lo que no puede entenderse que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe.

4.2. Impugnación parte demandada. Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación argumentando que la relación que existió entre las partes fue de carácter comercial, lo cual se prueba con los contratos allegados. Que hay un contrato de colocación independiente del 2012 - 2016, el cual no fue tachado de falso, ni tampoco las certificaciones que dicen que la labor desempeñada era como colocadora independiente. Que existe un registro único tributario donde la demandante señala que ejerce la labor de colocadora independiente de apuestas. Que en el contrato se dice que su labor es independiente. Que la demandante aceptó las cláusulas del contrato. Que la testigo se contradice y asegura cosas que no le constan, pues no tenía clara las fechas, ni la dirección donde prestaban sus servicios.

5. Alegatos Decreto 806 del 2020

5.1. Alegatos demandante. Señala que es evidente la mala fe en el actuar de la demandada por lo que se debe condenar al pago de la indemnización moratoria.

5.2. Alegatos demandado. Solicita se absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues considera que se logró demostrar que la relación laboral que existió entre las partes estuvo regida por un contrato comercial y no por un contrato laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: ¿La demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo demostrando que la demandante no se encontraba subordinada? En caso negativo, (ii) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización moratoria?

Presunción de existencia de una relación laboral

No se controvierte en esta instancia que la demandante prestó sus servicios para el GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A. como colocadora de apuestas, lo cual dejó sentado el fallador de primera instancia y no fue apelado por ninguna de las partes, además, esto se corrobora con el contrato comercial de colocador independiente de juego de apuestas permanentes firmado por las partes (fol. 364 y s.s.), la certificación expedida por la demandada (fol. 146-147-361), las cuentas de cobro (fol. 21) y la declaración de las señoras Luz Marina Rodríguez y Nancy Olaya Romero, quienes también estaban vinculadas a la demandada.

Así entonces, se tiene que el accionado concentró su energía en afirmar que el servicio personal prestado por la accionante, no se ejecutó en virtud de un contrato laboral, sino que tuvo origen comercial amparado en la autonomía de la voluntad.

Subordinación

El artículo 24° del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra como presunción legal que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La anterior máxima, representa por supuesto una situación jurídica susceptible de ser desvirtuada, es decir, que admite prueba en contrario. Su virtud consiste en relevar al trabajador de la carga de la prueba sobre la naturaleza de la prestación del servicio considerando ésta, de aparecer probado aquél, de carácter laboral. En consecuencia, quien pretenda alegar que una eventual prestación personal de un servicio se dio bajo una modalidad contractual diferente a la laboral, deberá probarla, esto es, desvirtuar la presunción antedicha demostrando que la prestación personal del servicio tuvo origen en un contrato ajeno al ámbito laboral.

Al respecto, nuestra H. CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, **se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.**

Es necesario recordar que los jueces del trabajo y de la seguridad social están facultados para formar libremente su convencimiento con el acervo probatorio que estimen pertinente, *«inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes»*.

Sobre el tema la CSJ en sentencia SL4514-2017, señaló: *“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.”*

Caso en concreto

En el presente caso, el fallador de primera instancia señaló que durante el periodo de **2008 a 2014** se logró desvirtuar la subordinación a través del testimonio de la señora Luz Marina Rodríguez.

Con la anterior decisión no está de acuerdo el apoderado de la parte activa, quien reitera que durante dicho lapso también existió una relación laboral entre las partes, la cual se encuentra demostrada con la declaración de la demandante y se podría corroborar con los testimonios de la señora Diana Martínez, quien no pudo asistir a la audiencia y de la señora María Oneida Suárez, testigo que no fue decretado por el A quo. Además, refiere que no se desvirtuó la presunción de existencia de un contrato de trabajo.

Sea lo primero recalcar, que conforme lo tiene sentado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 194-2019, nadie puede derivar un beneficio de su propia declaración, porque a nadie le está dado crear su propia prueba. Por tanto, la declaración de la

demandante en diligencia de interrogatorio de parte, no constituye prueba de esa circunstancia.

Ahora, tampoco es de recibo el argumento del apelante en cuanto considera que se puede probar la subordinación de la demandante del 2008 al 2014 a través de la declaración de la señora Diana Martínez, pues como lo dice el mismo apoderado no se recibió su declaración al no haber asistido a la audiencia programada, por lo que en nada sirve en este momento si la testigo tenía o no conocimiento de los hechos. En cuanto a la señora María Oneida Suárez, ésta Corporación confirmó la decisión del fallador de primera instancia de negarse a decretar dicha prueba, como quiera que el apoderado de la parte activa no la solicitó dentro de la oportunidad procesal pertinente, por lo que tampoco es posible para la Sala establecer si la señora Suárez tenía conocimiento de la subordinación que alega la parte actora.

En lo que sí le asiste razón al apelante, es en señalar que en este caso no se logró desvirtuar la subordinación, como equivocadamente lo señaló el fallador de primera instancia, pues al escuchar la declaración de la señora **Luz Marina Rodríguez**, encuentra la Sala que la testigo no trabajaba en el mismo local que la demandante para tener un conocimiento directo sobre la forma en que debía ejercer su labor, pues refiere que en su calidad de administradora, estaba encargada de recaudar las ventas de los diferentes puntos de la zona centro y solo asistía una vez semana al punto de venta donde laboraba la actora.

Además, si bien aduce que ella no ejercía ninguna supervisión sobre la demandante y que la señora Díaz era totalmente independiente, posteriormente afirma que debía revisar si los puntos de venta estaban abiertos y en relación con la promotora del juicio refiere que era muy responsable por lo que generalmente cumplía con sus horarios y metas, le eran entregados uniformes e incluso le indicaban cuál de ellos debía utilizar, dejando entrever que la prestación del servicio por parte de la accionante giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en la continua disposición y exposición a vigilancia y control, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, cantidad de trabajo y forma de vestir, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora.

Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que la demandante debía prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la empresa demandada y con los elementos de trabajo suministrados por ella, y aunque la pasiva aduce que ello se debió al contrato de comodato suscrito entre las partes, lo cierto es que dicho documento no resulta suficiente para derruir la presunción, teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Sumado a todo lo anterior, al revisar el objeto social de la demandada registrado en el certificado de existencia y representación legal de la demandada (fl. 17 y s.s.) se observa que su actividad principal es la operación y explotación, propia o a través de terceros, de los juegos de suerte y azar y de habilidad legalmente establecidos, lo cual tiene que ver directamente con la labor ejercida por la demandante, por tanto, debió efectuar la vinculación a través de un contrato laboral como prevé la ley, pues es claro que la labor desempeñada por la actora fue de carácter permanente, ligada estrechamente a la actividad principal de la compañía, no temporal o transitoria, en tanto perduró por aproximadamente 6 años.

De esta manera, al no desvirtuarse la presunción de existencia de contrato entre las partes, carga probatoria que recaía en la pasiva, se debe declarar que se encuentran reunidos los elementos del artículo 23 del CST, por lo no hay duda que la prestación de servicios personales de la demandante durante los años 2008 al 2014 se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora Yeimy Adriana Díaz Contreras, quien sólo por asegurar un ingreso, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Por todo lo anterior, se revocará la decisión del fallador de primera instancia frente a este punto.

En relación al periodo comprendido entre los años **2014 al 2016** el fallador de primera instancia señaló que la empresa demandada no logró desvirtuar la subordinación, pues la testigo Luz Marina Rodríguez sólo tenía conocimiento de lo sucedido entre el 2008 y el 2014, por lo que declaró en este lapso la existencia de una relación laboral.

La empresa demandada no está de acuerdo con la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre el 2014 y el 2016, pues refiere que con la prueba documental allegada logró desvirtuar la presunción.

Al respecto es necesario precisar que con las documentales allegadas por la demandada, como fueron el contrato comercial de colocador independiente de juego de apuestas permanente firmados por las partes (fol. 364 y s.s.), el contrato de comodato de los elementos de trabajo (fol. 376 y s.s.), y la certificación expedida por la demandada (fol. 361), no se logra desvirtuar el elemento subordinante, pues como precedentemente se dijo, nos encontramos frente a la solicitud de declaratoria de existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad, por lo que debemos remitirnos a las demás pruebas obrantes en el informativo con el fin de esclarecer cómo se desarrolló la labor en el plano de los hechos.

La testigo **Nancy Olaya**, quien afirmó haber laborado con señora Díaz Contreras para la empresa demandada en el punto de venta ubicado en la carrera 9° con calle 19, relata que la actora debía cumplir un horario de trabajo, que para ausentarse del punto de venta debía solicitar permiso a la jefe inmediata, esto es, a la administradora de los puntos de venta de la zona centro, y en caso de que la empresa no tuviera personal para realizar el reemplazo debía coordinar con la compañera del punto de venta, pues no podían ausentarse sin autorización, instrucción que en caso de ser desatendida generaba llamados de atención por incumplimiento en el horario asignado. Esta testigo logra el alcance demostrativo requerido pues al haber sido compañera de trabajo de la demandante, es conocedora directa de los hechos debatidos en el presente asunto y con su dicho se puede verificar la existencia del elemento denominado subordinación al haber estado la relación regida por el cumplimiento de instrucciones y disponibilidad, que desdibujan la alegada autonomía e independencia.

Adicionalmente, se reitera que la accionante actuó bajo una actividad misional en forma permanente, prestando directamente sus servicios en los lugares indicados por la accionada y desarrollando labores que se acompasan con su actividad social principal que descartan la utilización de formas contractuales diferentes a la laboral, por ende, este trabajo debe ser protegido por el Estado en la forma prevista en la Constitución Nacional y en la ley.

Siguiendo este hilo conductor y teniendo en cuenta que la empresa demandada no logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, siendo su carga probatoria, se declarará que la relación que unió a las partes fue de carácter laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido.

Extremos de la relación laboral

En cuanto al extremo final no existe controversia entre las partes, pues el fallador de primera instancia determinó que correspondía al **9 de junio del 2016**, data que no fue objeto de apelación y que se corrobora con el contrato comercial de colocador independiente de juego de apuestas permanente firmados por las partes (fol. 364 y s.s.), y la certificación expedida por la demandada (fol. 361),

En cuanto al extremo inicial, con el contrato comercial de colocador independiente de juego de apuestas permanente suscrito por las partes, se puede establecer que la relación laboral inició desde el **28 de octubre del 2010** y no desde el 2008 como lo pretende la demandante. No existe en el plenario ninguna otra prueba, llámese documental o testimonial que dé cuenta de una fecha diferente a la enunciada

Por consiguiente, se declara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del **28 de octubre del 2010 al 9 de junio del 2016**.

Como quiera que se modificó el extremo inicial señalado por el fallador de primera instancia se hace necesario volver al estudio de la excepción de prescripción.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que se declaró que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 28 de octubre del 2010 al 9 de junio del 2016, y que no se presentó reclamación ante la demandada, es claro que la prescripción sólo se interrumpió con la radicación de la demanda el 14 de marzo del 2018 (fol. 166), por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación a las acreencias laborales exigibles con anterioridad al **14 de marzo del 2015**, al igual que lo dijo el fallador de primera instancia.

Lo anterior, con excepción de las **cesantías** cuyo 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), debiéndose declarar **no probada la excepción de prescripción** frente a esta acreencia, y en relación con las vacaciones se declara probada parcialmente en relación a las exigibles antes del **14 de marzo del 2014**, en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020).

Frente a los aportes a seguridad social debe señalarse que los mismos son imprescriptibles, como quiera que constituyen el capital indispensable para la consolidación y la financiación de la pensión de vejez del trabajador. (Criterio expuesto en la sentencia de la CSJ SL 5544-2019)

Acreecias laborales adeudadas

Como se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreecias laborales causadas con anterioridad al 14 de marzo del 2015 no hay lugar a liquidar nuevamente las acreecias laborales determinadas por el a quo, salvo las cesantías, las vacaciones y los aportes a seguridad, cuya liquidación sí varía al declararse un extremo inicial diferente y la fecha en que se hacen exigibles.

Como salario se tendrá el mínimo vigente en cada año, tal y como lo señaló el fallador primigenio.

Auxilio de Cesantías

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

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

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, 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.

Se debe tener en cuenta que se declaró no probada la excepción de prescripción en relación con el auxilio de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda la suma de **\$3'346.784,29** por concepto de auxilio de cesantías, suma superior a la liquidada en primera instancia, por lo que se modificará este punto.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2010	\$ 515.000	\$ 0	\$ 515.000	63	\$ 90.125,00
2011	\$ 535.600	\$ 0	\$ 535.600	360	\$ 535.600,00
2012	\$ 566.700	\$ 0	\$ 566.700	360	\$ 566.700,00
2013	\$ 589.500	\$ 0	\$ 589.500	360	\$ 589.500,00
2014	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	360	\$ 616.000,00
2015	\$ 644.350	\$ 0	\$ 644.350	360	\$ 644.350,00
2016	\$ 689.455	\$ 0	\$ 689.455	159	\$ 304.509,29
Total Auxilio de cesantías					\$ 3.346.784,29

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 señalar 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 respecto de las exigibles con posterioridad al 14 de marzo del 2014, encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$1'245.806,88** por su compensación en dinero; suma superior a la reconocida por el a quo, por lo que se modifica este punto.

Vacaciones -inició el contrato el 28 de octubre del 2010-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
28-10-12 a 27-10-13	28/10/2014	\$ 689.455,00	360	\$ 344.727,50
28-10-13 a 27-10-14	28/10/2015	\$ 689.455,00	360	\$ 344.727,50
28-10-14 a 27-10-15	terminación contrato	\$ 689.455,00	360	\$ 344.727,50
28-10-2015 a 9-06-2016		\$ 689.455,00	221	\$ 211.624,38
Total Vacaciones				\$ 1.245.806,88

Aportes a seguridad social

Frente a los aportes a seguridad social a los que fue condenada la demandada en primera instancia deben modificarse los extremos, los cuáles quedarán del **28 de octubre del 2010 al 9 de junio del 2016**, tomando como salario base de cotización el salario mínimo de cada año, decretado por el Gobierno Nacional.

Indemnización moratoria

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

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 o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte contrario a lo dicho por el fallador de primera instancia que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, pues lo que se observa es que trató de disfrazar una relación laboral a través de contratos de colocador de apuestas y comodato.

Así las cosas, no encuentra la Sala ninguna prueba que permita evidenciar la buena fe de la accionada y, por ende, exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

Quantificación indemnización moratoria -salario mínimo

En cuanto a la indemnización moratoria, como quiera que el fallador de primera instancia determinó que la actora durante la relación laboral devengó como salario el mínimo legal vigente debemos remitirnos al parágrafo 2º del art. 65 del CST el cual establece que el trabajador tiene derecho a un día de salario por cada día de retardo hasta el momento en que el empleador realice el pago total de su obligación. Por tanto, se condena a la empresa demandada a reconocer y pagar al actor la suma de \$22.982 (salario mínimo 2016 \$689.455) desde el 10 de junio del 2016 hasta la fecha en que se efectúe el pago total de las prestaciones sociales adeudadas.

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 segundo de la sentencia proferida el 25 de enero del 2019, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, de la siguiente manera:

1. Por concepto de Auxilio de cesantías la suma de \$3'346.784,29
4. Por concepto de compensación de vacaciones la suma de \$1'245.806,88

5. Deberá pagar los aportes a seguridad social del **28 de octubre del 2010 al 9 de junio del 2016**, tomando como salario base de cotización el salario mínimo de cada año, decretado por el Gobierno Nacional.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la demandada a pagar a la señora YEIMY ADRIANA DÍAZ CONTRERAS a título de indemnización moratoria la suma de \$22.982 desde el 10 de junio del 2016 hasta la fecha en que se efectúe el pago total de las prestaciones sociales adeudadas.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada a quien le salió totalmente desfavorable el recurso. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$750.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

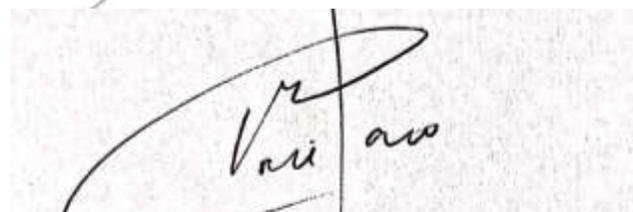
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



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*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LEOPOLDO RODRÍGUEZ RUEDA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 39-2019-00145-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

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. SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR, 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. Leopoldo Rodríguez Rueda, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haber nacido el 19 de febrero de 1938 y contar con más de 40 años y 15 años de servicio; que al ser beneficiario del aducido régimen le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se dispusiera a su favor la reliquidación pensional tomando como base el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda su vida laboral desde el 1 de agosto de 1968 al 28 de febrero de 1998, con una tasa de reemplazo del 90%; al pago de las diferencias pensionales debidamente indexados, junto con los intereses moratorios y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó desde el 1 de agosto de 1968 al 28 de febrero de 1998, presentando el 26 de septiembre de 1997 solicitud de pensión de vejez por considerar que acreditaba los requisitos de edad y tiempos mínimos exigidos, prestación que le fue concedida mediante Resolución 001035 de 1998, a partir del 1 de mayo del mismo año.

Agregó que el 7 de julio de 2017, solicitó la reliquidación pensional, misma que mediante Resolución SUB 137329 de julio 27 del 2017, modificó la resolución

primigenia determinando que acreditó un total de 10.639 días laborados, correspondientes a 1.519, por lo que le aplicó un IBL de lo cotizado en toda su vida, resultando una mesada para el 1 de mayo de 1998 de \$4.089.019, valor que actualizado a 2018 correspondió a \$10.960.453, frente a la cual interpuso los recursos de reposición y apelación, sin embargo, Colpensiones se mantuvo en dicha decisión.

(Expediente electrónico, PDF 04FL127A170, folios 130 y s.s.)

2. Contestaciones de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que el análisis de la pensión reconocida se tomó en cuenta el régimen más favorable, en este caso el Decreto 758 de 1990, los valores legales y extralegales desde el año 1994 hasta el año 1998 y una tasa de reemplazo del 90%. Sobre los supuestos facticos refirió que no se le aplicó en debida forma la indexación del salario base de liquidación, además, de acuerdo con el principio de favorabilidad se le aplicó el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral del ingreso base de liquidación el cual arrojó un monto de \$3.864.459, tasa de reemplazo del 90%, resultando una mesada de \$3.478.013, la cual al 2018 corresponde a la suma de \$10.799.415. Propuso como excepciones de mérito las de presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratorios, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF 06f1172a180, folios 174 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de octubre del 2020, en la que la falladora declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, 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 10AudenciaArt7780Cptss)

Para arribar a la decisión indicó que no existe discusión en la edad del demandante; que mediante Resolución 001035 de 1998, el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 1998, por ser beneficiario del régimen de transición, la cual fue modificada mediante Resolución 0015 de 1998, en la que se obtuvo como fecha efectividad a partir del 1 de marzo de 1998, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, con una mesada inicial de \$2.690.195; que posteriormente fue modificada por Resolución SUB 137329 de julio 27 del 2017.

Agregó que el demandante adquirió su estatus pensional el 19 de enero 1998, es decir, luego de transcurrido 3 años desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por lo que el IBL de la prestación debe liquidarse conforme al artículo 36 de la citada norma. Indicó que, al demandante por faltarle menos de diez años para pensionarse a la entrada del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el IBL a aplicar podrá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir su pensión o el de toda la vida si este fuere superior.

En ese sentido, adujo que una vez realizada las operaciones matemáticas el IBL de toda la vida laboral asciende a la suma de \$1.857.875,69 y aplicando la tasa de reemplazo del 90%, la primera mesada pensional correspondería a un \$1.672.088,12, por lo tanto, el IBL más favorable al actor es el que resulta de los promedios de los salarios devengados entre el 1 de abril de 1994 hasta el 28 de febrero del año 1998, como lo bien lo señaló Colpensiones.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que no se tuvieron en cuenta los hechos y fundamentos de derecho que realizó en la demanda, en tanto que la reliquidación de la base salarial implica necesariamente partir del concepto de exigibilidad de la obligación y, por ende, estar en una obligación de tracto sucesivo, por lo que debe tomarse el ingreso base de liquidación ajustado por inflación calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador actualizado anualmente con base en la variación del IPC, según certificación que expide el DANE y como lo establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 desde el 1 de agosto del 68 hasta el 28 de febrero del año 1998. (Expediente electrónico, Audio 10AudienciaArt7780Cptss)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito alegó que en la liquidación no se le aplicó correctamente y en debida forma la indexación del salario base de liquidación (SBL), ni se aplicó debidamente el IPC, a los salarios devengados por el desde el 1 de abril de 1994 hasta el 28 de febrero de 1998, es decir, no se tuvo en cuenta en forma correcta el ingreso base para liquidar la pensión de vejez.

Agregó que Colpensiones cometió un error aritmético en la liquidación de la pensión y el Juez de primera instancia omitió corregir la incorrección, porque no se tuvieron en cuenta los incrementos anuales con el I.P.C. durante toda la vida laboral que arrojan como promedio de los salarios un ingreso Base de Liquidación la suma de \$ 3.588.950, que al aplicar el 90% de IBL da una mesada inicial de \$ 3.230.055, por lo que se presenta una diferencia en la mesada pensional.

5.2. Parte demandada. Indicó que para el análisis de la pensión reconocida se tomó en cuenta el régimen más favorable, en este caso Decreto 758 de 1990, tomándose los valores legales y extralegales desde el año 1994 hasta el año 1998; que una vez realizadas las operaciones aritméticas pertinentes se evidencia que el valor arrojado es menor al que actualmente percibe el solicitante, por lo tanto y en aplicación del principio constitucional Non Reformatio in Pejus, es decir, respetando los derechos adquiridos cuyas implicaciones directas consiste en no desmejorar la mesada pensional ya reconocida.

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**:

¿El promotor del proceso tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez teniendo como Ingreso Base de Liquidación toda su vida laboral y, como consecuencia de ello, debe la demandada reconocer y pagar el retroactivo por las diferencias causadas, debidamente indexadas e intereses moratorios?

De la reliquidación pensional.

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 19 de enero de 1938 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 1.519 semanas y 60 años, que se advirtieron satisfechos al 1 de marzo de 1998, en cuantía inicial de \$2.690,895, mediante Resolución 1588 del 17 de julio del año 1998, la cual modificó la Resolución 1035 del 23 de abril del mismo año. Ni que mediante Resolución No. SUB 137329 del 27 de julio del 2017 le fue reliquidada la pensión al aquí actor en cuantía de la suma de \$8.235.259. para el 7 de julio del 2014 (Expediente electrónico, Carpeta 02 Expediente Administrativo).

Así las cosas, la primera discusión conforme la plantea la parte actora radica en que, pese a que la pensión se otorgó inicialmente con fundamento en el régimen de transición y en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, para efectos de calcular el ingreso base de liquidación se debió tomar lo devengado en toda su vida laboral y no el tiempo que le hiciera falta, en tanto considera que le es mucho más beneficioso.

Acorde con la situación planteada, es necesario señalar que la Ley 100 de 1993, introdujo un nuevo régimen de seguridad social que entró a regir el 1 de abril de 1994, normatividad que de acuerdo a los principios que regulan la seguridad social, protegió las expectativas legítimas de ciertas personas que a la fecha tuvieran cumplidos algunos requisitos como edad o tiempo de servicios, consagrando un régimen de transición, que permite acudir en ciertos y específicos asuntos, a la norma que los gobernaba previa a la expedición de la citada ley, los cuales son:

- La edad,
- Tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y
- Monto de la pensión de vejez allí consagrado, entendiéndose el monto como el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión y no como el IBL, que corresponde a los salarios devengados por el trabajador o la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso.

Así mismo, respecto del Ingreso Base de Liquidación de la pensión de vejez de las personas beneficiarias de régimen de transición, se debe resaltar que el Legislador hizo pronunciamiento expreso, conforme se observa en el inciso 3º del artículo 36 y el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, para quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho que "será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior" o para quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones les faltare 10 o más años para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el ingreso base de liquidación se determina con "el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia" o "Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3696 del 29 de agosto de 2018, precisó:

"Aunado a lo anterior, la Sala ha dicho que a los beneficiarios del régimen de transición que les hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho, les resulta aplicable el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mientras que para aquellos a quienes les falta un tiempo superior, el ingreso base de liquidación debe ser el contemplado en el artículo 21 de la citada normatividad."

Aplicando al presente caso la línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción laboral, se concluye que el actor se encuentra bajo supuestos jurídicos que están en discusión, por lo tanto, bajo el principio de favorabilidad se entrará a estudiar la aplicación normativa que le es más favorable, así:

- **LIQUIDACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN CON EL PROMEDIO DE LO DEVENGADO EN EL TIEMPO QUE LE HICIERE FALTA, O EL COTIZADO DURANTE TODO EL TIEMPO, SI ESTE FUERA SUPERIOR.**

En cuanto a esta forma de determinar el IBL y siguiendo el anterior marco normativo y jurisprudencial, el actor cumplió los 60 años en 1998, pues conforme a la documental aportada nació el 19 de enero de 1938, por lo que al 1 de abril de 1994 le faltaba menos de 10 años para para adquirir el derecho pensional, por lo que le asiste derecho a que su liquidación se efectuó con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta.

De modo que, una vez elaborada la respectiva liquidación, se evidenció lo siguiente:

Cálculo Tiempo que le hiciera falta							
AÑO	Nº Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1994	275	21,328	44,716	2,097	\$ 1.613.158,01	\$ 3.382.166,94	\$ 31.003.196,96
1995	360	26,147	44,716	1,710	\$ 1.737.469,17	\$ 2.971.388,92	\$ 35.656.667,00
1996	360	31,237	44,716	1,432	\$ 2.176.126,00	\$ 3.115.131,53	\$ 37.381.578,37
1997	360	37,997	44,716	1,177	\$ 2.416.000,25	\$ 2.843.257,64	\$ 34.119.091,63
1998	60	44,716	44,716	1,000	\$ 3.381.345,50	\$ 3.381.353,82	\$ 6.762.707,64
Total días	1415	Total devengado toda la vida laboral actualizado				1998	\$ 144.923.241,59
Total semanas	202,14	Ingreso Base Liquidación					\$ 3.072.577,56
		Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 2.765.319,80

La mesada pensional inicial traída al año 2014, arroja una suma de \$7.048.729,06. En esa medida se evidencia que el valor reconocido por Colpensiones en la Resolución No. SUB 137329 del 27 de julio del 2017 es superior al que arroja esta liquidación.

Año	Variación Año Corrido	Mesada Pensional
1998	17,68	\$ 2.765.319,80
1999	16,70	\$ 3.227.128,21
2000	9,23	\$ 3.525.047,01
2001	8,75	\$ 3.833.425,17
2002	7,65	\$ 4.126.544,19
2003	6,99	\$ 4.415.105,17
2004	6,49	\$ 4.701.671,99
2005	5,50	\$ 4.960.146,41
2006	4,85	\$ 5.200.956,55
2007	4,48	\$ 5.433.850,19
2008	5,69	\$ 5.743.259,05
2009	7,67	\$ 6.184.042,70
2010	2,00	\$ 6.307.835,36
2011	3,17	\$ 6.507.870,82
2012	3,73	\$ 6.750.340,23
2013	2,44	\$ 6.914.734,30
2014	1,94	\$ 7.048.729,06

Toda la vida laboral

Sobre ello, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, dispone que se tomará el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral siempre y cuando, haya cotizado más de 1250 semanas en su vida laboral.

Entonces, de las pruebas aportadas al plenario la demandante cuenta con más de 1.250 semanas, razón por la cual es dable realizar la liquidación pensional y efectuadas las operaciones matemáticas, arrojó la siguiente suma:

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1968	153	0,140	44,716	318,963	\$ 2.430,00	\$ 775.079,03	\$ 3.952.903,08
1969	365	0,149	44,716	299,474	\$ 2.430,00	\$ 727.722,47	\$ 8.853.956,67
1970	365	0,162	44,716	275,688	\$ 2.430,00	\$ 669.921,21	\$ 8.150.708,02
1971	365	0,173	44,716	258,664	\$ 2.430,00	\$ 628.553,22	\$ 7.647.397,45
1972	366	0,197	44,716	226,834	\$ 3.755,41	\$ 851.854,38	\$ 10.392.623,46
1973	365	0,225	44,716	198,991	\$ 4.410,00	\$ 877.549,06	\$ 10.676.846,93
1974	365	0,279	44,716	160,368	\$ 4.410,00	\$ 707.224,61	\$ 8.604.566,10
1975	365	0,352	44,716	126,924	\$ 5.219,10	\$ 662.427,24	\$ 8.059.531,44
1976	216	0,415	44,716	107,771	\$ 8.933,33	\$ 962.753,84	\$ 6.931.827,62
1977	365	0,522	44,716	85,694	\$ 16.213,07	\$ 1.389.357,80	\$ 16.903.853,20
1978	365	0,672	44,716	66,578	\$ 25.530,00	\$ 1.699.737,03	\$ 20.680.133,85
1979	365	0,795	44,716	56,220	\$ 40.189,73	\$ 2.259.484,33	\$ 27.490.392,64
1980	366	1,024	44,716	43,649	\$ 58.310,00	\$ 2.545.200,53	\$ 31.051.446,47
1981	365	1,289	44,716	34,683	\$ 55.724,14	\$ 1.932.658,01	\$ 23.514.005,77
1982	365	1,630	44,716	27,426	\$ 87.155,59	\$ 2.390.325,87	\$ 29.082.298,05
1983	365	2,022	44,716	22,112	\$ 121.764,57	\$ 2.692.493,21	\$ 32.758.667,35
1984	365	2,359	44,716	18,958	\$ 109.993,23	\$ 2.085.271,61	\$ 25.370.804,56
1985	365	2,790	44,716	16,028	\$ 139.933,17	\$ 2.242.811,65	\$ 27.287.541,75
1986	365	3,416	44,716	13,089	\$ 160.256,84	\$ 2.097.624,95	\$ 25.521.103,51
1987	365	4,132	44,716	10,822	\$ 163.020,00	\$ 1.764.242,76	\$ 21.464.953,56
1988	366	5,124	44,716	8,726	\$ 163.020,00	\$ 1.422.527,97	\$ 17.354.841,21
1989	365	6,566	44,716	6,811	\$ 163.020,00	\$ 1.110.270,89	\$ 13.508.295,81
1990	365	8,281	44,716	5,400	\$ 439.826,97	\$ 2.375.067,27	\$ 28.896.651,77
1991	365	10,961	44,716	4,080	\$ 559.132,93	\$ 2.281.009,45	\$ 27.752.281,64
1992	366	13,901	44,716	3,217	\$ 817.346,82	\$ 2.629.164,44	\$ 32.075.806,19
1993	365	17,395	44,716	2,571	\$ 962.534,92	\$ 2.474.305,03	\$ 30.104.044,50
1994	365	21,328	44,716	2,097	\$ 1.597.729,93	\$ 3.349.820,23	\$ 40.756.146,09
1995	360	26,147	44,716	1,710	\$ 1.737.469,17	\$ 2.971.388,92	\$ 35.656.667,00
1996	360	31,237	44,716	1,432	\$ 2.176.126,00	\$ 3.115.131,53	\$ 37.381.578,37
1997	360	37,997	44,716	1,177	\$ 2.416.000,25	\$ 2.843.257,64	\$ 34.119.091,63
1998	60	44,716	44,716	1,000	\$ 3.381.345,50	\$ 3.381.353,82	\$ 6.762.707,64
Total días	10638					1998	\$ 658.763.673,34
Total semanas	1519,71					Ingreso Base Liquidación	\$ 1.857.765,58
						Porcentaje aplicado	90%
						Primera mesada	\$ 1.671.989,02

La mesada pensional inicial traída al año 2014, arroja una suma de \$4.251.857,01, siendo en todo caso inferior, no solo a la que reconoce Colpensiones en la citada Resolución, sino a la liquidación que se realizó por parte de esta Sala sobre el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta.

Año	Variación Año Corrido	Mesada Pensional
1998	17,68	\$ 1.671.989,02
1999	16,70	\$ 1.951.211,18
2000	9,23	\$ 2.131.341,15
2001	8,75	\$ 2.317.795,13
2002	7,65	\$ 2.495.023,02
2003	6,99	\$ 2.669.494,99
2004	6,49	\$ 2.842.761,23
2005	5,50	\$ 2.999.042,03
2006	4,85	\$ 3.144.642,52
2007	4,48	\$ 3.285.456,47
2008	5,69	\$ 3.472.533,65
2009	7,67	\$ 3.739.043,66
2010	2,00	\$ 3.813.892,14
2011	3,17	\$ 3.934.839,12
2012	3,73	\$ 4.081.442,85
2013	2,44	\$ 4.180.840,06
2014	1,94	\$ 4.261.857,01

Por lo anterior, el Juez de alzada no incurrió en un yerro alguno al entender que el IBL más favorable al actor es el que resulta de los promedios de los salarios devengados entre el 1 de abril de 1994 hasta el 28 de febrero del año 1998.

Haciendo notar que la parte actora al proponer la reliquidación de la pensión de vejez en su escrito de demanda no señaló los motivos o las razones por las cuales considera que la liquidación realizada por Colpensiones respecto de dicho concepto no se ajusta

a derecho. Además, aunque se expuso en la liquidación a folios 136 y s.s. que la primera mesada pensional corresponde a \$4.089.019, considerando entonces que esa suma es la que corresponde por pensión de vejez, sin embargo, en ésta no se advierte el factor de la indexación que utilizó. Por lo anterior no es dable tener en cuenta para los efectos que pretende el actor.

Planteadas así las cosas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia. Costas a cargo de la 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 13 de octubre del 2020, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

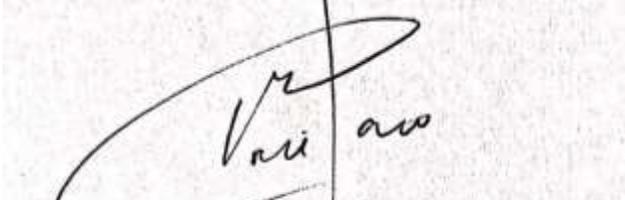
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: ROSA MARGARITA GÓMEZ BELLO
DEMANDADO: UNIVERSIDAD DE LA SABANA
RADICACIÓN: 29-2017-00599-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: NIVELACIÓN SALARIAL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero 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. Rosa Margarita Gómez Bello, instauró demanda ordinaria contra Universidad de la Sabana, con el propósito de que se declare que entre las partes existió relación laboral entre el 20 de enero de 1997 y el 30 de noviembre de 2014, bajo la modalidad de contrato a término indefinido; que a partir del 1 de diciembre de 2008 cumplió con los requisitos para ascender en el escalafón profesoral como PROFESOR ASOCIADO conforme a la Resolución 417 del 3 de diciembre de 1997 y que el salario que le correspondía a partir del 1 de diciembre de 2008, era el devengado por un profesor en la categoría de profesor asociado. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de las diferencias salariales entre lo devengado por un profesor en la categoría de asociado y la percibida entre el 1 de diciembre de 2008 al 30 de noviembre de 2014, prestaciones sociales y aportes al sistema general de pensiones – Colpensiones, así como se profieran las condenas extra y ultra y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que obtuvo título de bióloga por la Universidad Nacional de Colombia el día 7 de diciembre de 1982; que laboró al servicio de la demandada entre el 20 de enero de 1997 y el 1 de diciembre de 2014, como docente universitaria e investigadora de planta de tiempo completo de la Facultad de Medicina de la demandada. Señaló que mediante comité de evaluación celebrado el 1 de septiembre de 2000, según acta No. 004 de la misma fecha, se aprobó su ascenso en el escalafón docente a la categoría asistente, Nivel 3, Grado B. Así mismo, en comunicado del 28 de febrero de 2001 se le indicó su ascenso en el escalafón docente a categoría asistente 3B.

Por lo anterior, afirmó que según memorando SGN-481 del 20 de diciembre del 2001, la pasiva le concedió una ayuda económica por valor de \$11.000.000 para cursar el programa de Maestría en Biología con énfasis en Genética ofrecida por la Universidad Javeriana, título que obtuvo el 12 de febrero de 2003; al igual que según memorando del 11 de septiembre de 2003, también le aprobó un crédito condonable con trabajo, para que tomará el programa de Doctorado en Ciencias Biológicas en el mismo claustro educativo, estudio que terminó el 25 de marzo de 2009.

Refirió que mediante comité de evaluación de profesores de la Facultad de Medicina se recomendó su permanencia en el Escalafón Docente en la Categoría Asistente Nivel 1, Grado A, concluyendo que para el ascenso a categoría de "ASOCIADO" debió cursar y aprobar el tercer nivel de inglés, por lo que en acta No. 54 del 10 y 17 de diciembre de 2008, se afirmó que la demandante cumplía con el tiempo reglamentario y la aprobación del quinto nivel de inglés para ascender a dicha categoría, pero recomendó la permanencia en dicha categoría.

Luego de referirse a los reconocimientos otorgados por distintas entidades e instituciones educativas, agregó que fue una docente dedicada al crecimiento institucional de la Universidad de La Sabana, desarrollando programas de investigación y colaboración interinstitucional que han permitido a dicho plantel educativo presentarse como una universidad con acreditación en alta calidad.

Finalmente, arguyó que el 28 de noviembre de 2014 solicitó a la accionada la revisión de su hoja de vida actualizada, misma en la que puso de presente que contaba con una extraordinaria trayectoria universitaria, docente e investigativa, a lo que le enviaron las pautas y pasos necesarios para dar inicio al proceso de ascenso en el escalafón de profesores, sin pronunciarse de sus pedimentos. (fls. 163 a 175).

2. Contestación de UNIVERSIDAD DE LA SABANA. Al contestar la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones, argumentando que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido, vigente durante el período comprendido entre el 20 de enero de 1997 al 30 de noviembre de 2014. Refirió que la demandante no cumplió con el lleno de los requisitos establecidos en la Resolución No. 531 del 19 de agosto de 2009, para el ascenso de profesores de planta a la categoría de Profesor Asociado, lo cual, sin embargo, el cumplimiento de dichos requisitos no implica per se que se adquiriera el derecho indiscutible a ser ascendido en el escalafón de profesores, pues existen criterios objetivos que permiten determinar a la universidad la procedencia, viabilidad, oportunidad y necesidad de ascensos del cuerpo de docente.

Aclaró que no tiene establecido un salario estándar para la categoría de profesor asociado, por cuanto el salario de los docentes obedece a criterios objetivos correspondientes al área, experiencia profesional, experiencia académica, entre otros, conceptos evaluados por la universidad, en cada caso particular. No obstante, hizo notar que, aun en gracia de discusión, la actora no cumple con los requisitos señalados en la Resolución anotada, en tanto que nunca fue calificada de manera satisfactoria con un porcentaje mínimo del 80%, tal y como lo establece el literal f. del artículo 18. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, compensación, pago, buena fe y genérica. (fol. 185-220)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de mayo del 2019, en el que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante, a quien le impuso las costas de la instancia.

Para tomar su decisión, partió de que entre las partes existió un vínculo laboral el cual estuvo vigente entre el 20 de enero de 1997 y el 30 de noviembre del año 2014; hizo alusión al principio de trabajo igual salario igual y en ese sentido se preguntó si en efecto la Universidad debió escalafonar la profesora en el grado de profesor asociado, por lo que luego de referirse a la jurisprudencia, consideró que según la Resolución 417, misma que establece los requisitos escalafones y determina como se llega al "Profesor Asociado"; en ese sentido significó que la universidad tiene la discrecionalidad para nombrar al docente que cumple con los requisitos en el citado cargo, no obstante, si bien la demandante probó que para el año 2008 contaba con los títulos académicos trayectoria investigativa, así como la experiencia, lo cierto es que debía ser evaluada positivamente por el Comité de Evaluación, que determinó en Acta del 17 de diciembre 2008 que a pesar de que reunía los requisitos para ascender de categoría, recomendaba la permanencia en su escalafón, es decir, que no da un visto positivo en la medida, lo que no era impositivo para la universidad.

En esa medida, agregó que tampoco la demandante mostró su inconformidad frente a la decisión que tomó, solo hasta el año 2014 cuando hizo la solicitud nuevamente, fecha para la cual ya no aplicaba la resolución citada, sino la 531 de 2009, la cual contemplaba otros requisitos, como haber sido valorada de manera satisfactoria mínimo con el 80% sobre el total máximo, lo que significó que la demandante, pese a que cumplía con las exigencias académicas requeridas, no acontecía con el cumplimiento del porcentaje, concluyendo que no hubo discriminación, además, que tampoco se podía comparar con otro docente en las mismas circunstancias, en tanto que le es imposible suponer. (CD fol. 492)

4. Impugnación y límites del ad quem. La demandante formuló recurso de apelación diciendo que la situación que cobija al proceso únicamente puede estar reglada por la Resolución 417 del 3 de diciembre del año 1997, por cuanto el yerro o la inconformidad nace del acta de evaluación celebrada en diciembre del año 2008, luego la Resolución 531 de 19 agosto 2009, no es la llamada a gobernar el asunto. Así, luego de referirse a los artículos 23 y 26 de la primera el ascenso en el escalafón profesoral no era a solicitud de la docente, sino en cabeza de la universidad de forma anualizada.

En ese sentido, aseguró que la universidad no podía a su discrecionalidad nombrar los docentes, en tanto, que se requería únicamente cumplir los requisitos que establecen los literales a), b) y c), mismos que son excluyentes; adujo que la demandante cumplía el literal a), ello por cuanto se desempeño para aquella data más de 6 años y adicionalmente tenía título de magister desde el año 2003, por lo tanto, debió ser nombrada Profesora Asociada. Sin embargo, pese al cumplimiento objetivo de los requisitos, en el Acta No. 54 del año 2008, se dejó sentado que los únicos elementos que se dan por no cumplidos son el espíritu de convivencia y el espíritu de unidad, lo que no permitió escalafonarse y, por tanto, es discriminatorio.

Agregó que no presentó inconformidad, como quiera que no era de su resorte en la medida en que la universidad era quién debía hacer revisión de manera anualizada, misma que venía cumpliendo. Reiteró que tenía el derecho hacer ascendida en el

escalafón docente, por cuanto su permanencia en el cargo de profesora asistente obedeció a criterios de tipo subjetivo por no identificarse, ni tener espíritu de convivencia y tampoco de unidad. Además, reprochó que el docente Fernando Ríos Barbosa que se presenta como docente con 19 años de experiencia en pregrado y dos especializaciones, quien no tiene título de maestría y doctorado sí figura con el grado de profesor asociado 6A con una remuneración salarial superior al de la demandante.

Ultimó que si existe un par con el que se asemeja un poco y es el Dr. Pablo Arango Restrepo, decano fundador, que cuenta con pregrado, especialización, maestría y doctorado, a pesar de que cuenta con experiencia de tres años más que la demandante.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Solicitó la revocación total de la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se acceda a las pretensiones en razón a que cumple a cabalidad con los requisitos impuestos por la Universidad de la Sabana a través de la Resolución No. 417 del 3 de diciembre de 1997, para ser clasificada como Profesor Asociado, hecho que se encuentra probado con las pruebas aportadas en el líbello introductorio.

Lo anterior con fundamento en que la legislación colombiana proscribe que a trabajo igual salario igual, situación que solo puede variar y justificarse a partir de criterios objetivos y que para el caso que nos ocupa, están fijados en la Resolución No. 417, por lo que es apenas obvio que si un docente en la categoría de Profesor Asistente cumple con los requisitos exigidos para ser nombrado como Profesor Asociado, no es posible que el empleador para este caso la Universidad de la Sabana, no reconozca dicha situación y se niegue a aplicar los aumentos salariales que se desprenden de dicha categoría.

5.2. Parte demandada. En su escrito refirió que quedó plenamente demostrado dentro del proceso que la Universidad de la Sabana de acuerdo con lo señalado en la Resolución No. 531 del 19 de agosto de 2009 tiene la facultad de evaluar a los profesores para modificar el escalafón al interior de la Universidad. En ese sentido, es totalmente claro, que, al ser una facultad de la encartada, no se encontraba obligada de manera impositiva a modificar el escalafón de la actora, a pesar de cumplir con los requisitos académicos, pues debe observarse que además de dichos requisitos académicos, se requería el cumplimiento de la totalidad de requisitos señalados en el literal x) del artículo 18 de la citada resolución.

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 las recurrentes.

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

- (i) ¿El salario de la actora debe nivelarse con el salario devengado por el "Profesor Asociado"?
- (ii) En caso positivo, ¿le asiste a la demandante el derecho al pago de las diferencias salariales y reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones?

Nivelación Salarial

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, ni el salario devengado al interior de ella, hechos que fueron no solo aceptados por la demandada en su contestación, sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios 223 a 224), certificado laboral expedido por la demandada (folios 221 a 222), de la comunicación de terminación (folio 225), así como de la liquidación de prestaciones sociales (folio 226).

Hecha tal precisión, debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127"*.

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que *"(...) es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica o sugeridas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad de trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral"* (SALA LABORAL CSJ RAD. 29.468 DEL 3 DE AGOSTO DE 2007)

Señala además, nuestra CSJ en la sentencia SL17442 del 2014, reiterada en la SL 15023-2016, frente al tema de la carga probatoria en este tipo de procesos, que al trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio *«a trabajo igual salario igual»*, le corresponde demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones, y al empleador le corresponde –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba–, justificar la razonabilidad de dicho trato.

Caso Concreto

Conforme a los presupuestos señalados y atendiendo esa distribución de cargas probatorias, corresponde en primer lugar a la activa, la acreditación del trato diferenciado en materia salarial, y la identidad de cargo y funciones con referencia a otro trabajador, para que una vez establecida aquella desigualdad analizar si la demandada a quien se desplaza la carga probatoria justificó los factores objetivos de esa diferenciación salarial.

En ese orden, se debe advertir desde ya, que tal y como lo señaló la Juez de primer grado, en la demanda no se expone con claridad con que trabajador pretende se le nivele su salario, para así establecer si las funciones encargadas a cada uno de ellos son similares, si se trató de una jornada de trabajo análoga y en condiciones de eficiencia equivalentes. Sin embargo, ello no resta para que la Sala entienda, que lo que pretende es que se nivele su salario al de los demás trabajadores que ostentan el cargo de "Profesor Asociado" dentro de la universidad, los cuales perciben una asignación salarial superior a la recibida por la trabajadora.

Planteado lo anterior, corresponderá a la empleadora justificar la razonabilidad de dicho trato, explicando por qué de la diferencia salarial entre los diferentes docentes.

Así las cosas, es menester precisar que el Contrato de Trabajo Individual a término indefinido suscrito entre la encartada y la señora Gómez Bello, el 20 de enero de 1997, estableció que esta se desempeñaría labores como "Profesora de Planta – Facultad de Medicina" (folio 223), situación que le fue modificada por el mismo empleador, en tanto que en Acta No. 004 del Comité de Evaluación de la Facultad de Medicina realizado el día 1 de septiembre del año 2000, se anotó que la demandante ingresó para aquella data, como profesora de planta de tiempo completo, que contó a la fecha con 3 años 7 meses de vinculación laboral, ingresando al "Escalafón e enero de 1997 a la categoría de Asociado grado 3", misma que el 10 de noviembre de 1998 se trasladó en forma horizontal al nuevo Escalafón y ascendió un nivel", encontrándose en la categoría de Asistente, Nivel 5 y Grado C.; señalando además que, en consideración a que no ha sido evaluada en 2 años, "El Comité de Evaluación, después de analizar la experiencia académica y profesional de la Profesora evaluada, decide ascender en el nivel y en el grado en el Escalafón Docente, así: Categoría: Asistente, Nivel 3, Grado B".

No obstante, se evidencia a folios 90 a 93 que la docente no fue promovida de cargo en Acta No. 027 de septiembre, 6 y 20 de octubre de 2004, en tanto que el Comité de Evaluación de Docentes consideró que la demandante debió cursar y aprobar el tercer nivel de inglés para ascender a la categoría de Asociado, de modo que recomendó su permanecía en la ubicación actual del Escalafón Docente. En igual sentido, se dejó sentado en Acta No. 035 del 7 de noviembre y 6 de diciembre de 2006, sin embargo, en esta oportunidad, se dejaron sentadas algunas recomendaciones, entre otras, *"El comité le recuerda que es indispensable su compromiso para orientar y motivar a los estudiantes en el proceso de evaluación de profesores"* y *"profundizar en los indicadores que evidencian el compromiso institucional."*

Además, se observa que en Acta No. 036 del 16 de mayo del 2007, el Comité de Evaluación de Profesores, señaló que si bien la demandante para dicha data cumplía el tiempo reglamentario para ascender de categoría y cursó y aprobó el quinto nivel de inglés, también se indicó que el puntaje obtenido no le permitía tener un ascenso en el Escalafón, recomendando "concretar su Proyecto Académico e incluir en éste las recomendaciones de la presente evaluación", mismo en el que se reiteró *"que es indispensable su compromiso para orientar y motivar a los estudiantes en el proceso de evaluación de profesores"*; *"formalizar en la Facultad todas las actividades de Proyección Social que realice"*; *"Formalizar todas las investigaciones que está adelantado"*, entre otras más cuestiones.

Por último, en Acta No. 54 del 10 y 17 de diciembre de 2008, una vez más se instó a la docente, pese al cumplimiento del tiempo reglamentario y aprobar el quinto nivel de inglés, *"concretar su Agenda Académica Anual e incluir en ésta las recomendaciones de la presente evaluación."*; *"El Comité le recuerda la responsabilidad que tienen todos los profesores de hacer la autoevaluación, como profesor y como Asesor Académico y, de asegurarse que los estudiantes lo evalúen en las fechas acordadas por la Dirección de Docencia"*; *"Hacer el registro correspondiente a todas las actividades de Educación no Formal y la participación den eventos académicos"*, entre otras situaciones.

Ahora bien, vale la pena precisar que de la documental allegada al plenario, es posible concluir que para llegar al mentado cargo de **"Profesor Asociado"**, necesario era que no solo debía cumplirse con los parámetros académicos, investigativos y experienciales, sino al igual que la aprobación del Comité evaluativo, de acuerdo con la valoración y calificación positiva que haga éste, tal y como se pretende de la Resolución No. 417 del 3 de diciembre de 1997, sobre la cual pretende la demandante sea aplicada, en

tanto, que para el año 2008, fecha de solicitud de escalafonamiento, se encontraba vigente. (folios 228 a 246)

Nótese que según el artículo 5° de la citada resolución, para que pudiese ser nombrada "Profesor Asociado", en todos los casos, debió ser calificada en forma positiva. Evaluación que comprende que el profesor acredite los títulos y certificaciones correspondientes, las condiciones académicas o profesionales, y de antigüedad; y además, se identifique con la misión, con el espíritu y con los objetivos de la universidad, estos últimos, no implicaba la exigencia de una ideología o determinada religión como pretende hacer ver la recurrente, sino por el contrario involucra la i) elaboración y sustentación de trabajos que constituyan un aporte significativo a la docencia, a las humanidades; ii) poseer destreza en el manejo de la lengua castellana y de otros idiomas; iii) desempeño y dedicación en las labores de Asesoría Académica a los estudiantes; iv) afán de servir, trabajo en equipo y, espíritu de convivencia y de unidad. (folios 233 y 234)

En ese sentido, si bien la demandante cumplía las exigencias académicas y experiencia para optar al cargo de "Profesor Asociado", ello por cuanto no es un hecho discutido y además así se avizora de las pruebas obrantes al proceso arribadas por esta, no obstante, se evidencia de todas las calificaciones realizadas por el Comité de Evaluación que el motivo de su no escalafonamiento se debía precisamente a que la actora no cumplía con algunos aspectos del ejercicio académico dentro de la universidad, tal y como se trajo a colación en líneas atrás, razón que por demás conocía la demandante, en tanto, que al rendir interrogatorio adujo que si bien no estaba de acuerdo con las evaluaciones ya que en ellas se expresaba "*la coherencia, con el trabajo en grupo y sobre todo con aquello de comportarme dentro de las reglas de la misión y la visión de la universidad*", lo cierto es que aseguró que "*para los años 2004, 2006 y 2007 los porcentajes si eran bajos*"

Así las cosas y contrario a lo dicho por la demandante, existió ciertamente un criterio notable que justificó en modo alguno la desigualdad salarial que dice atribuirse, en tanto, que a pese a tener el nivel académico necesario, así como la experiencia requerida, el escalafonamiento se encontraba condicionado al cumplimiento de otros requisitos, mismos que como se vio no acreditó y en todo caso estaba supeditado a la aprobación del Comité de Evaluación, situaciones fácticas que sin duda fueron probadas con los medios de convicción allegados al proceso, entre otras cosas, porque al igual como lo depuso la demandante, los testimonios practicados al interior del proceso de forma coherente y concisa expusieron la necesidad de llevar a cabo el proceso de escalafón de docentes, mismo que debió cumplir a cabalidad la accionante, previa aprobación del Comité de Evaluación.

Ahora, aunque la apoderada judicial de la demandante señaló que existía al interior de la Universidad existía un par, esto es el Dr. Pablo Arango Restrepo, decano fundador, que cuenta con pregrado, especialización, maestría y doctorado, lo cierto es que sobre este aspecto resultaba imprescindible contar con los suficientes elementos de prueba que permitieran dilucidar no solo que el otro par contaba con iguales exigencias académicas, sino además, si tenía igual experiencia, identidad de funciones, jornada laboral similar, y las mismas condiciones de eficiencia en la prestación del servicio, aspectos que brilla por su ausencia.

Reiterando, que como bien lo señaló la Juez primigenia, quien invoca una nivelación salarial, tiene la carga de acreditar que desempeña el mismo cargo, labores y funciones, en condiciones de eficiencia iguales, respecto de quienes desea ser equiparado, de esa

manera, traslada al empleador la carga de demostrar la justificación de ese trato diferencial, situación que en el *sub examine* no se encuentra plenamente probada y, por el contrario, lo que si se demuestra de los elementos de persuasión que la Universidad sujetó los aumentos a una evaluación de desempeño, decisión que resulta razonable, en tanto que fue objetiva y respetó el debido proceso que se encuentra en la Resolución No. 417 del 3 de diciembre de 1997.

En esas condiciones y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la igualdad solicitada, además, por cuanto tampoco se estableció que esas diferencias fuesen dadas por razones de edad, raza, género, nacionalidad, religión, opinión política o actividad sindical; se confirmará la sentencia proferida en primer grado, misma que absolvió a la demandada respecto a todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra por la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de mayo de 2019, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

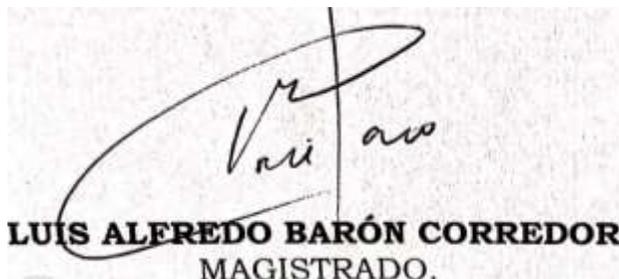
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: INGRID ANN GÓMEZ BARROSO
DEMANDADO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.
RADICACIÓN: 24-2016-00049-03
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA PARTES
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. Ingrid Ann Gómez Barroso, instauró demanda ordinaria contra Optimizar Servicios Temporales S.A., con el propósito de que se declare que entre la Sociedad demandada y la demandante existió un contrato de trabajo, desde el 19 de febrero de 2007 a la fecha, misma que no ha cumplido con su obligación legal de pagar los salarios, cesantías y sus intereses, primas de servicios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social y parafiscal causados desde el inicio de la relación sin perjuicio de los que se causen en adelante; indemnización por despido sin justa causa y moratoria; que al momento de la presentación de la demanda, el vínculo contractual continúa vigente, por lo que los derechos reclamados deben ser calculados al momento del dictar el fallo respectiva.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de los salarios, cesantías y sus intereses con sus respectivas sanciones, primas de servicios, compensación de las vacaciones, aportes al sistema de seguridad social y parafiscal, indemnización por despido sin justa causa y moratoria, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar al servicio de la demandada el día 19 de febrero de 2007, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, para ejercer el cargo de Directora Jurídica, señalándose como contraprestación de sus servicios un sueldo básico de \$23.000.000, un auxilio de rodamiento por valor de \$4.000.000 y viáticos por valor de \$5.000.000, los cuales nunca le fueron cancelados.

Refirió que la demandada le adeuda las prestaciones sociales, salarios y vacaciones, indemnización por no consignación de las cesantías y la sanción moratoria por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, además, como quiera que tanto los viáticos como el denominado auxilio de rodamiento, los cuales fueron pactados de manera mensual y permanente, deberán ser tenidos para la liquidación de prestaciones sociales.

Anotó que la empresa demandada mediante comunicación de fecha 6 de mayo de 2016, procedió a dar por terminado el contrato de trabajo que se encontraba vigente entre las partes, sin justa causa, situación que ratifica la existencia de una relación laboral. Sin embargo, pese que señalan la terminación de la relación, no ordenaron el pago de la indemnización por despido sin justa causa. (fls. 3 a 10 y 267 a 272).

2. Contestación de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta. Sobre los supuestos fácticos refirió que no es cierto la existencia de la relación laboral, ya que la demandante desde el momento de la constitución de la sociedad ha figurado como accionista/socia, tal y como lo certifica el Revisor Fiscal y la escritura pública No. 6248, la cual fue inscrita en el registro mercantil el 3 de enero de 2007; que a desempeñado diferentes roles en la sociedad, tales como presidente de reuniones de asamblea de accionistas, gerente y/o representante legal, miembro de la junta directiva, las cuales se han dado debido a su calidad como accionista y no como trabajadora.

Agregó que tenía la mayoría de participación accionaria, por lo que se presume que tenía el poder controlante de la sociedad, así que se pone entre dicho que siendo la mayor accionista haya cumplido instrucciones de empleador, máxime cuando posteriormente ejerce la representación legal de la sociedad, por lo que no es cierto que haya cumplido instrucciones de una tercera persona. Aclaró que los dineros girados a la demandante tenían la calidad de anticipos de utilidad accionaria, más no eran salarios, ya que no había prestación personal del servicio, como elemento constitutivo de la relación laboral.

Anotó que la elaboración de la certificación aportada en la demanda, fue ordenada por la misma demandante con el fin de adquirir un crédito con una entidad bancaria; por lo que denota la mala fe de la parte actora, más aún cuando se aleja de toda lógica que una persona que presuntamente celebró un contrato laboral verbal nunca hubiere recibido salario ni los beneficios adicionales pactados. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, carencia de norma jurídica, falta de causa, buena fe, prescripción, compensación y genérica. (fols. 254 a 266)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de marzo del 2019, en el que la falladora declaró la existencia de relación de trabajo entre las partes, a partir del 1 de enero del 2012 al 6 de mayo de 2016; como consecuencia de tal declaración, condenó a la demandada al pago por concepto de salarios comprendidos entre el 6 de mayo de 2013 al mismo día y mes del año 2016, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios y calculo actuarial; a pagar a Páez Martín Abogados S.A., en virtud de la cesión de derechos la indemnización por despido sin justa causa y costas procesales. (CD fol. 891)

Limitó el problema jurídico a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que luego de referirse al contenido de los artículos 22 a 24 del C.S.T., encontró de las pruebas aportadas al plenario la acreditación de la prestación personal del servicio del demandante, significando que la parte demandante aportó certificación laboral expedida por la demandada, misma que fue desvirtuada por la parte demandada, en tanto que se allegó carta de terminación de la relación laboral de fecha 6 de mayo 2016 que señala que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a partir del 1 de enero de 2012.

Agregó que en la demandante podría concurrir válidamente la condición de socio respaldado por un contrato de sociedad y de trabajadora derivada de un contrato de trabajo, sin que las dos relaciones jurídicas subyacentes perdieran la naturaleza legal y estatutaria que le son propias, por el simple hecho de materializarse de manera simultánea. En ese sentido, concluyó que la demandada no logró desvirtuar el contenido de la carta de terminación del contrato, misma que hizo referencia a la existencia del contrato a término indefinido desde el 1 enero de 2012 hasta el 6 de mayo 2016. Además, por cuanto durante ese lapso no ejerció la calidad de gerente o representante legal de la encartada, tampoco volvió a ser nombrada presidente.

Sentado lo anterior, indicó que con respecto al salario debía tomarse el salario mínimo legal vigente correspondiente, en consideración a que la suma referenciada en la certificación laboral fue desvirtuada por la pasiva, además, por cuanto que no resulta razonable que el salario correspondiera a \$23.000.000 por un término de 8 años. Por último, indicó que con respecto a la cesión del derecho, esta no produce efecto alguno en cuanto a las prestaciones que salieron avantes en la presente causa judicial, manteniéndose únicamente respecto a la condena por indemnización por despido sin justa causa, en los términos del artículo 343 del CST.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación indicando que no hay ninguna justificación para que las condiciones laborales desde el punto de vista de los salarios se desmejoraran, además, la decisión de terminación del contrato de trabajo por la causal de insolvencia de la empresa no es justificación para exonerar al empleador de indemnizar oportunamente del pago de los salarios.

En esa perspectiva indicó que al ser socia en un 5% ya no tenía ninguna posibilidad de exigir el pago de las prestaciones sociales, además al perder la calidad de socia mayoritaria, dejó de ser la gerente general de la compañía y paso a ser una empleada de la sociedad. Por lo tanto, bajo ese presupuesto no existe argumento alguno para que se le desmejoren sus condiciones salariales, máxime si venía con una certificación realizada con anterioridad, la cual fue realizada por la señora Katherine, quien no era familiar de la demandante. En esa medida los documentos eran perfectamente viables para valorarlos en conjunto, por lo que la base salarial para liquidar prestaciones sociales debió ser la suma allí certificada.

Reiteró que si hay lugar a la indemnización establecida por el no pago de las prestaciones sociales, debido a que ejerció la acción judicial a tiempo y, además, por cuanto no tenía la posibilidad de exigir su pago ya que no tenía control de la empresa y no administraba los recursos de la compañía.

4.2. Recurso de apelación de la demandada. En sus argumentos refirió que no se logró demostrar con claridad la existencia de la relación laboral entre las partes y contrario a ello, lo que avizoró es que la presencia de la demandante fue como accionista, representante legal, gerente y dueña de un número grande de acciones al momento en que inició la sociedad.

Refirió que el señor Ferney quien realizó la certificación está siendo objeto de investigación por la Superintendencia de Sociedades; que no comprende como la demandante que efectuó prestamos por más de \$3.000.000.000 viene a reclamar acreencias laborales o la existencia de un contrato laboral, cuando ella continúa siendo accionista de la empresa; que por la misma razón no comprende que siendo miembro activo no haya hecho alguna reclamación dentro de la empresa, además, por cuanto uno no puede alegar su propia culpa, en la medida en que ha participado en actividades, reuniones de accionistas y junta de socios.

4.3. Recurso de apelación Ministerio Público. En su apelación refirió que la prueba de la cual se estructura la condena del a quo, fue la carta de terminación del presunto contrato de trabajo existente entre la demandante y la empresa Optimizar, la cual no tiene un carácter absolutamente creíble, dadas las particularidades y circunstancias del asunto en concreto, en tanto que ninguno de los elementos aportados en el proceso tienen la suficiente credibilidad para estructurar la condena, particularmente si se tiene en cuenta la conducta procesal de las partes y la utilización de la cesión de derechos litigiosos que no está establecida en el proceso laboral y además, la demandante exige una deuda laboral durante más de 7 u 8 años que aduce nunca le pagaron, lo cual, considera que raya con las reglas de la experiencia y el sentido común.

Último que la demandante es socia principal de la empresa, junto con su esposo y que además existen manejos irregulares y deudas pendientes de pagar; reiterando que los elementos allegados no permiten establecer los extremos del contrato laboral con absoluta credibilidad y certeza.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Indicó que no se les dio aplicación a los efectos del artículo 77 del Código Procesal Laboral, en relación con que la sociedad demandada, no realizó la contestación a la reforma de la demanda, como se señala en el Auto de fecha 10 de febrero de 2017, proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito. En ese sentido, se deben dar por cierto los hechos susceptibles de confesión. Refirió que la demanda fue presentada el 11 de marzo del año 2016, y que dentro de los documentos aportados, se adjuntó una certificación expedida por la señora Cáterin Caballero Moyer de fecha 6 de octubre del año 2015, mediante la cual, esta última firma como Directora de Operaciones de Optimizar Servicios Temporales S.A.

En ese orden de ideas, la carga de probar en contra de lo que certifique el empleador, corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia, que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debería acentuar el vigor de un juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas del tiempo de servicio, del salario, y en general, en relación con cualquier tema de índole laboral.

5.2. Parte demandada. Alegó que en el fallo proferido se resolvió declarar que entre la demandante y la demandada existió un contrato a término indefinido desde enero 1

de 2012 hasta el 6 de mayo de 2016, sin tenerse en cuenta las discrepancias presentadas durante el desarrollo del presente, desde el inicio con la presentación de la demanda. Además, la demandante no logró demostrar de ninguna otra manera la existencia de la supuesta relación y sobre la cual se basa la presente demanda y el fallo proferido con base en la certificación laboral que establece el referido fallo, se debe efectuar un análisis y valoración a todos los elementos probatorios aportados por la sociedad, de manera que no quepa la menor duda sobre la declaratoria de la existencia de la relación laboral pretendida y se debe tener cuenta las razones y argumentos planteados en la contestación a la demanda, en la excepción propuestas, entre ellas la prescripción, el informe presentado por la Liquidadora donde da cuenta que la demandante es accionista de la concursada Optimizar, tal y como consta certificado de composición accionaria que reposa en el expediente lo mismo que las cuentas contables en la que figuran cuentas por cobrar a accionistas entre la que figura una cuenta por cobrar a la demandante señora Ingrid Ann Barroso con un saldo por pagar a la demandada, registrado a diciembre de 2016, por valor de \$3.197.329.447.58.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

¿La sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A., fungió como empleador de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas? De ser afirmativa la respuesta, el segundo y tercer problema jurídico consistirá en determinar el salario que devengó la demandante en vigencia del nexo contractual y si hay lugar o no al pago de la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del CST.

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 a 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 con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

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

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que prestó sus servicios en favor de la encartada, encuentra la Sala que se aportó certificación adosada a folio 11 del expediente, fechada el 6 de octubre de 2015, en donde se evidencia que la señora Katherine Caballero Moya da cuenta que la demandante laboró como directora jurídica a favor de la empresa desde el 19 de febrero de 2007, con una asignación de \$23.000.000, auxilio de rodamiento de \$4.000.000 y \$5.000.000 de viáticos, lo que es suficiente para demostrar la prestación del servicio desde dicha data, tal y como se indicó en el libelo introductor, pues conforme lo ha señalado ampliamente la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral:

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

En ese sentido, si bien el extremo pasivo indicó que el documento que se le atribuye se elaboró por orden directa de la demandante en su calidad de representante legal de la empresa, en tanto que el mismo se utilizó para favorecer un crédito financiero personal, encuentra la Sala que ello solo quedó en una simple afirmación, en tanto que no se aportó ningún elemento de prueba que permita dar fiel certeza de que tal situación aconteció.

Por el contrario, lo que si refleja sin asomo de duda la certificación es que fue creada por la misma empresa, pues viene respaldada por la firma de la señora Katherine

Caballero Moya, primer suplente del Gerente, quien cuenta con amplias facultades de representar la empresa desde el pasado 4 de enero del 2010, entre otras, "*autorizar con su firma todos los documentos públicos o privados que deban otorgarse en desarrollo de las actividades sociales o en interés de la sociedad*", según se colige de los certificados de Existencia y Representación Legal, vistos a folios 49 a 55 y 92 a 95 del expediente.

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

Además, se aportó con el escrito reformativo de la demanda carta de terminación del contrato de trabajo suscrita por el representante legal el 6 de mayo de 2016, misma en la que hace referencia que "OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 1 de enero de 2012, sin justa causa por parte del Empleador, a partir del día de hoy 6 de mayo de 2016.", misma que tampoco fue objeto de tacha de falsedad por la parte demandada y que también documenta la prestación personal de su servicio en favor de la encartada.

Por manera que demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la pasiva desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que la actora fuese únicamente accionista mayoritaria o minoritaria de la empresa o que por el simple hecho de ejercer la representación legal de la empresa de plano se desvirtuó la presunción legal.

Y es que debe tenerse en cuenta que todo el andamiaje argumentativo que trae la parte demandada a colación no tiene por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiaria el extremo activo y entre eso porque lo que pretende demostrar con las documentales aportadas en la contestación de la demanda, es significar las situaciones administrativas y financieras por las que atraviesa la empresa y que son de relevancia dentro de la actuación investigativa, entre otras, por la Superintendencia de Sociedades.

Siendo ello así, y si bien tanto el Ministerio Público como la liquidadora de la empresa advirtió a la Sala que tuviera en cuenta los malos manejos en que presuntamente incurrió la actora cuando estuvo encabeza de la encartada, lo cierto es que lejos se está de hacer hincapié sobre ello, en tanto, que dichas situaciones como fueron invocadas no son de resorte y conocimiento de esta jurisdicción, lo cual tampoco dispensa a esta Corporación para ignorar los elementos tuitivos de la relación laboral que propende su declaración la gestora del proceso, ni impide desentrañar la verdadera naturaleza subordinada de la relación que los ató, máxime cuando correspondía a la demandada a través de los diversos medios probatorios desvirtuarla.

Nótese que dentro de la actuación procesal solo se allegó las reformas realizadas a los estatutos de la empresa accionada, que en todo caso tampoco tuvieron la virtud de demostrar que la relación laboral fuese desprovista de subordinación. Por el contrario, lo que si demuestra es que la demandante al ser nombrada presidente y representante legal de la empresa demandada se le encomendó realizar, entre otras, actos que implicaban la gerencia y coordinación de la empresa, celebración de contratos de orden administrativo con entidades del orden público y privado, rendición de informes a la junta sobre las gestiones desarrolladas en diversos asuntos, presentar a la asamblea general los balances de la sociedad y estados de pérdidas y ganancias y, estado de cambios en la situación financiera de la compañía.

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

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los documentos enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio del demandante a favor de la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A., y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se reitera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión de la Juez primigenia, sin que sea viable estudiar los extremos temporales de la relación laboral, en tanto que no fue objeto de alzada por las partes.

Salario

Ahora, en lo atinente a las inconformidades que se plantean en el recurso de apelación por la demandante, la primera de ellas referente al salario que tuvo en cuenta la Juez de primera instancia para liquidar las condenas impuestas, pues a su juicio se debió tener en cuenta para todo el extremo declarado la suma de \$23.000.000, en tanto que así fue certificado por la demandada el 6 de octubre de 2015.

Sobre este aspecto es preciso aclarar que, si bien la *a quo* consideró que sobre ella existía inconsistencia y, por tal razón, no debía tenerse en cuenta para tener por probado el salario devengado por la actora, debido a que esta no se acompasaba con la carta de terminación del contrato de trabajo suscrita el 6 de mayo de 2016, en razón a que difería en la fecha de iniciación de la relación laboral, sin embargo, para esta Sala tal imprecisión no es suficiente para restarle el valor probatorio a esa documental, máxime que dicha documental deviene con posterioridad a la fecha en que se certifica tal acontecimiento y a la fecha de radicación de la presente demanda, esto es, 11 de marzo del 2016.

Ahora, aunque se dedujo que la certificación laboral expedida por la demandada tenía plena validez, toda vez que servía de prueba para los efectos que se indicaron en líneas atrás, es menester señalar que dicha prueba únicamente permite colegir que para el mes de octubre del año 2015 la actora devengó dicha suma de dinero y no para toda la vigencia de la relación laboral declarada por la juez de primer grado, como quiera que en aquella no se aduce que fuese así.

Aclarado lo anterior, para todos los efectos se tendrá para el mes de octubre del año 2015, como salario devengado la cuantía de \$23.000.000. En lo referente a los demás periodos se tendrá en cuenta el salario mínimo mensual vigente, en tanto que se imponía a la demandante la carga procesal de demostrar aquella afirmación. En consecuencia, se tendrá como salario promedio para el año 2015 la suma de \$2.507.320,83. Por manera que habrá de modificarse la sentencia de primer grado en lo atinente a la condena de salarios, prestaciones sociales y aportes pensionales, por lo que así se procederá, comenzando por el:

Auxilio de Cesantías

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

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

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, 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 **\$4.520.829,83** por concepto de auxilio de cesantías entre el 1 de enero de 2012 al 6 de mayo del 2016.

AUXILIO DE CESANTÍA			
AÑO	SALARIO	DÍAS	SUBTOTAL
2015	\$ 2.507.320,83	360	\$ 2.507.320,83
CONDENA EN EL AÑO 2015			\$ 644.350,00
CONDENA POR LA TOTALIDAD DE CESANTÍAS			\$ 2.657.859,00
TOTAL A PAGAR POR CESANTÍAS			\$ 4.520.829,83

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 **\$415.076,50** por concepto de intereses a las cesantías causados.

INTERESES A LAS CESANTÍAS			
AÑO	BASE	DÍAS	SUBTOTAL
2015	\$ 2.507.320,83	360	\$ 300.878,50
VALOR ORDENADO EN EL AÑO 2015			\$ 75.189,00
VALOR TOTAL ORDENADO			\$ 189.387,00
TOTAL A PAGAR POR INTERESES			\$ 415.076,50

Prima de servicios

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

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

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$3.744.966,83** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota	Días	Valor prima
dic-15	\$ 4.370.291,67	\$ 0,00	\$ 4.370.291,67	180	\$ 2.185.145,83
VALOR PRIMA DE SERVICIOS ORDENADA DICIEMBRE DE 2015					\$ 317.700,00
VALOR TOTAL PRIMA DE SERVICIOS ORDENADA					\$ 1.877.521,00
Total Prima de servicio					\$ 3.744.966,83

Salarios

En efecto, como se señaló anteriormente, se encuentra acreditado que para la data referida por la A quo hubo prestación efectiva del servicio, por lo que al aceptarse la prestación del servicio de la demandante y al referir la misma que no le han cancelado estos salarios, surgía para la parte demandada desvirtuar este hecho mediante los medios de convicción que demuestren, con certeza, su pago, hecho que no ocurrió.

Por lo anterior, al no existir un medio de prueba en el que se advierta su pago, realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$ 44.921.308** por dicho concepto.

SALARIOS		
Salario	Días	Valor salario
\$ 23.000.000,00	30	\$ 23.000.000,00
VALOR SALARIO ORDENADO OCTUBRE DE 2015		\$ 644.350,00
VALOR TOTAL SALARIOS ORDENADOS		\$ 22.565.658,00
Total Salarios		\$ 44.921.308,00

Aportes pensionales.

Conforme lo tiene sentado nuestra CSJ en la sentencia SL 4632-2020 no hay lugar a ordenar su pago, pues *“lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador (...)”* y en el presente caso ni siquiera señalaron cuáles fueron los perjuicios sufridos.

Teniendo en cuenta que la demandante no fue afiliada por su empleador, se modificará el literal “f” del numeral segundo de la sentencia apelada, pero únicamente en el sentido de indicar que el ingreso base de liquidación para el año 2015 será el

equivalente al \$2.507.320,83. Para lo demás periodos será el establecido por la Juez de primera instancia.

Indemnización moratoria.

En lo concerniente a la indemnización moratoria, aduce la apelante, que para la fecha en que terminó el contrato de trabajo, no tenía la calidad de representante legal de la empresa demandada, ni era socia mayoritaria de la misma, por lo que no podía disponer del pago de sus prestaciones sociales causadas en vigencia del laborío.

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, sin embargo, 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, la misma 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.

Así las cosas, conforme se ha reseñado en precedencia, la señora Ingrid Ann Gómez Barroso ostenta tanto la calidad de trabajadora como la de directivo, pues si bien fungió como gerente y representante legal de la empresa, según da cuenta el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad demandada (fl. 152 y ss), posee también la calidad de socio, pues a la fecha de constitución de la empresa accionada contaba con la mayoría de acciones (fl. 61 y s.s.) y que si bien se redujo significativamente su participación accionaría, sigue manteniendo tal calidad, pues cuenta con un total de 284.460 acciones suscritas, equivalentes al 5.5% del total de la sociedad, según se advierte del certificado expedido por el Revisor Fiscal de la compañía (fol. 56)

Además, la documental visible de folios 141 y s.s, permite colegir que desde el año 2010, el personal directivo y los socios de la demandada empezaron a discutir y plantear la capitalización del patrimonio social vía incremento de los aportes de los accionistas, en tanto que según informe de la demandante, en su calidad de representante legal, el objeto social de la sociedad incrementó su volumen o cantidad de los negocios, de modo que este tema fue recurrente en las posteriores discusiones generadas en el seno de la junta de socios, de los cuales, se itera, hace parte el demandante.

De ahí que no sea dable predicar la mala fe de la sociedad demandada, por cuanto la situación financiera de la misma era un hecho ampliamente considerado y debatido por sus socios, y adicionalmente, de la documental aportada al plenario, se observa que la

demandante participaba activamente dentro de las decisiones que se tomaban con tal propósito al interior de la empresa enjuiciada, pues además, estuvo presente en la aprobación y creación de cargos dentro de la empresa, como lo fue la de los suplentes de gerencia, de modo que ante tal intervención en las decisiones de la empresa, debió velar porque le fuera fijado y pagado oportunamente su salario, prestaciones sociales y demás acreencias laborales, gastos que debía incluir dentro del inventario y balance que tenía que presentar a la asamblea general en sus reuniones ordinarias anualizadas, máxime cuando una de sus obligaciones era la de conservar los bienes sociales y vigilar la actividad de los empleados de la administración de la sociedad e impartir ordenes e instrucciones que fuesen necesarias para la buena marcha de la compañía.

Todo lo anterior, permite concluir que no existió mala fe por parte de Optimizar Servicios Temporales S.A., sino que más bien, la omisión en el pago se debió a la conducta de la actora de guardar silencio en relación con las incongruencias en el pago de sus acreencias laborales por lo menos, cerca de cuatro años, al punto de verificar su reclamo, únicamente, ante la presente acción judicial.

Las anteriores reflexiones guardan congruencia por lo ya dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en proveído con Rad. 41658 del 9 de junio de 2010, en un caso con similares contornos fácticos y jurídicos como el que nos ocupa, aseveró que la doble condición de trabajador y socio ostentada por el demandante resulta determinante a efectos de establecer si la conducta del empleador estuvo revestida de mala fe, entre tanto este participaba en la toma de decisiones de la compañía y en virtud de la responsabilidad solidaria entre los socios prevista en el artículo 36 del C.S.T.; al punto que el trabajador demandante no podrá ser acreedor frente a la empresa de la cual es parte, pues tuvo voz y voto en la junta de socios, y por ende, se entiende copartícipe del manejo y gestión dados a la empresa.

Providencia que es consonante con la sentencia con Rad. 24599 del 06 de julio de 2006, la cual consideró respecto del trabajador que ostenta una doble calidad como directivo que: *“era él quien debía adoptar las medidas respectivas, o si estimaba que faltaba solucionar sus primas, intereses a la cesantía u otros conceptos, le correspondía buscar los correctivos con la sociedad y satisfacer las supuestas obligaciones, para salvaguardar los intereses de su representada, y no esperar a que la empresa lo desvinculara para, en consecuencia, arremeter contra ella, pues fue la que le confió su dirección”*.

Motivos más que suficientes que conllevan a la Sala a confirmar la decisoria de la Juez primigenia en la absolución de la sanción moratoria a la encartada. Sin costas en esta instancia judicial.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR únicamente los literales a), b), c) y e) de la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la demandada **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** a pagar a favor de la demandante, los siguientes conceptos:

- a) **\$ 44.921.308** por conceto de salarios insolutos.
- b) **\$4.520.829,83**, por concepto de auxilio de cesantía.
- c) **\$415.076,50**, por concepto de intereses a las cesantías causados.
- d) **\$3.744.966,83** por concepto de prima de servicios causadas.

SEGUNDO: MODIFICAR el literal f) de la citada sentencia, para en su lugar ordenar que el ingreso base de liquidación para el año 2015 será el equivalente al \$2.507.320,83. Para lo demás periodos será el que dijo la Juez de primera instancia, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia judicial.

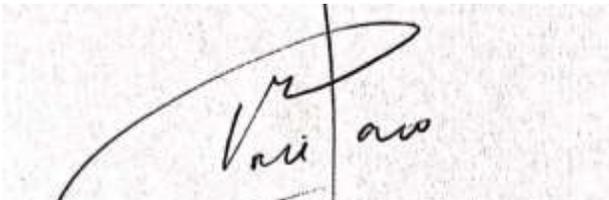
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: LUIS ORLANDO LINARES CRUZ
DEMANDADO: CHEVRON PETROLEUM COMPANY
RADICACIÓN: 11-2016-00010-03
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA PARTES
TEMA: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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. Luis Orlando Linares Cruz, instauró demanda ordinaria contra Chevron Petroleum Company, con el propósito de que se declare la nulidad de los documentos denominados "acuerdo" y "transacción" que le hizo firma la demandada los días 24 y 27 de mayo del 2013 respectivamente, por encontrarse viciado el consentimiento, toda vez que se le negó la posibilidad de ser asistido por un abogado como garantía del derecho de defensa; que existió sustitución patronal desde septiembre de 2001 hasta cuando formalmente ingresó a la empresa demandada; en consecuencia, que se declare la existencia de una relación laboral desde el 11 de noviembre del 2001 al 24 de mayo de 2013, y que la terminación del contrato laboral se dio de manera unilateral por parte de la empresa demandada sin mediar una causa justa para ello.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor la reliquidación de las prestaciones sociales para lo cual se tendrá como soporte el salario real que correspondía al trabajador según las horas extras, bonificaciones y todo lo que se demuestre durante el proceso; indexación, aportes a la Seguridad Social por todo el tiempo dependiendo del salario real, indemnización por terminación unilateral del contrato por parte del empleador sin justa causa, los perjuicios morales causados al trabajador y su familia por efectos de la vida de relación y por el abuso de la empleadora y la violación del derecho fundamental a no ser sobrecargado en su capacidad laboral, calculados en \$100.000.000 y \$50.000.000 respectivamente.

A modo de pretensiones subsidiarias declarativas petitionó el pago de la indemnización por la no consignación del valor completo de las cesantías del demandante al respectivo Fondo de Cesantías, de acuerdo con el artículo 99 de la ley 50 de 1990 sobre el salario real y que se declare que la demandada es responsable de los problemas de salud del trabajador como consecuencia de la sobrecarga laboral y el efecto psicológico que le producía el estrés.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó a trabajar para la empresa demandada desde el 3 de septiembre del 2001 a Isvi Ltda para prestar servicio Outsourcing en Bogotá, para la demandada, como escolta del área Dwnstream, es decir, encargado de la seguridad, hasta el 24 de mayo de 2013, fecha en la que fue despedido sin justa causa; que a la fecha de terminación ostentaba un salario básico de \$1.832.199.

Agregó que fue vinculado para trabajar físicamente con la demandada desde el 2 de mayo del 2002, continuando con el mismo cargo, labor y ordenes de la demandada; que durante los tres siguientes años, el trabajador laboró en horario extendido de 6 de la mañana hasta las 23 o 24 horas, pernoctando fuera de Bogotá por periodos de hasta de ocho días; que se le liquidaban 130 horas extras máximo, aunque la disponibilidad para con la empresa y el ejecutivo a quien estaba asignado en su labor de Escolta era de 24 horas.

Indicó que en desarrollo de la actividad fue perdiendo capacidad auditiva en la empresa y el médico de esta aseguró que estaba bien y sin ninguna afección; que al demandante se le diagnosticó hipoacusia sensorial bilateral por lo cual le recomendaron ayuda auditiva (audífonos permanentes); que dicha enfermedad la adquirió en el trabajo, sin embargo, fue ignorada por el médico que practicó el examen de egreso; que el 27 de mayo de 2013 la empresa le hizo firmar un acuerdo irregular y lesivo, en tanto que le violaron los derechos mínimos del trabajador, además fue forzado a aceptar la renuncia de las acreencias que le correspondían; advirtió que sufrió daño en su salud como efectos de la actividad desempeñada y la sobrecarga y, exigencia de dedicación de tiempo continuo y completo, misma que tampoco le permitió tener contacto con su familia.

Afirmó que no se le cotizaba sobre las horas extras, dominicales y festivos laborados y que le fueron cancelados; que al demandante no le hicieron firmar una conciliación porque no fue en el Ministerio del Trabajo ni en Juzgado. (fls. 316 a 327 reforma de demanda).

2. Contestación de CHEVRON PETROLEUM COMPANY. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Sobre los supuestos fácticos refirió que es cierta la relación laboral, pero precisó que fue desde el 5 de febrero del 2002 al 24 de mayo del 2013, sin que hubiese existido sustitución de patronos entre Isvi Limtiada y Chevrom Petroleum Company; que el trabajador fue contratado para desempeñar el cargo de Escolta A. Afirmó que la terminación del contrato de trabajo se hizo de mutuo acuerdo entre las partes, según consta en el Acta del 24 de mayo de 2013, decisión que fue ratificada mediante Acta de Transacción del 27 del mismo mes y año, en consecuencia y, contrario a lo señalado por el actor, no hubo despido alguno, en tanto se presentó una de las formas legales previstas en la norma sustantiva.

Agregó que al trabajador se le liquidó el tiempo extra laborado; que el salario a la terminación del contrato fue la suma de \$3.032.199, como consta en la liquidación final; además que la transacción suscrita entre las partes es totalmente válida y cumple con los requisitos legales de un acuerdo de tal naturaleza, en tanto, que el demandante al suscribirla era una persona capaz, prestó su consentimiento y la materia de esta es totalmente legal, aunado a que no tenía discapacidad ni limitación alguna que afectará su salud.

Por lo que consideró de lo anterior, que tiene los requisitos previstos por el máximo órgano jurisdiccional, ya que existió controversia, se refirió sobre derechos inciertos e indiscutibles, recibiendo por dicha transacción la suma de \$68.155.332, junto con la liquidación final de prestaciones sociales, más la continuidad del disfrute de las pólizas de seguro de vida, hospitalización y las becas de educación de los hijos del actor, por seis meses más a partir de la fecha del retiro de la empresa, lo cual deja en evidencia que no fue obligado a renunciar a ningún derecho.

Sostuvo que la empresa le reconoció y pagó en vigencia de la relación laboral el tiempo extra, retribuyendo igualmente sus servicios en los días dominicales y festivos cuando eventualmente los laboraba; señaló además que las deducciones que en la liquidación final de prestaciones aparecen fueron expresamente autorizadas por el actor, ratificándose de las mismas en el acta de transacción. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cosa juzgada, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, compensación, buena fe, prescripción y genérica. (fols. 337 a 365)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de julio del 2019, en el que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por Luis Orlando Linares Cruz, declarando probadas las excepciones propuestas en oportunidad y condenado en costas. (CD fol. 433)

Limitó el problema jurídico a dilucidar los extremos temporales de la relación, salario, trabajo suplementario, la forma en que terminó la relación laboral, reliquidación de prestaciones sociales, aportes pensionales, indemnización plena y total de perjuicios materiales y morales y sustitución patronal. Subsidiariamente si hay lugar al pago de la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías sobre el salario real y la presunta responsabilidad sobre el estado de salud.

De esta manera, indicó que no existe controversia en torno a que el demandante prestó sus servicios a favor de la demandada a través de un contrato de trabajo en virtud del cual desempeñó el cargo de escolta, con una remuneración mensual de \$3.032.199, relación laboral que finalizó el 3 de mayo del 2013, en tanto que así lo aceptó la parte demandada. Frente al extremo inicial, arguyó que este corresponde al 5 de febrero del 2002, debiéndose tener tal, como quiera que la parte actora no allegó ningún medio de prueba que derruyera dicha afirmación, máxime la declaración de confeso que recae en su contra con respecto del ordinal 3º, literal a) de la contestación de la demanda, situación que excluye de plano la sustitución patronal que pregona en el libelo introductor.

En lo que respecta a la nulidad de la transacción pactada entre las partes, manifestó que de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, el actor acude a la fuerza

o error como vicios del consentimiento, sin embargo, era de su resorte la carga de allegar los elementos o medios probatorios que pudieran brindar convicción o certeza de que ello aconteció. Por el contrario, adujo que lo que si se demostraba es que las partes, personas consientes, capaces suscribieron el acuerdo transaccional, cuyo objeto fue acordar una suma de dinero para cubrir unas eventuales reclamaciones laborales a futuro, la cual fue aceptada por el demandante.

Señaló que igual acontece con los derechos mínimos y ciertos de los cuales se duele el demandante, en tanto que las materias objeto de transacción no son derechos ciertos y discutibles, pues precisamente se transó la forma en que iba terminar el contrato de trabajo, por la suma de \$68.155.332, cuyo objeto fue el de precaver la iniciación de eventuales y futuros litigios que llegaran a causar en virtud del contrato de trabajo. En tal sentido, significó con certeza la configuración de la excepción cosa juzgada, absolviendo a la demandada del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

En cuanto a la reliquidación de las prestaciones sociales indicó que en tratándose de trabajo suplementario la carga de la prueba corresponde a la parte actora tendiente a demostrar el verdadero valor causado de las horas extras laboradas a efectos de verificar la procedencia del tiempo suplementario reclamado. En ese sentido, al no estar demostrado no debía impartir condena.

En lo atinente a los perjuicios materiales y extrapatrimoniales a su familia por efectos de la vida en relación adujo que para el pago de estos debe estar acreditado la causación de ellos, situación que no ocurre en el sub judice, en tanto, que no se aportó ningún medio probatorio llámese documental, pericial o testimonial, siendo insuficiente su dicho.

Referente a las pretensiones subsidiarias, manifestó que el actor pretende en últimas se le reconozca la indemnización plena de perjuicios del que trata el artículo 216 del CST; en esa medida refirió que al tenor de la deficiencia probatoria de la actora no encontró acreditada la estructuración de los elementos fundantes de la responsabilidad civil producto de una enfermedad de trabajo.

4. Alegatos parte demanda. Solicitó se confirme la sentencia de primer grado en tanto que la parte demandante no cumplió con la carga de la prueba, es decir, no acreditó los supuestos facticos de las normas jurídicas invocadas relacionadas con la obstaculización y el libre acceso a la justicia del demandante.

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) ¿Entre Luis Orlando Linares Cruz y la demandada Chevron Petroleum Company, existió un contrato de trabajo en los extremos señalados en la

demanda, en caso positivo, tuvo ocurrencia la sustitución patronal referida en el libelo introductor?

- ii) De comprobarse lo anterior, se entrará a determinar ¿La encartada adeuda alguna acreencia salarial o prestacional al demandante en los términos solicitados en la demanda?
- iii) Para lo cual deberá examinarse ¿Los derechos transados en los acuerdos suscritos el 24 y 27 de mayo del 2013 son susceptibles de ser negociados, en caso positivo, el acto se encuentra afectado por algún vicio del consentimiento que dé lugar a su nulidad?
- iv) Por último ¿El demandante tiene derecho al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales en la forma pedida en el libelo introductor?

Del contrato de trabajo y la sustitución patronal.

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es del caso precisar que no existe controversia respecto a que las partes sostuvieron un vínculo laboral, pues así lo admitió la demandada en su contestación, no obstante como solo acepta que el extremo inicial tuvo lugar en el mes de febrero de 2002, se entrará a verificar si con anterioridad a dicha data, se estaba desarrollando la misma relación laboral con esta demandada u otros empleadores, entre los cuales operara la figura de la sustitución patronal, que como lo señaló el apoderado de la parte actora en el escrito reformativo de demanda, tuvo lugar con la persona jurídica Isvi Ltda.

Lo anterior resulta de suma importancia, toda vez que el señor Luis Orlando Linares Cruz solicita en el libelo introductor, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de noviembre de 2001 al 24 de mayo de 2013 con la empresa Chevron Petroleum Company, con el consecuente pago de las acreencias laborales que de allí se derivaron, las cuáles afirma quedaron insolutas.

Frente a este tema, la encartada niega la relación laboral aduciendo que el contrato de trabajo que se verificó entre las partes, inició desde el 5 de febrero del año 2002 y culminó el 24 de mayo de 2013, tal como lo aceptaron las partes en el Acta de Transacción, advirtiendo que nunca existió sustitución patronal.

Ante tal panorama, lo primero que debe señalar la Sala es que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En este orden, al pretender el demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el libelo inicial, tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acreditaran la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Esto último es lo que acontece en el presente asunto en concreto, pues analizadas en conjunto las pruebas documentales aportadas por las partes, con total certeza se razona de las mismas que no se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del demandante con anterioridad al 5 de febrero del año 2002, ni mucho menos que hubiera operado la sustitución patronal entre Isvi Ltda y Chevron Petroleum Company.

Ello es así, por cuanto las documentales aportadas al plenario por el extremo activo de esta acción, no conducen a probar que el actor al menos haya laborado un día con la empresa Isvi Ltda y que sobre tal situación se hubiere presentado un cambio de patrono entre esta y la aquí demandada, al punto que tampoco se arrimó elemento de convicción del cual se infiera que entre las mencionadas empresas hubiera existido mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte) o enajenación del goce (arrendamiento, alquiler etc.) o alteración de la administración debido a la modificación de la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa; i) que por la misma razón hubiere continuidad en el giro ordinario de los negocios y ii) del trabajador en la prestación de sus servicios, presupuestos que debían estar probados para que se configure la sustitución patronal a las voces del artículo 67 de nuestra norma adjetiva laboral.

Por el contrario, lo que denotan las pruebas documentales aportadas por las partes, es que el actor desempeñó labor en favor de la empresa aquí demandada pero únicamente en el extremo inicial que aduce la pasiva, esto es, a partir del 5 de febrero del 2002, en tanto, que dicha situación fáctica se puede colegir de la liquidación de prestaciones sociales (folio 135 y 136) aportada, el registro de inducción del mayo 2 del 2002 y los reportes de nómina (folios 140 y 235) que se allegaron junto con la contestación de la demanda.

Corolario de lo expuesto, se sigue confirmar la decisión que al respecto se tomó en primera instancia.

De la nulidad de la transacción y sus efectos de cosa juzgada

Pues bien, cumple recordar que el artículo 13 del CST, consagra que cualquier estipulación que afecte el mínimo de derechos o garantías allí contenidas, no produce efecto alguno, pero en tratándose de derechos que no tengan tal connotación, cualquier transacción sobre ellos, quedan por fuera de la prohibición contemplada en la mencionada norma.

En esa medida, a la luz de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del C.S.T., los derechos laborales tienen el carácter de irrenunciables y no es dable conciliar o transigir sobre los que tienen la naturaleza de ciertos e indiscutibles, es por ello, que para determinar si un derecho tiene tal connotación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 8 de junio de 2011, con radicación 35157, señaló que *“un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad»*, así advirtió que *lo que hace que un derecho sea indiscutible «es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan*

discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible."

En armonía con lo anterior, tendrá la facultad el trabajador de disponer de los derechos causados en su favor, siempre que los mismos no atenten con las garantías mínimas que se predicán de los artículos 14 y 15 del CST.

Ahora, como todo contrato, la transacción es un acto jurídico con consecuencias sustanciales, de manera que y tratándose de un verdadero acuerdo de voluntades, este debe cumplir con los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil, esto es:

1. Que quienes lo suscriban sean legalmente capaz.
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. (Fuerza, dolo y error).
3. Que recaiga sobre un objeto y causa lícitos.

Con fundamento en lo anterior, y a efectos de resolver la Litis planteada, se observa de los medios de convicción aportados al plenario, que las partes celebraron un mutuo acuerdo, el cual tuvo por objeto terminar el contrato laboral vigente entre las partes, con el consecuente pago de la liquidación final de acreencias laborales, mismo en el que se indicó que a fin de solucionar las diferencias existentes y cualquier otra nacida o por surgir del contrato de trabajo, se conciliaría en la suma de \$68.155.332, la continuidad de la póliza del seguro de vida establecido durante 6 meses más y el reconocimiento por el mismo periodo del valor de las becas de educación de su hijos que venían disfrutándolas. En dicho acuerdo se dejó por sentado que se haría la retención en la fuente correspondiente y que finalmente se suscribiría ante el Juez Laboral o ante el Inspector de Trabajo.

Así mismo, se observa que las partes no acudieron ante dichas autoridades y decidieron a propio mutuo firmar un acta de transacción en la que se registró que el trabajador prestó sus servicios a la empresa demandada desde el 5 de febrero del 2002 hasta el 24 de mayo de 2013, ratificando que el contrató terminó por mutuo acuerdo entre las partes. En ese sentido, se dejó por sentada la liquidación final de prestaciones sociales, que arrojó un total devengado de \$86.251.041, a la cual se le realizarían las deducciones por concepto de retención en la fuente, aporte a salud, pensión, fondo de solidaridad pensional, coopetexas y préstamo vivienda abono a capital, sobre las cuales el expleado autorizó a descontar.

En dicho acuerdo transaccional, además de lo anterior, se dejó sentado que el mismo era producto de eventuales diferencias relacionadas con el salario base que se utilizó para liquidar prestaciones durante la vigencia del contrato de trabajo, en tanto que el trabajador consideró que se podían adeudar salarios en especie y trabajo suplementario, frente a lo cual la empresa expresó que durante la vigencia del vínculo laboral, como a la finalización realizó los pagos que la misma consideró como salario, de conformidad a los preceptos legales, en cambio otros, no los tuvo como tal, pues a su parecer no se reúnen las características exigidas por la Ley o porque las partes así lo pactaron "*los planteamientos encontrados de las partes, hace que estemos en presencia de unos posible derechos inciertos y discutibles, que permiten*

una transacción sobre los mismos, a la cual se ha llegado, después de algunas conversaciones, con el reconocimiento y pago de los conceptos” que se anotaron en el acta de mutuo acuerdo.

En ese sentido, se precisó por las partes, que el actor aceptó los planteamientos, las discrepancias, cuantías y la suma objeto de transacción, y demás puntos contenidos, *"declarando totalmente a Paz y Salvo a la CHEVRON PETROLEUM COMPANY, por todo concepto de carácter laboral, como salarios, recargos a los mismos, trabajo en dominicales y festivos, descansos compensatorios, cesantías, intereses a las mismas, indemnizaciones de cualquier naturaleza, primas de servicio, vacaciones, factores salariales, y, en fin sobre cualquier otro derecho nacido o por surgir del contrato de trabajo que finalizó de mutuo acuerdo."*

Como se advirtió del acopió probatorio, las partes transaron que, con ocasión a la culminación voluntaria del contrato de trabajo, a efectos de resarcir cualquier perjuicio y un posible litigio, se le pagaría una suma dineraria, por lo que en principio es claro que las partes zanjaron cualquier diferencia al respecto y, por lo tanto, el acuerdo suscrito tiene efectos de cosa juzgada.

En este punto es necesario advertir que, los reparos señalados por el demandante, no tienen a juicio de la Sala, la suficiente fuerza para declarar la invalidez del mencionado acuerdo, pues si bien las partes pusieron en tela de discusión, entre otras cosas, el trabajo suplementario que petitiona el actor en esta demanda, si era posible suscribirlo en razón a que el derecho que se pregonaba como quebrantado, en cierto modo tiene el carácter de incierto y discutible y, por tanto, podía ser transado por el trabajador al no desconocer lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del C.S.T. Lo anterior, como quiera que los medios de convicción no dan cuenta de cosa diferente, pues el actor no acreditó con suficiente certeza que fuese beneficiario de dichos emolumentos, y la sola afirmación de que los causó no tenía la virtud para aniquilar el acuerdo de voluntades.

Y es que, en tratándose de trabajo suplementario, su consolidación no resulta indefectible en tanto que admite bastante grado de discusión, al punto que la jurisprudencia de la Sala Laboral de Casación la CSJ, ha señalado que para declarar su existencia se requiere de prueba eficiente, directa, clara y certera, la cual es impuesta al trabajador que lo alega, tal como se indicó en la sentencia SL433-2018.

De tal suerte que la suscripción del acuerdo de transacción no vulneró derechos ciertos e indiscutibles del actor, que en gracia de discusión no demostró ser así, en tanto que tampoco allegó prueba que permitiera precisar con certeza y severidad lo realmente trabajado como suplementario y que por tanto permitiera a esta colegiatura realizar una liquidación diáfana y precisa, para cotejarla con el valor percibido por el acuerdo transaccional y, de esta forma, establecer si vulneró o no los derechos laborales mínimos del trabajador. Por manera que no siendo así, no resulta factible derruir el acuerdo de voluntades.

Ahora, en lo pertinente a la nulidad del contrato de transacción por vicios del consentimiento, del contexto de la demanda que, aunque no es muy claro si es posible extraer que lo que alega el demandante es que existe un vicio en la suscripción del contrato de transacción, toda vez que, se realizó mediante engaño, fuerza y error, en tanto que la encartada se aprovechó de su poca instrucción y forzó a suscribirlo, para obtener de ello la terminación de su contrato de trabajo.

En armonía con la situación descrita, basta con señalar que aunque los actos deben ser libres, espontáneos y exentos de vicios del consentimiento, según los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, aplicables a la materia laboral por así autorizarlo el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, le compete, de acuerdo con la carga de la prueba, a quien alega un vicio demostrar que fue así, en tanto que el error, la fuerza o el dolo no se presumen, a excepción del último pero siempre que exista tal previsión en la Ley.

En el hilo de lo expuesto, la parte actora menciona algunos vicios en el consentimiento que acontecieron al momento de suscribir el Acta de Mutuo Acuerdo y el contrato transaccional, sin embargo, en este asunto en concreto no se probó como se estructuró y en que radicó, puesto que no se allegó ni un solo medio de prueba al respecto. Por manera que no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella y al ser dichos documentos un verdadero acuerdo de voluntades, los cuales cumplen con los requisitos del artículo 1502 del Código Civil, no le queda otro camino a esta Sala que procurar por sus efectos de cosa juzgada, en los términos del artículo 2483 del Código Civil, lo que no permite de plano estudiar las demás pretensiones de la demanda, ni siquiera las subsidiarias, porque en últimas aquellas quedaron a merced de la declaratoria de nulidad del acuerdo de voluntades, lo cual no ocurrió así.

Sobre la figura de la cosa Juzgada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 13373 del año 2000, manifestó lo siguiente:

"En relación con el tema de la cosa juzgada, la ley exige que entre el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de los procesos que se comparan se evidencia una identidad tal que le permita inferir al fallador que la segunda acción tiende a replantear la misma cuestión litigiosa y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido; así pues, lo que el juez debe valorar no es que todos los hechos de las demandas materia de cotejo sean exactamente los mismos, ni que el conjunto del petitum sea idéntico, es decir, que el segundo proceso sea un calco o copia fidedigna del precedente, sino que exista una triple identidad de sujetos, de objeto y de causa petendi."

Con lo dicho se reitera que ello es así, no solo porque quienes suscribieron los acuerdos son legalmente capaces y gozan de plenas facultades para el normal ejercicio de sus derechos, al menos no se encontró demostrado que no fuera así; sino además porque se evidenció que el contrato recae sobre objeto y causa lícita, como quiera que se transó derechos laborales inciertos y discutibles derivados de las diferencias que se pudieren suscitar sobre la terminación del contrato laboral del cual se duele insatisfecho el actor y que no probó; máxime que lo atinente al consentimiento, en el curso del proceso, no se determinó que existiera fuerza, dolo o error en el acuerdo de voluntades.

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena, 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 11 de julio de 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

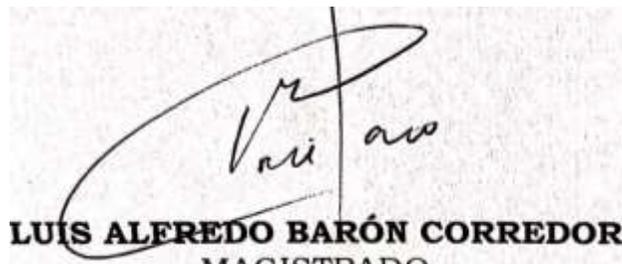
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: EDUARD GRANADOS BARRAGÁN
DEMANDADO: PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA
RADICACIÓN: 31-2019-00112-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO LABORAL

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 relación con la renuncia presentada por la abogada **ERIKA JOHANA GUZMÁN TORRES**, no se acepta por no encontrarse reunidos los requisitos previstos en los términos del artículo 76 del C.G.P., en tanto que no se acompañó la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Eduard Granados Barragán, instauró demanda ordinaria contra Pioneer de Colombia SDAD LTDA, con el propósito de que se declare que entre la Sociedad demandada y el demandante existieron varios contratos de trabajo, sin interrupciones que generaron una relación laboral única, puesto que el demandante siempre ejecutó las mismas funciones de Soldador, de manera personal, para la empresa Ecopetrol S.A. y, por encargo de su empleador, sin variación en el objeto; que es ineficaz la cláusula de los contratos suscritos en la medida en que señala que son de labor u obra contratada; que los otro si firmado entre las partes son ineficaces, por cuanto el contrato inicial no admite prorrogas expresas ni automáticas; que en virtud del principio de igualdad tiene derecho al pago de las ½ hora extra diurna y nocturna ordinarias y festivas utilizadas para la charla de seguridad en el horario de 5:30 a.m. a 6:00 a.m. y de 5:30 p.m. a 6:00 p.m., tal y como fue aprobado en el Acta de Acuerdo celebrada entre los representantes de la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo USO y Pioneer de Colombia Sdad Ltda, el día 17 de junio de 2014; que la empresa demandada no tuvo en cuenta el valor de las citadas ½ horas extras para computarlas en la base de liquidación de los emolumentos que le correspondían con motivo de la relación; que la modalidad de contratación fue la de un contrato a término indefinido desde el 17 de febrero del 2010 y hasta el 15 de febrero del 2013, fecha en la que se dio por terminado sin justa causa la relación laboral.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor la suma que corresponden a las ½ horas extras diarias utilizadas durante el año, de acuerdo con lo valores indicados en la demanda y durante los años 2010, 2011, 2012 y 2013; la reliquidación de las cesantías, prima legal y convencional, intereses a las cesantías, sanción moratoria por el pago parcial del auxilio de cesantías, indemnización por despido sin justa causa al disfrazar la relación mediante un contrato de labor u obra contratada cuando realmente se trató de uno a término indefinido, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, a partir del mes 25 y hasta cuando el pago se verifique, daños morales en cuantía de \$68.945.500

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 17 de febrero del año 2010, firmó contrato de labor u obra contratada, para desempeñar el cargo de soldador, mismo que terminó el día 29 de enero del 2011; que con fecha 30 de enero del 2011, la empresa prorrogó el anterior contrato, para que continuará desempeñando la misma función, el cual terminó el 7 de febrero del 2012; que el 8 de febrero del 2012, se prorrogó el citado contrato, el cual terminó 4 de octubre del 2012; que el 5 de octubre del mismo año la empresa continuó prorrogando el contrato de trabajo, para que ejerciera el mismo cargo de soldador, el cual finalmente el 15 de febrero del año 2013, dio por terminado sin justa causa.

Aseguró que en todos los contratos que se suscribieron se acordó que se le concedían al trabajador los mismos beneficios extralegales otorgados por Ecopetrol en la misma posición o cargo, de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo firmada por la sociedad y la USO. De otro lado, indicó que durante toda la relación laboral cumplió con un horario de trabajo de 5:30 a.m. a 6:00 p.m. durante una semana y de 5:30 p.m. a 6:00 a.m., en la semana siguiente; que entre la hora de las 5:30 a.m. y p.m. y 6:30 a.m. y p.m. se realizaba la respectiva charla de seguridad que era de carácter obligatorio para los trabajadores que entraban en los citados turnos.

Sin embargo, pese a ver asistido a las charlas, la demandada se abstuvo de cancelar el valor de las ½ horas extras, la cual fue establecida mediante Acta de Acuerdo del 17 de junio del 2014, además tampoco se tuvieron en cuenta para liquidar las prestaciones legales y convencionales. De la misma forma, aseveró que se abstuvo de cancelar el valor de la indemnización por despido sin justa causa, en tanto que disfrazó la vinculación laboral mediante unos supuestos contratos de trabajo por duración de obra o labor contratada, los que prorrogaba a través de otrosíes. (fls. 3 a 26).

2. Contestación de Pioneer de Colombia SDAD LTDA. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta. Sobre los supuestos fácticos refirió que es cierto la existencia de la relación laboral, sin embargo, acotó que el primero de los contratos de trabajo celebrado, se terminó por la culminación de las labores en el pozo Castilla Norte 77, el cual fue liquidado; que con relación al segundo contrato laboral este tuvo por objeto que el actor prestara su servicio como soldador en el Pozo Castilla Norte 78 con el equipo RIG 51; que respecto del tercer nexo contractual, para desempeñar la misma actividad, pero en el Pozo Castilla Norte 144 Cluster 58; que en el cuarto, tuvo como origen la prestación del servicio en el Pozo Castilla Norte 150 Cluster; mismos que no prorrogaban el contrato anterior y que fueron liquidados a su culminación.

Refirió que dio por terminado el contrato de trabajo por justa causa imputable al demandante, tal como dejó sentado en la comunicación de fecha 15 de febrero de

2013, así como en el acta de descargos llevada a cabo el día 6 de febrero de 2013. Por otro lado, señaló que liquidó las horas extras que se generaron a lo largo de la prestación del servicio de conformidad con lo establecido por la ley y siempre tuvo en cuenta todos y cada uno de los valores con carácter salarial, bien fuera legal o extralegal, para realizar la liquidación final de prestaciones sociales.

Además, el acta a la que se refiere el demandante, arguyó fue suscrita el 17 de junio de 2014, por los representante de la USO, con la finalidad de generar un escenario de negociación y en discusión del pliego de peticiones presentados por los trabajadores, en el que si bien se menciona que la empresa pagará la media hora correspondiente al tiempo de 30 minutos que se usa para realizar charlas de seguridad, dichos valores únicamente se le reconocerían a los trabajadores que se encontraban a la fecha, 17 de junio del 2014, vinculados con la empresa, como no lo fue el caso del demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de una relación laboral a término indefinido en virtud de la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la terminación del contrato de trabajo se dio mediante justa causa debidamente comprobada e imputable al extrabajador, pago total y oportuno de las acreencias laborales, reconocimiento y pago de las acreencias convenidas entre la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo – USO y la Empresa Pioneer de Colombia SDAD LTDA del 17 de junio de 2014, buena fe, mala fe y prescripción. (fols. 327 a 353)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de marzo del 2019, en el que la falladora absolvió de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante, condenándolo en costas. (CD fol. 440)

Refirió que por economía procesal lo primero que debía resolver sería la excepción de prescripción, misma que fundamentó en lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, advirtiendo que conforme documental obrante a folio 33 del expediente, el vínculo jurídico que unió a las partes terminó el 15 de febrero del año 2013; el demandante reclamó el 12 de febrero del año 2016, esto es antes de que se cumpliera el término prescriptivo trienal. Sin embargo, teniendo en cuenta la fecha de radicación de la demanda, esto es el 12 de febrero del 2019, operó el fenómeno prescriptivo, por lo que declaró probada la excepción propuesta por la demandada.

No obstante, a pesar de lo anterior indicó que, en lo atinente a la primera pretensión del accionante, esto es, que se declare una única relación laboral con la demandada, significó que el CST establece dentro de las formas de contratación conforme al término de duración el de obra o labor contratada. En tal sentido arguyó que las partes pueden adoptar la forma de contratación que estime conveniente, por lo que en el caso de autos observó de los contratos de trabajo por obra o labor allegados al plenario, que el objeto contractual es distinto el uno de los otros, toda vez que los pozos donde debía laborar el demandante eran distintos, por lo que concluyó que no se está en presencia de contratos con un único objeto, aun cuando las labores eran las de soldador en los múltiples nexos contractuales. En esa medida despachó desfavorable la pretensión.

Con lo que respecta al pago indebido de prestaciones sociales, toda vez que no se le podía cancelar las cesantías en forma directa al demandante, anotó que conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, las cesantías se consignan a más tardar al 14 de febrero del año siguiente, esto cuando el contrato de trabajo se encuentra vigente para dicha calenda, por lo que en caso contrario a la terminación del contrato deberán cancelarse directamente al trabajador las cesantías. En ese sentido y como quiera que

los contratos terminaron en distintas fechas no había lugar a la consignación de las cesantías, de manera que absolvió al pago de la sanción moratoria.

La misma suerte corrió la indemnización por despido sin justa causa, en tanto que consideró que de la carta de terminación del contrato de trabajo aportada se encuentra acreditado que la empleadora dio por terminado el contrato de trabajo y del acta de descargos concluyó que el demandante confesó los hechos imputados, violando el reglamento interno de trabajo y las políticas de la compañía.

En torno a la discusión sobre la convención colectiva de trabajo suscrita entre Ecopetrol y su sindicato base, hizo notar que esta se encuentra acreditada con la constancia de depósito, la cual se aplica a todos los trabajadores de Ecopetrol en tanto fue suscrita por un sindicato mayoritario, pero para ser beneficiario de la cláusula convencional debe cancelarse el valor de la cuota sindical, sin embargo, en el expediente no existe prueba alguna que permita dilucidar que el demandante haya prestados sus servicios para la citada empresa, ni de manera directa o indirecta, y en gracia de discusión, tampoco acreditó que pago la cuota sindical para efectos de ser beneficiario de las disposiciones convencionales.

Referente al acuerdo suscrito entre la USO y la empresa, añadió que las copias allegadas son ilegibles, empero de ella se puede leer que fue suscrita el 17 de junio del 2014. Ahora, el vínculo laboral existente entre las partes finiquitó el 15 de febrero de 2013, lo que significa que el convenio se celebró con posterioridad a la fecha de terminación del contrato de trabajo, estableciendo además que dicha cláusula se hacía extensiva únicamente a los trabajadores vinculados, por lo que adujo que no habría lugar al pago de la ½ hora extra laborada.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación indicando que la Juez mediante una interpretación irracional les dio un alcance indebido a los artículos 24, 45, 55 y 127 del CST, así como los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, debido a que aceptó que un texto contractual firmado entre las partes le quitaba el carácter de salario a un pago que revestía dicha naturaleza, lo cual considera vulnerador de las prerrogativas constitucionales.

Por otro lado, referente a la prescripción declarada por la Ad quo, señaló que la excepción previa fue trasladada y la misma Juez la resolvió favorablemente, por lo que no debía decretarla al momento del fallo, más aún cuando ha sido demostrado que la prescripción se interrumpió con la presentación de la reclamación laboral que se hizo el 12 de febrero del año 2016 y la demanda se presentó el mismo día y mes, pero del año 2019, es decir, dentro del término trienal.

Continuó aduciendo que, respecto a la modalidad contractual, no se tuvo en cuenta que siempre fue con el RIG 051, es decir, con el taladro 051; que dicha función laboral la ejerció en todos los contratos de trabajo que suscribió con la empresa demandada, indicando que no es clara la obra para la cual fue contratado, pues se señaló que su función era la de soldador, pero en los objetos del contrato dice que es el arme del equipo 051 y perforación de pozos. Ultimando sobre tal aspecto que no se le contrató para labores de movilización, pues su única labor fue la de soldador, misma que se ejerció a favor de Ecopetrol, sin interrupción del contrato y sin solución de continuidad.

En lo atinente al despido sin justa señaló que el despido no cumplió con todos los parámetros que se deben seguir para tal efecto, en consideración a que en la diligencia de descargos el demandante arguyó que fue autorizado por el ingeniero de calidad de la empresa superior, es decir, que el estaba acatando una orden de un superior.

Referente a la hora 1/2 de trabajo, todos los empleados, previo al ingreso de sus labores deben tener una charla de seguridad, por lo que es parte del salario del trabajador, según el artículo 127 del CST; ello si se tiene en cuenta que por el solo hecho de haber firmado entre la demandada y la USO un acuerdo en el que solamente se beneficia a los trabajadores que estaban vinculados al momento de su firma, es desconocer no solo el derecho a que tiene los trabajadores que se retiraron de la empresa, sino es violatorio de su derecho a recibir un salario que es irrenunciable.

5. Alegatos parte demandante. En su escrito aclaró que un RIG es un equipo o taladro; una locación es un área de terreno donde se explota un pozo de petróleo en el cual hay un solo Rig, equipo o taladro y un cluster es un área de terreno donde se explotan varios pozos de petróleo, en el cual hay igualmente un RIG, equipo o taladro que se va trasladando a cada uno de los pozos que lo configuran. Significando con ello, que los supuestos traslados de del demandante a los diferentes pozos no originaban un nuevo contrato de obra o labor, en tanto que este debía estar disponible o a la orden de la demandada para ejecutar la labor, en razón a que debía cumplir con los contratos suscritos con Ecopetrol, para lo cual disponía de un personal permanente de planta.

Agregó que los contratos que firmó el demandante con la accionada, no fue claro ni definido como lo demanda la Ley, tanto así, que de ellos no puede extraer puntualmente cual era la función que debía desempeñar. Además, siempre ejecutó la misma función de solador y que la aparente terminación de los contratos no podría dar origen a un nuevo de obra o labor, toda vez que su vinculación en términos reales, fue con el Rig, taladro o Equipo 51.

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) ¿Se equivocó la juez de primer grado al declarar que entre las partes se suscribió un contrato laboral bajo la modalidad de obra o labor contratada y no colegir que aquella vinculación fue a término indefinido?
- ii) ¿El actor tiene o no derecho al pago de la 1/2 hora extra, con la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas?
- iii) ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

- iv) ¿Erró la A quo al declarar la excepción de prescripción, sin tener en cuenta que la misma fue declarada como no probada en la etapa de resolución de excepciones previas?

De la relación laboral, su modalidad y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, ni la labor de soldador desempeñada por el accionante, hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar la modalidad contractual celebrada entre las partes a partir del 17 de febrero del 2010, por manera que, para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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

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

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

Más adelante refirió:

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

En línea con lo expuesto, se evidencia que a folio 32, obra certificación laboral, mediante la cual se expone la existencia de cuatro contratos de trabajo, todos ellos suscritos bajo la modalidad de labor y obra contratada, mismos que fueron adosados a folios 358 y 361 del informativo, que entre sus particularidades tienen lo siguiente:

1. Contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, con fecha de inicio el 17 de febrero del 2010, para desempeñar el cargo de "OPERADOR DE SUBSUELO NIVEL (D) 8 SOLDADOR", con fecha de terminación "FIN DE OBRA O LABOR", contrato Ecopetrol "520 31 94", en el que se pactó **"PRIMER. – OBJETO, FECHA DE INICIACIÓN DE LABORES Y DURACIÓN. EL EMPLEADOR contrata, a partir del 17 DE FEBRERO DE 2010 y por el término de la duración de la obra consistente en las labores de arme del equipo rig 051 y perforación del pozo castilla 102 en el campo Castilla, en el municipio de Castilla la Nueva META."**

Dicho contrato se término el 29 de enero del 2011, conforme a comunicación obrante a folio 363, según la cual *"su contrato a término de obra o labor, por la terminación de las laborales en el pozo Castilla Norte 77."*

2. Contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, con fecha de inicio el 30 de enero del 2011, para desempeñar el cargo de "SOLDADOR", con fecha de terminación "FIN DE OBRA O LABOR", contrato Ecopetrol "520 84 59", en el que se pactó **"PRIMER. – OBJETO, FECHA DE INICIACIÓN DE LABORES Y DURACIÓN. EL EMPLEADOR contrata, a partir del 30 DE ENERO DE 2011 y por el término de la duración de la obra consistente en las labores de PERFORACIÓN DEL POZO CASTILLA NORTE 78 CON EL RIG 51, en el municipio de Castilla."** Nexco que terminó el 7 de febrero del 2012, según certificado aducido.
3. Contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, con fecha de inicio el 8 de febrero del 2012, para desempeñar el cargo de "SOLDADOR", con fecha de terminación "FIN DE OBRA O LABOR", en el que anotó "OBRA O LABOR CONTRATADA: CASTILLA NORTE 144 CLÚSTER 58"; que según misiva terminó el 4 de octubre del 2012 *"a razón de la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado consiste en la movilización, perforación y completamiento del pozo Castilla Norte 144 clúster 58, movilización, perforación y completamiento del pozo Castilla Norte 145 clusters 58, movilización, perforación y completamiento Castilla Norte 146, movilización, perforación y completamiento del pozo Castilla Norte 147 Clúster 58, movilización, y perforación del pozo C.R.A. 5, DISPOSAL, movilización y perforación del pozo C.R.A. 6 DISPOSAL, movilización, perforación y completamiento del pozo, Castilla 148, clúster 46, movilización, perforación y completamiento del pozo Castilla 149, clúster 46 con el Rig 51."*
4. Contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, con fecha de inicio el 5 de octubre del 2012, para desempeñar el cargo de "SOLDADOR", con fecha de terminación "FIN DE OBRA O LABOR", en el que anotó "OBRA O LABOR CONTRATADA: CASTILLA 150 CLÚSTER 46".

De acuerdo con la relación de los contratos de trabajo referenciados en precedencia y las premisas fácticas con las cuales el señor Eduard Granados Barragán fundamenta la súplica de obtener la declaración de un contrato de trabajo a término indefinido cuya fecha de inicio correspondió al 17 de febrero del 2010, de entrada, debe señalarse que esa pretensión no cuenta con vocación de prosperidad, en tanto que de los medios de persuasión anotados, se colige que la relación laboral que ató a las partes estuvo

governada por sendos contratos de duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada, que si bien fueron sucesivos, también lo es que de ellos sobresale con total claridad la determinación de la obra, la terminación de cada contrato, su liquidación y el nacimiento del otro. Así mismo se observa que la causa de ello fue el cambio del objeto, es decir, la finalización de la obra y el comienzo de otra, lo que hace disímil la vinculación jurídica.

Y es que los contratos de trabajo referenciados en precedencia no permiten deducir una única relación laboral, reiterando que, aunque ciertamente no hubo interrupción entre los mismos, su vigencia dependía de las circunstancias que rodeaban la prestación del servicio del actor, lo cual marcaba con claridad su objeto y de contera su finalización, por lo que es claro que el vínculo jurídico, como ya se dijo, se quebrantó.

En esa perspectiva anotada, el haz probatorio también da cuenta que entre las partes existieron diferentes relaciones laborales cada una de forma independiente, en tanto que en estas se pactaron expresamente que el vínculo duraría mientras persistiera las actividades de perforación y armado de taladro, que, a su vez, dependía del lugar del pozo y el Clúster, que en términos de la representante legal de la demandada se presentaba "*cuando hay más de un taladro en una misma locación, prestando el servicio de perforación*". Además, los mismos estaban atados, según se desprende de los dos primeros, al contrato de la encartada con Ecopetrol, y los restantes a la perforación del pozo Castilla Norte 78 y al pozo Castilla Norte 144 Clúster 58, lo que no permite deducir la existencia de una única relación.

Aunado a lo anterior, si bien el recurrente afirma que dicha función siempre lo hacía con el RIG 051, es decir, con el taladro No. 51, de ahí que se mantuviera una única relación, lo cierto es que ello en nada contrasta la modalidad contractual pactada entre las partes, tampoco unicidad de las vinculaciones, en tanto que era apenas lógico que el demandante utilizará dicha herramienta para desarrollar la actividad laboral por la que fue contratado, en el lugar donde señaló el empleador.

En ese sentido, es desatinado cuando refiere que la obra para la cual fue contratado no era clara en tanto que su función era la de soldador, pero en los contratos se dejó anotado el arme del equipo y perforación de pozos; contrario a ello, es claro de su simple lectura que el actor fue contratado para realizar la actividad de soldador del taladro que la encartada utilizaba para realizar las labores de perforación de pozos, en tanto que el soldador es quien se encarga de estos "*y las partes que conforman ese taladro, soldadas y pegadas debidamente*".

Lo anterior, también lleva a concluir que la obra o labor contratadas tampoco se encuentran indeterminadas, en tanto que no solo se dejó explícita la labor a contratar, sino también la duración de la obra, lo cual estaba supeditada a la perforación de los pozos, lo cual denota que por la misma razón el demandante ejerció las labores sin ningún ánimo de permanencia, de suerte que la relación que lo unió con la convocada no puede predicarse que lo fue bajo la figura del contrato a término indefinido.

Ahora, el hecho de que no medie solución de continuidad en la prestación del servicio entre uno y otro contrato, tampoco desnaturaliza el contrato de obra o labor determinada, pues nada impide en el derecho positivo del trabajo que los contratantes decidan en varias ocasiones y sin interrupción alguna enlazarse a través de varios contratos de trabajo en la modalidad referida, máxime cuando no se demuestra que esa sucesiva vinculación de las partes bajo una misma modalidad contractual provenga del interés de

menoscabar o burlar los derechos del trabajador, como lo expuso nuestra CSJ en un caso de similares contornos facticos (Rad. 9312 de 1997).

Con todo, se advierte que la modalidad contractual pactada fue producto del mutuo acuerdo en el ejercicio de la autonomía de la voluntad con cuenta las partes, por ello, no puede ser de recibo que el accionante quien suscribió los contratos por duración de la obra o labor, pretenda ahora desconocerlo a través de esta vía judicial sin presentar, conjuntamente, prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento, o en su defecto, que sus cláusulas adolecieran de nulidad o contuvieran objeto o causa ilícita, por lo cual, siendo el contrato ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil y no encontrarse las referidas particularidades en el cuerpo de los mismos, no pueden ser desechados; entendiéndose que aquellos se ejecutaron de buena fe y obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino también a las normas que por su naturaleza le pertenecen, según las voces del artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo

En consecuencia, ningún reproche merece la decisión a la que arribó la sentenciador de primer grado, quien declaró la existencia de cuatro contratos de trabajo entre las partes, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento no apunta a que se haya incurrido en una en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales; contrario a ello, lo que si se prueba es que la duración del contrato provino de la libertad contractual con que cuentan las partes para establecer lo mejor que les convenga.

Corolario, se mantendrá incólume la decisión que tomo el Ad quo.

Del pago de la ½ hora extra.

Recuerda esta Sala que el señor Eduard Granados Barragán pretende se condene a la ½ hora extra que fue pactada en el Acta de Acuerdo USO – Pioneer de Colombia Sdad Ltda, pese a haber sido suscrita el 17 de junio del 2014, es decir, con posterioridad a la terminación del vínculo laboral del demandante, que aconteció el 15 de febrero de 2013, con respecto del contrato de trabajo celebrado el 5 de octubre del 2012. Así mismo, la reliquidación de acreencias laborales con base en un salario superior, proveniente de la incidencia salarial del trabajo suplementario, es decir, por la ½ hora extra durante la ejecución de los contratos de trabajo reconocidos.

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

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

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

Conforme a lo anterior, expone el extremo activo del proceso que entre la USO y la encartada se suscribió un acuerdo, según el cual se pactó:

“18. Solicitamos que se nos pague el retroactivo de las charlas de seguridad de medio hora. El ingreso a laboral obligatorio es a las 5:30 A.M. y comienza nuestra jornada con la charla pre operacional y culmina a las 2 P.M.”

Compromiso

La empresa liquidara dicho tiempo de acuerdo a lo efectivamente ocurrido en los últimos tres (3) años y para los trabajadores que se encuentren laborando actualmente. Dichos valores serán pagaderos el 15 de Julio de 2014.

A partir del reinicio de las actividades operacionales el horario de ingreso a laborar será a las 6 A.M., 2 P.M. y 10 P.M.”

En efecto, la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo en horas extras adolece de la precisión requerida, pues más allá de la discusión en torno a la aplicación o no al demandante de la referida estipulación, imponía como tal demostrar que la ½ hora extra efectivamente la laboró el demandante o en sumo la utilizó para escuchar las charlas de seguridad que acusa como obligatorias el apelante, por fuera de la jornada máxima ordinaria.

Nótese que únicamente se aportó como prueba lo contenido en dicha estipulación, lo cual nada prueba con certeza el número de horas exactas y sobre las se aplicaría el pretendido recargo, tampoco se podría deducir de ello que durante la vigencia laboral el actor hubiere estado en dichas charlas, pues téngase en cuenta que no solo la cláusula es pactada con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, sino además por cuanto a que el turno del trabajador dentro de la empresa, según las documentales aportadas a folios 354 a 357 del expediente, correspondía de 14 días por 14 días o en otros 14 días por 7 días, lo cual dificultad activamente la exactitud de establecer la ½ hora extra diurna o nocturna.

De lo anterior, surge evidente la improcedencia del reconocimiento de la ½ hora extra peticionada por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud, por lo tanto, la decisión a tomar por esta Sala ha de ser confirmatoria. Lo cual correrá la misma suerte la pretensión de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, e indemnización moratoria, como quiera que aquellas están edificadas sobre la prosperidad y reconocimiento de dicha ½ hora extra, habiéndose obtenido respecto de esta una decisión absolutoria.

Indemnización por despido sin justa causa.

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

En lo atinente al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T., aduce el apelante que la encartada ni el Juzgado tuvo en cuenta que los hechos que se le endilgan fue como consecuencia de una orden de un superior.

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

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

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

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

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

Siendo ello así, a folios 376 a 377 del informativo, se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo al actor emitida por la encartada, donde se expone que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 6º, en concordancia con la cláusula 5º, literal 11 del contrato de trabajo.

Decisión que obedeció a que el demandante, *"De acuerdo con los hechos ocurridos el día 6 de Febrero de 2013 y en su acta de descargos realizada el día 6 de febrero del año en curso, en la cual sufrieron daños de picadura por oxicorte cinco (5) tubos de propiedad de Ecopetrol, se estableció que usted no informo ni solicito permiso a sus*

jefes inmediatos para realizar un trabajo solicitado por personal de una tercera compañía. Así mismo no solicito el permiso de trabajo necesario y obligatorio para realizar esta tarea considerada como no rutinaria. Lo anterior va en contra de las políticas de la compañía y procedimientos operacionales además de los daños y perjuicio económicos causados a materiales de terceras compañías."

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

A folio 378 del expediente la sociedad accionada aportó al plenario el acta de descargos rendido por este último, donde le fue indagado respecto a los hechos que con posterioridad motivaron su despido. Al ser interrogado sobre quien le había ordenado realizar el trabajo señaló que había sido el ingeniero de calidad Eduardo Santos de la empresa Superior. Sin embargo, adujo posteriormente que no dio aviso oportuno a su jefe inmediato de la actividad que iba a realizar; que no tenía permiso para realizar esta actividad; que tampoco solicitó al HSE de turno los documentos para realizar el ATS (análisis de trabajo de seguro); y finalmente aceptó al preguntársele *"es consiente usted que realizar estos trabajos sin los procedimientos establecidos como son análisis seguro de trabajo y los respectivos permisos de trabajo son considerados como faltas graves y un incumplimiento con sus obligaciones y con las políticas y compromisos de seguridad con la compañía"*.

De conformidad con el acopio probatorio, la Sala concluye que quedó suficientemente demostrado que se presentaron los hechos indicados en la carta de terminación del contrato de trabajo, dado que se demostró que existieron falencias relacionadas con el ejercicio y desarrollo de las funciones en su calidad de soldador, situación de la que fue consciente el demandante desde el mismo momento de la diligencia de descargos.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el aquí actor aceptó que su conducta se enmarco dentro una falta grave, además, que tuvo responsabilidad en la comisión de la conducta, en tanto que no estaba autorizado para ello por su jefe inmediato, tampoco le dio aviso oportuno, ni siguió las pautas del análisis de trabajo seguro. Debiendo acotar la Sala que, si pretendía demostrar que el error no estaba revestido de suficiente gravedad por cuanto las falencias también provenían del ingeniero de calidad de la "empresa Superior", ha debido demostrarlo con los medios probatorios que tenía a su disposición, situación que no ocurrió así. Por el contrario, el actor confesó que tal maniobra repercutió en contra de la empresa, además que al no contar con el análisis seguro de trabajo y los respectivos permisos de trabajo incurrió en faltas consideradas como faltas graves y, en consecuencia, en un incumplimiento de sus obligaciones.

Así las cosas, y estando plenamente acreditado que el demandante, en su calidad de Soldador, presentó yerros en el desarrollo de funciones, situación que afectó a su empleador, reitera este colegiado que se encuentra probada la conducta que se le invocó para la terminación del contrato de trabajo, comportamiento que constituye una falta a las obligaciones que se comprometió a cumplir en el ejercicio de su cargo, lo cual también lo aceptó en la diligencia de descargos y permitió al empleador que hiciera uso de lo dispuesto en el contrato de trabajo, norma que se armoniza con las obligaciones

contenidas en los numerales primero y quinto del artículo 58 del CST, que exigen al trabajador acatar las órdenes e instrucciones que imparte su empleador y comunicarle, oportunamente, las observaciones que tiendan a evitarle daños y perjuicios.

Por lo expuesto se sigue confirmar en su integridad la decisión apelada, sin que sea dable estudiar la excepción de prescripción propuesta ante el resultado de esta sentencia. Costas en esta instancia a cargo de la parte 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 15 de marzo del 2019, por el Juzgado Treinta y Uno 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 \$750.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia conforme lo dispone el art. 366 del CGP.

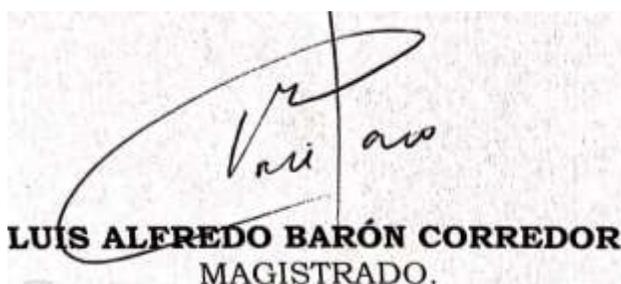
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: JAIME SÁNCHEZ PEÑALOZA
DEMANDADO: COLPENSIONES E IVÁN BOTERO GÓMEZ S.A.
RADICACIÓN: 17-2018-00466-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INCREMENTO PENSIONAL

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. Jaime Sánchez Peñaloza, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional por su hijo invalido; que le asiste derecho a obtener la reliquidación de su pensión de vejez reconocida, en tanto que el ingreso base de liquidación se debió obtener con fundamento en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993, en armonía con el artículo 21 ejusdem; que le asiste derecho al reconocimiento, reliquidación y revisión de factores salariales teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en sus últimos 10 años de aportes para adquirir el estatus pensional. En tal sentido, solicitó se dispusiera a su favor el pago del incremento pensional del 7% a partir del 7 de mayo del 2011; a pagar la diferencia de los aportes dejados de cancelar; reliquidar la pensión de vejez con el pago de las diferencias pensionales; el pago de la mesada 14, intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que mediante Resolución GNR 215652 del 2013, se procedió a reconocer y pagar pensión de invalidez no profesional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 7

de mayo del 2011, con 1.998 semanas y un ingreso base de liquidación de \$1.980.277, al que se le aplicó el 75%, resultando en \$1.485.208. Señaló que la prestación reconocida fue modificada en pensión de vejez, sin embargo, se calculó con ingreso base de liquidación de \$1.926.657, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 90%, resultando como mesada pensional la suma de \$1.733.991 a partir del 23 de julio del 2014.

Por otro lado, refirió que tiene un hijo de nombre Carlos Andrés Sánchez González, el cual tiene diagnosticado por la especialidad de Neurología de Síndrome Mental Orgánico y por la especialidad Hipermetropía, Estrabismo Convergente; que por tal razón mediante dictamen del 30 de agosto del 2016, se determinó una pérdida de capacidad laboral del 62.1% de origen común y con fecha de estructuración el 3 de enero del año 1981.

Agregó que tiene a cargo su familia, entre los cuales se encuentra su hijo discapacitado, quien cuenta con la edad de 37 años, mismo que fue declarado interdicto mediante providencia del 8 de septiembre del 2017 proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Girardot. Refirió que cubre los gastos familiares, de manutención, recreación, educación y demás de su hijo.

En lo atinente al cobro coactivo al empleador Iván Botero Gómez S.A., arguyó que laboró al servicio de dicha empresa desde el 6 de diciembre del 90 hasta el 30 de junio del 2011, empleador que cotizó los aportes con base en un salario inferior al devengado; que, mediante certificado del 25 de febrero del 2007, se indicó un salario promedio de \$4.503.842; en igual sentido para el año 2008 la suma de \$2.950.000 y para el año 2009 el equivalente a \$3.800.000. (Expediente electrónico, PDF ORDINARIO 2018-466 ok, folios 3 a 17)

2. Contestaciones de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 desaparecieron de la vida jurídica a partir del 1 de abril de 1994, por no hacer parte de las prestaciones reconocidas en la Ley 100 de 1993. Indicó que respecto de la reliquidación pensional el sistema arrojó una mesada pensional para el año 2015 por valor de \$1.797.455, la cual resulta ser igual a la ya reconocida. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF 06fl172a180, folios 112 a 129)

3. Contestaciones de Iván Botero Gómez S.A. En su escrito de contestación señaló referente a las situaciones fácticas relatadas en la demanda que el demandante si prestó sus servicios personales, pero no por el lapso que expone en el libelo genitor, sino mediante varios contratos de trabajo a término fijo entre el 29 de octubre de 1987 al 10 de junio del 2011; refirió que realizó los aportes al sistema de seguridad social integral conforme a la asignación salarial del entonces trabajador, mismo que correspondía únicamente en comisiones sobre ventas que concretaba el asesor de ventas, los cuales se liquidaban conforme a las promociones

y campañas comerciales que se adelantaron, es decir, que tenía un ingreso variable mes a mes.

Hizo notar de las certificaciones laborales que no guarda identidad ni con los extremos del vínculo laboral y mucho menos con la información relativa al salario devengado en su momento de su suscripción, en tanto que se trata de un documento manipulado y generado por la empresa.

Conforme a lo anterior, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que los contratos de trabajo que existieron entre las partes fueron ajustados a derecho, además, los aportes del trabajador se liquidaron de forma completa, correcta y conforme a la remuneración por él percibida y, por tanto, no hay lugar a que se generen reajustes en los pagos de aportes pensionales como injustamente se pretende. Propuso como excepciones de fondo las de pago, mala fe del actor, buena fe de la demandada, cobro de lo no debido, prescripción y genérica (Expediente electrónico, PDF 06f1172a180, folios 153 a 165)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de noviembre del 2020, en la que el fallador condenó a Colpensiones a reconocer al demandante el incremento pensional del 7%, sobre la pensión mínima legal mensual, por su hijo en condición de discapacidad y dependencia, junto con la mesada adicional de diciembre, y mientras perduren las causas que le dan origen al reconocimiento; a título de incrementos pensionales causados entre julio de 2014 y octubre de 2020, la suma de \$4'265.867; y a partir de noviembre de 2020, el equivalente a \$61.446, y en adelante, con los reajustes legales y mientras subsistan las causas que le dan origen a este beneficio. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas. (Expediente electrónico, AUDIENCIA VIRTUAL ORDINARIO 2018-466)

En lo que interesa al recurso el a quo indicó que con respecto a la condición jurídica de pensionado esta debidamente acreditado conforme a la Resolución GNR 215652 del 27 de agosto de 2013, por medio de la cual Colpensiones dispuso el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a partir del 7 de mayo del 2011, en cuantía inicial de \$1.485.208, misma que a través de Resolución GNR 109867 del 17 de abril del 2015, mutuo a una pensión de vejez; prestación reconocida en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de lo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 23 de julio del 2014, en cuantía para ese año de \$1.733.991.

En ese sentido, arguyó que el incremento pensional solicitado está contemplado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990. Con relación a la vigencia que ha mantenido dicha disposición en aplicación a las personas amparadas por el régimen de transición o por aplicación propia del citado acuerdo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló en sentencia del 5 de diciembre de 2007, dictada dentro del proceso de radicado 29541, que dicho beneficio mantenía su vigencia, no obstante, de haberse dicho nada al respecto en la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, en términos del citado acuerdo le corresponderá demostrar al actor que su hijo esta en condición de discapacidad, que no devenga pensión y que depende económicamente del beneficiario. Ante ello y de las pruebas aportadas al plenario, señaló que el señor Carlos Andrés fue declarado interdicto por discapacidad

mental, quien también fue calificado con una pérdida de capacidad laboral 62.1%, además es beneficiario de salud del demandante y depende económicamente del actor. En ese sentido dispuso la condena referente al incremento pensional del 7%.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación Colpensiones. Formuló recurso de apelación manifestando que los incrementos pensionales fueron derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, el régimen de transición si bien le fue aplicable al demandante, lo fue única y exclusivamente sobre los requisitos de edad, tiempo de servicios y montos establecidos en el Decreto 758 de 1990. En lo demás debió atarse a lo establecido en dicha ley, misma que no previó los incrementos solicitados. En ese sentido, solicitó la aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, particularmente en la sentencia SU – 140 de 2019, en la que hace evidente la derogatoria orgánica a partir de la Ley 100 de 1993, los incrementos pensionales. (Expediente electrónico, AUDIENCIA VIRTUAL ORDINARIO 2018-466 (2))

6. Alegatos Colpensiones. Señaló que no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que (i) el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que “ Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...”, (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden.

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 la recurrente, además se estudiará en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer (i) ¿si el actor tiene derecho a que se le reconozca y pague el incremento establecido en el artículo 21 del A. 049 de 1990, por su hijo en situación de discapacidad?

(i) Incrementos del 7% por hijo en situación de discapacidad

El problema jurídico por resolver consiste en determinar si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser beneficiario.

- **Vigencia de Los Incrementos por Personas a cargo**

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se desprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento

pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesorio a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesorio al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompañarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para

quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

- **Respeto de la doctrina Constitucional**

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras en sentencia C-973 de 2004, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, en tanto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, 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 aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

De esta manera, como magistrada ponente **recojo cualquier criterio contrario** que en otrora hubiere adoptado y que, en todo caso, fue anterior a que se profiriera la sentencia SU- 140 de 2019.

- **Caso concreto**

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del (la) señor(a):

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
Jaime Sánchez Peñaloza	Resolución GNR 109867 del 17 de abril de 2015	23 de julio del 2014	\$1.733.991 (Exp. Adto.)

A quien se les reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** la condena impartida en primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión impugnada, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **COLPENSIONES** del incremento pensional del 7% pretendido por el demandante, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

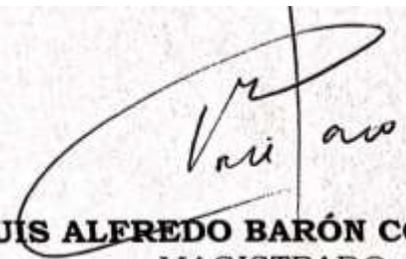
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva voto



LUIS ALEREDO 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-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *SUMARIO DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DEL REGISTRO SINDICAL*
DEMANDANTE: *COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.*
DEMANDADO: *UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DEL TRANSPORTE DE VALORES Y ACTIVIDADES CONEXAS – UNETDV*
RADICACIÓN: *29-2019-00004-01*
ASUNTO: *APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE*
TEMA: *ABUSO DEL DERECHO SINDICAL*

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. Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A., instauró demanda ordinaria contra la Unión Nacional de Empleados del Transporte de Valores y Actividades Conexas – UNETDV, con el propósito de que se declare que fue constituida de manera irregular por no cumplirse los requisitos que para su conformación y validez y, en consecuencia, se ordene la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción de su registro sindical; se oficie al Ministerio del Trabajo – Grupo Archivo Sindical y Registro Sindical a fin de que proceda a cancelar el registro sindical; costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 29 de abril del 2017, se fundó la organización sindical UNETDV, quedando registrado la asistencia total de 26 personas, de las cuales se encuentran los señores Jhon Jairo Ortiz, Luis Adolfo Goyeneche y Carlos Andrés Cardona, mismos que no estuvieron presentes en la reunión de la fundación del sindicato, pues no se encontraban laborando; lo cual afecta su validez del acta de fundación y, por tanto, se debe cancelar su personería.

Refirió que, al revisar el acta de fundación, el señor Carlos Guillermo Cely actuó en representación de la organización sindical Sintravalores, mas no como persona natural, lo que conlleva a que su rúbrica no pueda ser tenida en cuenta, pues la afiliación al citado sindicato es inválida al ser este de primer grado, tornándose ilegal y contrario a derecho, como quiera que no se cumplen los presupuestos para su conformación.

Agregó que en el acta de fundación se señala a los señores Jhon Jairo Ortiz y Luis Adolfo Goyeneche como fundadores, sin embargo, al momento de la reunión no se encontraban

trabajando para las empresas del sector o actividad económica del sindicato, por lo que su participación no puede ser tenida para efectos de contabilizar el número total de fundadores de la organización sindical.

De otra parte, expuso que en el acta de fundación se estableció que los fundadores eran trabajadores de la Empresa Transportadora del Sur Ltda y la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., sin embargo, no todos los fundadores pertenecen a tales empresas. Concluyendo de lo anterior, que es claro que no puede contabilizarse la participación de los citados señores, por lo que el sindicato contaría con menos de 25 afiliados. (fls. 97 a 109).

2. Contestaciones de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que solo buscan sin sustento legal y probatorio alguno violentar el derecho a la sindicalización y negociación colectiva de los trabajadores agrupados en la organización sindical.

En lo atinente a los supuestos facticos señaló que el sindicato UNETDV se constituyó mediante asamblea realizada el día 29 de abril del 2018; que los tres trabajadores si estuvieron en la asamblea de fundación de la organización sindical, en tanto que Jhon Jairo Ortiz, para ese día se encontraba en descanso y asistió a toda la asamblea de constitución; además como miembro fundador la empresa lo despiden el día 1 de mayo del 2018. Completó diciendo que trabajó desde el 2 de mayo del 2012 hasta la fecha de despido ya citada, desempeñándose en el cargo de Controlador de Rutas.

Refirió que el señor Luis Adolfo Goyeneche participó de la asamblea de constitución del sindicato desde las 7:00 am, hora en que inició y salió minutos antes de terminar la mismas en razón a que debía recibir su turno, no obstante, para el momento de su retiro ya se encontraba aprobada la Junta Directiva Nacional y los estatutos, agregando que se estaba desarrollando el punto de proposiciones y varios. Adicionó que trabajo para la demandante desde el día 12 de junio del 2014, en forma ininterrumpida, hasta el día 15 de agosto de 2018, desempeñándose en el cargo de vigilante en la Sucursal Bogotá.

Por su parte, manifestó sobre Carlos Andrés Cardo que participó en toda la asamblea de constitución del sindicato, aclarando, que de forma sorpresiva renuncia a la organización y la empresa lo nombra en un cargo administrativo que es de mejor categoría al que venía desempeñando.

Agregó que el sindicato se constituyó mediante asamblea con el número de trabadores que exige la Ley, además de esto, su respectivo depósito ante el Ministerio del Trabajo se llevó a cabo el día siguiente a la constitución del sindicato, el día 30 de abril del 2018, con número de registro I-23 y domicilio en Bogotá. Sumado a que los miembros de la organización sindical son todos trabajadores de gremio del transporte de valores, se fundó con 26 trabajadores, por lo que es un sindicato que cumple con los requisitos de ley para la su constitución.

Por último, manifestó que el trabajador Carlos Guillermo Cely participó de la asamblea como persona natural y estuvo presente en la asamblea desde las 7:00 am hasta minutos antes de las 2:00 p.m. Propuso como excepciones las de falta de causa para pedir y mala fe de la demandada. (fol. 202 a 211)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de noviembre del 2020, en el que la falladora negó la disolución, liquidación y cancelación de la

inscripción del registro sindical de la organización sindical UNETDV y, no condenó en costas. (CD fol. 327)

Para arribar a tal conclusión, la juzgadora hizo alusión a los artículos 359 y 361 del CST, y lo decidido ampliamente en sentencia de constitucionalidad C-621 de 2008, señalando que dentro del plenario obra a folios 9 a 23 acta de constitución de la organización sindical demandada y listado de los trabajadores que participaron en su Fundación, manifestando que prestaban sus servicios a las empresas dedicadas al transporte de valor y actividades conexas, consignándose el nombre de la empresa en la cual laboraba los firmantes y que el objeto de la asamblea era constituir la organización sindical de industria denominada UNTDB.

Adujó que en el numeral tercero del orden del día se dispuso lectura, corrección y modificación del proyecto de los estatutos que regirán la organización sindical y a folio 59 se aportaron los estatutos, los cuáles determinan en el capítulo tercero los fines y fundamentos del sindicato, además, en el numeral quinto se dispuso lectura corrección y aprobación del proyecto de ley. Por lo que encontró que se cumplió con los requisitos indicados en el artículo 361 del CST sin que se demostrará que el objeto de la organización sindical que se creaba fuera distinta a su naturaleza.

Dejó sentado que dentro del expediente se verificaba el cumplimiento de todas y cada una de las disposiciones sobre el trámite de la solicitud de inscripción en el registro sindical, acreditando el cumplimiento de la norma en relación con el acta de fundación y constitución de la asociación sindical. Adujó que, en cuanto al número mínimo de afiliados para su constitución, no se desconoció ni tachó la firma de los trabajadores que aparecen enlistados en el proceso, además conforme a las pruebas allegadas al plenario concluye con certeza la asistencia de los trabajadores a la creación de la organización sindical, a excepción del señor Goyeneche, pero ello no implica que hubiera disminuido el número de 25 trabajadores, que es lo que exige la Ley.

Agregó que el solo hecho de no haberse demostrado que los señores Cardona y Ortiz estuvieron a las 7:00 la mañana, no invalida su asistencia a la reunión y su voluntad de participar en la Fundación de la organización sindical. Aclarando que no puede tenerse en cuenta del presunto abuso del fuero sindical por parte del afiliado, señor Bermeo, para declarar la ilegalidad de la Constitución de la organización, en tanto que este hecho no fue planteado en la demanda ni se discutió en el proceso, tampoco se adelantó debate probatorio teniendo como objetivo de la creación de la organización sindical demanda fuera el amparo foral en cabeza del afiliado en comento, hecho que de ser cierto constituiría claramente un abuso del derecho de asociación y libertad sindical.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación reprochando que el a quo se equivocó al no valorar el testimonio del señor Carlos Cardona, quien efectivamente señaló que el oyó directamente cuándo se dijo allí en la reunión de constitución que el sindicato se fundaba para dar fuero y protección al señor Héctor Bermeo, luego lo propio era tener por sentado tal hecho, además, por cuanto este mismo Tribunal en sentencia del 30 de octubre del 2019, con ponencia del Magistrado Dr. Diego Roberto Montoya Millan adujo que dicha persona actuó con abuso del derecho ante la creación sucesiva en intempestiva de asociaciones sindicales, por lo que claramente quedó demostrado que el sindicato aquí demandado fue creado con abuso del derecho, luego si era un motivo suficiente para acceder a las pretensiones.

Por otro lado, indicó que, si bien la Juez de primer grado en su providencia señaló que aparentemente no estuvo el señor Goyeneche, pero por lo menos hubo 25 personas en la constitución del sindicato, no obstante, consideró que es un acta espuria, nula e inválida como quiera que en esta se menciona una falsedad, razón por la que debió accederse a la cancelación del sindicato. Agregó que el señor Cardona declaró bajo la gravedad de juramento que, si bien estuvo en la fundación de la organización sindical, también manifestó que no hubo ningún llamado a lista, tampoco una votación, lo cual aduce se omitió estudiar en el fallo de primera instancia.

Expuso que en el encabezado del acta se anota que la reunión inició a la siete y el primer punto que se registró fue el llamado a lista, por lo que es incongruente con lo dicho por los testimonios, entre tanto que el señor Cardona como el señor Ortiz afirmaron que ninguno de los dos estaba allí a las siete de la mañana, puesto que llegaron después de las ocho y, todos iban firmando en orden de llegada. Añadió que el señor John Ortiz manifestó en su testimonio que en el momento en que se acercó a la reunión, siendo aproximadamente las 8:50 de la mañana, estaban haciendo lectura de los estatutos y creación de la Junta únicamente, coligiendo, que cuando llegó se estaba surtiendo la segunda de las reuniones de qué trata el código sustantivo del trabajo, luego el tampoco estuvo en la fundación.

En ese sentido arguyó que, aunque puede que en toda la reunión hubo más de 25 personas, pero al momento de la fundación no, ya que quedó demostrado que solo participó en el precitado momento 23 personas máximo. Concluyendo, entonces, que si se encuentra demostrado que la finalidad de la creación del sindicato fue en el ejercicio de un abuso del derecho; que en el acta se indica una falsedad en tanto que el señor Goyeneche no estuvo presente en la reunión y se dejó anotado que sí, lo cual, hace que sea inválida; y que a las 7 y 8 de la mañana no estaba el señor Ortiz y que cuando llegó ya se había fundado el sindicato. (CD fol. 327)

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 asociación sindical UNETDV contó con el número requerido para su constitución en los términos del artículo 359 del CST?
- ii) ¿El acta de fundación del sindicato UNETDV carece de validez ante el registro de comparecencia del señor Luis Goyeneche en la reunión de creación de la organización sindical, sin haber estado presente?
- iii) ¿Se afecta la validez de la fundación de la organización sindical demandada en tanto que en el proceso que cursó en contra del señor Héctor Fabio Bermeo se anotó un indebido uso del derecho de constitución de sindicatos?

De la existencia del sindicato.

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que quedó acreditado dentro del proceso, que la Unión Nacional de Empleados del Transporte de Valores y Actividades Conexas – UNETDV, es una organización sindical de primer grado y de industria constituida el 29 de abril del 2018, con domicilio principal en

Bogotá; “con Personería Jurídica o Depósito número I-23 del 30 de Abril de 2018”; situaciones fácticas que se coligen de la certificación emitida por la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo¹ y el acta de fundación de 29 de abril de 2018².

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada.

De la Suspensión, Disolución, Liquidación de Sindicatos y Cancelación de la Inscripción en el Registro Sindical de UNETDV.

El derecho de asociación sindical hace parte de nuestro ordenamiento jurídico constitucional y se encuentra garantizado en el artículo 39 de la Constitución Política como aquel derecho que tiene el trabajador o servidor público a conformar y afiliarse a organizaciones de carácter sindical a fin de defender, promover y proteger sus intereses económicos y sociales, sin intervención del Estado, situación que fue desarrollada ampliamente por la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 1993.

A su vez, el derecho de asociación sindical se encuentra garantizado por tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, entre los cuales encontramos el Convenio 87 de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Ley 74 de 1968-, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “*Protocolo de San Salvador*” -Ley 39 de 1996-, en la que se señala la libertad individual de organizar sindicatos, libertad de sindicalización, la autonomía sindical, que es la facultad que tiene la organización sindical para crear su propio derecho interno, entre otras cosas.

Es así, como la Corte Constitucional ha explicado que una de las expresiones del derecho de asociación contenido en el artículo 39 ya citado, es la libertad sindical, entendida “*como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento*”³, quienes tienen potestad “*para auto conformarse y auto regularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación que impone el inciso 2º del artículo 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos.*”⁴

Sin embargo, el alto tribunal en cita ha explicado que esa autonomía no es absoluta “*en la medida que la estructura interna de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos*”⁵, advirtiendo “*que las aludidas restricciones o limitaciones no pueden, en modo alguno, afectar lo que se considera el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, de modo que la desnaturalicen o impidan su normal y adecuado ejercicio.*”⁶

Así, aunque “*la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado*”⁷, es parte del núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, para tales fines, es necesario que los sindicatos acaten la regulación mínima establecida por el legislador, que no es otra distinta al Libro Segundo del Código Sustantivo del Trabajo.

¹ Folio 121

² Folios 22.

³ Sentencia C - 385 de 2000.

⁴ *Ibidem.*

⁵ Sentencia C - 797 de 2000.

⁶ *Ejusdem.*

⁷ Sentencia C - 385 de 2000.

Pues bien, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 401 del CST, un sindicato, federación o confederación de sindicatos se disuelve "a) *Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en los estatutos para este efecto; b) Por acuerdo, cuando menos, de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la organización, adoptado en asamblea general y acreditado con las firmas de los asistentes; c) Por sentencia judicial; d) Por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores*".

De manera que, con base en el canon antes anotado la empresa demandante en el recurso propuesto persigue la cancelación de la inscripción en el registro sindical del acta de fundación de UNETDV por considerar que se encontró demostrado que la finalidad de la creación del sindicato fue en el ejercicio de un abuso del derecho; además por cuanto al indicarse en el acta de constitución la participación del señor Luis Goyeneche en reunión de fundación la hace inválida, en tanto que se halló probado que este no tuvo participación alguna en esa diligencia; ultimando que no fueron convocados la totalidad personas requeridas para su constitución, como quiera que entre las siete y ocho de la mañana del día 29 de abril del 2018, hora de inicio de la reunión, no estuvo presente el señor Jhon Jairo Ortiz.

Sin embargo, pese al esfuerzo argumentativo que realiza el recurrente para advertir la invalidez de la fundación del sindicato Unetdv, el primero aspecto que se adujo no lo planteó en el escrito de demanda, como bien lo señaló la juez primigenia. Además, si en gracia de discusión se analizara que ello se discutió en el transcurso del trámite del proceso, tampoco la Sala lo aceptaría en tanto que su fundamento se construyó sobre la base de un litigio que se surtió en otras condiciones y, por ende, bajo otros supuestos facticos y jurídicos distintos a los que se persiguen en estas diligencias.

Ahora, si en todo caso la Sala pasará todo esto por alto, el haz probatorio allegado al sumario no permitiría conclusión distinta que el querer de todos los convocantes fue la de constituir la organización sindical, la cual estuvo precedida de una intención objetiva y no dolosa, pues más allá de que este Tribunal en sentencia del 30 octubre del 2019 señalará que el señor Héctor Fabio Bermeo, nombrado presidente de la junta directiva del sindicato cuestionado, calificará su conducta "*como un acto de abuso de derecho ante la creación de sucesivas en intempestivas asociaciones, en tanto la creación de esta nueva organización UNETDV tuvo como fin obtener una estabilidad laboral con la ficción de proteger la garantía de asociación y libertad sindical*"⁶, ello no daría traste a entender que el propósito de todos y cada uno de los trabajadores que se citaron para el 29 de abril del 2018, fue la de mantener la garantía foral del trabajador en cita.

Nótese que, contrario a lo indicado por el recurrente, allí no se dejó anotado que la participación de cada uno de los trabajadores tuvo como fin primordial dar alcance a un fuero sindical que se estaba discutiendo dentro de ese proceso. Lo que se dejó por sentando fue que la intención única del trabajador Héctor Fabio Bermeo fue la de mantener dicha condición para contrarrestar el proceso en su contra al valerse de su condición de fundador y miembro de la junta directiva, y no que fuese el común denominador de todos los trabajadores que participaron en la asamblea de constitución, es decir, proteger al trabajador implicado bajo una ficción contraria a la ley.

Es que de entenderse así por esta Sala equivaldría a desconocer la voluntad y de arrastras la libertad de todos los trabajadores de asociarse con el único fin de promover y proteger sus intereses económicos y sociales ante su empleador, situaciones mismas que fueron

patentadas, según se evidencia de la documental obrante a folios 25 a 34, en el pliego de peticiones 2018, misiva que fue allegada por la activa.

Lo anterior se refuerza aún más en la medida que no se allegó ninguno otro medio de prueba que de certeza que ante la creación del sindicato no se tenía la intención real de mejorar las condiciones de empleo de los trabajadores, sino del trabajador en cuestión, al punto que pretende el apelante que esta Sala sólo lo presuma o especule de la providencia allegada al plenario.

En ese sentido, conviene subrayar que si bien el recurrente aduce que la Juez primigenia no tuvo en cuenta íntegramente la declaración del señor Carlos Andrés Cardona Montoya, deponente al interior de este proceso, en tanto que este relató que la reunión precedida tuvo como fin de mantener al señor Héctor Fabio Bermeo con su garantía foral, arguyendo *“que se encontraba con cuestiones legales no sé con la empresa entonces necesitaban darle un fuero”*; no obstante, dicha aseveración en nada corrobora el supuesto abuso del derecho en que supuestamente incurrieron los trabajadores que procuraron la génesis del sindicato.

Ello, en primera medida, porque según se relata en la sentencia aludida, el proceso de fuero sindical fue admitido el 25 de enero del 2019, y la celebración de constitución del sindicato el 29 de abril del 2018, luego entonces para la fecha de fundación ni siquiera había sido admitido, menos notificado el proceso. Y, en segundo lugar, por cuanto que el trabajador cuestionado ya contaba con fuero sindical, pues así se desprende de la simple lectura de la providencia, según la cual también se centró argüir que en contra del mismo cursaba demanda de levantamiento de fuero sindical en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, coligiendo que *“De este modo, no puede pretender ahora el apelante valerse de hechos jurídicos pasados para controvertir la decisión proferida en este proceso por la Juez de primera instancia, pues como ya se dijo el hecho de no haberse vinculado a UNETDV al proceso de levantamiento de fuero sindical llevado a cabo cuando también estaba afiliado al sindicato SITRAVALORES en el cargo de fiscal (...)”* (Resaltado por la Sala) . Es decir, allí se estaba discutiendo una garantía foral ya surgida.

Así las cosas, es evidente que la empresa pretende desconocer el derecho de libertad sindical de los trabajadores que se unieron para crear la organización, bajo un supuesto de hecho, que como ya se anotó, no está probado en el informativo. Aquí, vale la pena resaltar lo ya dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL415-2021, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez, que indicó:

“Ahora, debe destacarse que la jurisprudencia constitucional ha adoctrinado que la teoría del abuso del derecho supone que el titular de los derechos o facultades establecidos en el ordenamiento haga un uso de estos en forma contraria a sus fines, a su alcance y a la extensión permitida por el sistema jurídico, pues ello comporta un desbordamiento de los límites fijados en la Constitución o en la ley con independencia que ello conlleve un daño a terceros, pues «es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho mientras el daño le es meramente accidental» (SU- 631-2017); y en similar sentido lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SI1983-2020).

(...)

“En ese contexto, corresponde a quien alega un posible abuso del derecho en materia de libertad sindical probar de manera concreta y específica que su titular hizo un uso extralimitado de las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico y contrario a sus propios fines, desfigurando el sentido y la teleología de los derechos asignados en la Constitución y en la Ley.”

Situación que no se evidencia en el presente asunto, reiterando, que lo dicho por la empresa accionante no dimana de las pruebas allegadas al proceso. Por el contrario, lo que sí es claro que pretende excluir la voluntad de los trabajadores que se asociaron so pretexto de la intención que tuvo el señor Héctor Fabio Bermeo y que fue demostrada en ese proceso.

Ahora, en lo atinente a los demás reparos que formuló la empresa demandante, observa la Sala que tampoco tiene la virtud de anular el acta de constitución del sindicato. Lo anterior, como quiera que, aunque es un hecho cierto que el señor Luis Goyoneche no estuvo en la citada reunión y se dejó sentado en el acta que fue así, no por ello implica que la voluntad o manifestación de los demás trabajadores este afectada también, en tanto, que el acto de constitución no solo incumbe a un trabajador, sino a un conjunto de estos, quienes por voluntad propia decidieron sindicalizar, persiguiendo así mejores condiciones laborales ante su empleador, mismos que según se evidencia del acervo probatorio estuvieron presentes a la hora de fundación.

Precisamente, a folios 15 a 17 obra constancia de los trabajadores que allí estuvieron, aspecto se confirma con el acta de fundación del sindicato y que milita a folios 9 a 11 del expediente. En los citados documentos se advirtió que por lo menos 25 trabajadores se hicieron presentes, quienes convocaron la asamblea para llevar a cabo el nacimiento de la organización sindical de industria, al prestar sus servicios a empresas dedicadas al transporte de valores y actividades conexas, cumpliendo así con el número mínimo de empleados requerido por el artículo 359 del CST, para su conformación.

De cara a lo expuesto tampoco se puede anular la citada acta de fundación por el hecho de que los trabajadores Carlos Andrés Cardona Montoya y Jhon Jairo Ortiz manifestaran en su declaración como testigos que estuvieron presentes en la reunión pasadas las ocho de la mañana del día 29 de abril del 2018, es decir, cuando ya había acontecido el llamado a lista de los convocados. De hecho denota intención de ser partícipes en la conformación del sindicato, es decir, respecto a querer asociarse, en tanto que, si bien manifestaron que se acercaron a la citada hora, también no puede ser menos cierto que su intención real fue la de sindicalizarse, pues en modo alguno adujeron que no fue así; al punto que el señor Cardona declaró en la diligencia que permaneció en el sindicato hasta el 19 de septiembre del mismo año, lo cual deja en evidencia un claro ejemplo de declaración expresa de voluntad.

El anterior discernimiento permite concluir que la juez de primer grado no incurrió en los yerros que se le atribuyen; insistiendo que, si el actor apuntaba que la conformación del sindicato no se encontraban los 25 trabajadores requeridos por el artículo 359 del CST, lo imperativo era demostrar que tal situación acontecía, allegando el medio de convicción idóneo para el efecto, y no utilizando simples conjeturas que en nada servían al proceso, lo cual además descarta la disconformidad que el recurrente le aduce a las dos actas de fundación que fueron allegadas al plenario (folios 9 a 11, 22 y s.s.), pues no se puede evidenciar los errores se le atribuyen.

Por manera que al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la cancelación del registro sindical solicitada, 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 6 de noviembre del 2021, 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 \$800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

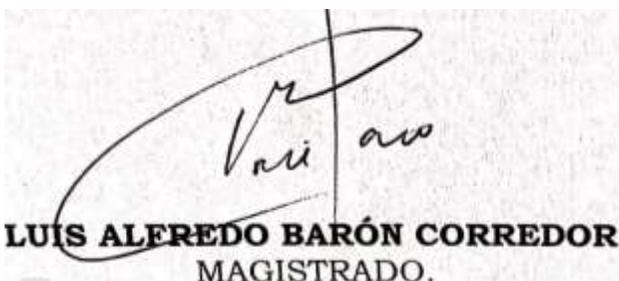
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: PEDRO LUIS PRIETO ROJAS
DEMANDADO: TEMPORAL SOLUCIONES INMEDIATAS Y OTRAS
RADICACIÓN: 20-2016-00441-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA:

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. Pedro Luis Prieto Rojas, instauró demanda ordinaria contra Temporal Soluciones Inmediata, ARL Seguros Comerciales Bolívar S.A., Econtrans S.A. y Ciudad Limpia Bogotá S.A. E.S.P., con el propósito de que se declare que entre el demandante en calidad de trabajador en el cargo de conductor y las empresas Ciudad Limpia S.A. E.S.P., Econtrans S.A. y Temporal Soluciones Inmediata, en calidad de empleadoras existieron varios contratos escritos de trabajo por obra o labor contratada e indefinidos en misión a Ciudad Limpia S.A. E.S.P., cuya vigencia comprendió el 20 de julio de 1996 al 7 de septiembre del 2015; que los diferentes contratos laborales fueron realizados directamente por el trabajador en forma personal, continua, ininterrumpida y subordinado a Ciudad Limpia S.A. E.S.P., razón por la cual se deben tener como un solo contrato laboral a término indefinido y tener a esta última como verdadero empleador; que no le reconocieron trabajo suplementario; que la causal alegada por las demandas para haber dado por terminado los diferentes contratos laborales demandados no existió; que durante el tiempo que laboró al servicio de su verdadero empleador adquirió ciertas enfermedades profesionales y de las cuales viene padeciendo, lo cual le ha producido disminución de su capacidad laboral, por lo que debe responder por ellas; que tiene derecho a la pensión sanción.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo solicitó se dispusiera a su favor el pago de las cesantías y sus intereses, primas de servicio, salarios y vacaciones por todo el tiempo de servicio laborado en misión a órdenes de Ciudad Limpia S.A. E.S.P.; indemnización por despido sin justa causa, moratoria, indemnización por accidente de trabajo y enfermedad profesional, y demás derechos que resulten probados en el proceso, conforme a las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 20 de julio de 1996, suscribió con la empresa Soluciones Inmediatas contrato laboral por duración de la obra o por labor contratada en misión a Ciudad Limpia S.A. E.S.P., el cual lo dio por

terminado, por orden de su empleador sin justa causa el día 18 de julio del año siguiente, arguyendo la terminación de la obra para la cual fue contratado; que el 19 de julio de 1997, la misma temporal le hizo firmar otro contrato de trabajo bajo la misma modalidad y en misión a la misma entidad, el cual estuvo vigente hasta el 28 de febrero del 98; que el 1 de marzo del 99 hasta el diciembre 30 de 2006, otras temporales le hicieron firmar al demandante una serie de contratos laborales inferiores a un año cada uno, con una interrupción de dos o tres días, en misión a favor de la empresa.

Indicó que el 2 de enero del 2007, la empresa Ecotrans mediante contrato a término fijo vincula al trabajador, cuyo contrato estuvo vigente hasta el 7 de septiembre del 2015, fecha en la que fue despedido en forma definitiva; que el último salario mensual devengado en misión de la empresa referida al servicio de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. fue de \$1.240.000, más un bono mensual de \$196.000; que el cargo que desempeñó durante todo el tiempo que estuvo laborando en misión fue el de conductor de vehículos utilizados en la recolección de basura de la ciudad de Bogotá, cargo que aún se encuentra vigente.

Refirió que las temporales demandas fueron utilizadas por Ciudad Limpia S.A. E.S.P. única y exclusivamente para pagar por intermedio de las empresas referidas los salarios al trabajador; que durante la relación no le tuvieron en cuenta su continuidad, antigüedad, lo cual incidió en la estabilidad laboral que debe tener todo trabajador; que cuando fue despedido definitivamente por la citada empresa, por intermedio de Econtrans S.A., salió enfermo de alergia, columna, cadera y testículos, en tanto que las enfermedades fueron adquiridas al conducir los vehículos recolectores de basura. (fls. 2 a 9).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Ciudad Limpia S.A. E.S.P. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que no fue empleador del demandante, ni nunca tuvo relación contractual con la sociedad Ecotrans S.A. Sobre los supuestos fácticos refirió que no le consta las condiciones de modo, tiempo y lugar en que dio lugar la relación laboral entre el demandante y la empresa temporal, tampoco ordenó la terminación del contrato y desconoce la fecha en que pudo haberse hecho.

Como hechos de la contestación expuso que entre la sociedad y la empresa Ecotrans S.A., se suscribió un contrato de oferta mercantil, para la realización de una actividad especializada, por lo que nunca contrató al señor Prieto Rojas y las labores que ejerció fue bajo plena autonomía administrativa y subordinada de esta, sin que tuviera injerencia o participación. Refirió que nunca canceló valor alguno al demandante por concepto de salarios o prestaciones sociales, nunca impartió órdenes al actor, por lo que tampoco existe entre empresa y Ecotrans S.A. solidaridad. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, inexistencia de solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica.

(fol. 70 a 79)

2.2. Econtrans S.A. En su contestación de demanda se opuso a la prosperidad de pretensiones de esta, bajo el sustento que entre las partes existió una relación laboral entre el 1 de agosto del 2007 al 15 de septiembre del 2015, fecha en la cual terminó el contrato por justa causa imputable al trabajador, previa realización del procedimiento disciplinario y cancelando todas sus acreencias laborales. Adujó que no tuvo conocimiento alguno de las enfermedades que aduce padecer el demandante, además, por cuanto la misma afilió al actor al sistema de seguridad social integral, para el cubrimiento de los eventos generados por enfermedad general y riesgos laborales. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, inexistencia de solidaridad y genérica. (fol. 107 a 122)

2.3. Soluciones Inmediatas S.A. En su escrito, se opuso a las pretensiones de la demanda, sin embargo, a excepción de la existencia de un contrato de trabajo en la modalidad de duración de la obra o labor determinada vigente entre el 10 de junio de 1996 y el 31 de enero de 1998, en calidad de trabajador en misión en las instalaciones de la empresa usuaria Ciudad Limpia SA ESP. En lo atinente a los supuestos de hecho arguyó que el contrato citado finalizó al momento en que terminó la obra para la cual fue contratada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61, literal d) del CST; desconociendo las presuntas relaciones laborales y las otras empresas, en tanto, que jamás existió vinculación laboral adicional con el demandante distinto a la ya mencionada. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, genérica, carencia de norma jurídica, falta de causa y buena fe. (fol. 310 a 324)

2.4. Compañía de Seguros Bolívar S.A. En su respuesta a la acción no se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda, a excepción de la pretensión relativa a la indemnización por accidente de trabajo y enfermedad laboral, aduciendo que el trabajador ni el empleador los reportó y, por lo mismo al no tener soporte clínico que respalde el hecho, esta pretensión debe ser desechada de plano. Sobre las situaciones fácticas relatadas en la demanda, manifestó que el demandante estuvo afiliado con múltiples empleadores. Precisando que no existe reporte por parte de ningunas de las empresas contratantes de accidente de trabajo o enfermedad laboral. Propuso como excepciones las de Inexistencia de las obligaciones, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe. (fol. 310 a 324)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de junio del 2019, en el 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. 286)

Limitó el problema jurídico a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, determinar quién es el empleador y los extremos temporales de la relación, entre otras cosas, por lo que luego de referirse a las pruebas concluyó que, si bien es cierto que la demanda no es un modelo a seguir, evidencia que lo que pretende el demandante es que se declare una sola relación laboral con Ciudad Limpia SA ESP como su verdadero empleador. Sobre este aspecto, refirió que en armonía a los artículos 23 y 24 del CST, y el artículo 74 y s.s. de la Ley 50 de 1990, se vulneraron dichas disposiciones como quiera que respecto de la primera vinculación se superó el término de un año, siendo dicha empresa su empleador y la temporal un simple intermediario durante el tiempo que estuvo vinculado a la EST.

Respecto de la codemandada Ecotrans SA manifestó que en su objeto social no está contemplada como empresa de servicios temporales, no obstante, adujo que existió una oferta de servicios de transporte a favor de Ciudad Limpia SA ESP, por lo que teniendo en cuenta que en el contrato de trabajo se pactó que su vigencia estaba atada a la concesión y al contrato de colaboración suscrito entre las sociedades, su verdadero empleador fue Ciudad Limpia S.A. E.S.P., entidad cuyo objeto consiste en la recolección de basuras, concluyendo así que estaba debidamente acreditada la prestación del servicio por parte del demandante a favor de dicha empresa, en los términos del artículo 36 del CST.

En ese sentido, infirió que no es dable la prestación del servicio de recolección de basuras a través de un tercero, como quiera que es su objeto social principal, concluyendo de todo lo anterior que el verdadero empleador fue la empresa usuaria. Ahora, adujo que no se encuentra demostrados los extremos temporales de la relación que se señala en la

demanda, en tanto que únicamente quedó demostrado que el trabajador prestó sus servicios entre el 20 de junio de 1996 al 31 de enero de 1998 bajo un contrato de obra o labor contratada y del 1 de agosto del 2007 al 7 de septiembre del 2015 mediante un contrato de trabajo a término indefinido.

En lo atinente al pago de las prestaciones sociales y salarios consideró que la temporal demandada y Ecotrans S.A. cumplieron con su obligación de pagar las mismas, no siendo factible su condena. Por la misma razón no dispuso a su favor el pago de la indemnización moratoria. Respecto de la indemnización por despido sin justa estudió únicamente lo referente al último contrato de trabajo declarado, por lo que de las pruebas aportadas al plenario evidenció que hubo justa causa en su terminación en tanto que la demandada probó que el actor incumplió en sus obligaciones.

De la misma suerte corrió la pretensión relativa al pago de la pensión sanción e indemnización por enfermedad laboral o accidente de trabajo, como quiera que sobre el primer aspecto hubo afiliación al sistema de seguridad social en pensión y no se demostró que el trabajador haya prestado sus servicios durante más de diez años; y respecto de lo segundo no existió elemento probatorio que le permitiera inferir que durante el vínculo laboral sufriera de enfermedad catalogada como laboral, o en sumo accidente de trabajo, además, tampoco fue allegada historia médica. (CD fol. 286)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que existió un contrato de trabajo con la empresa Ciudad Limpia S.A. E.S.P. de forma ininterrumpida y continua, en tanto que así se confirma con la relación de semanas cotizadas durante todo el tiempo que laboró con las demandadas. Agregó que, con respecto a la enfermedad laboral y accidente de trabajo, la Junta Regional de Calificación de Invalidez para el momento de llevar a cabo el examen exigió la correspondiente historia clínica, razón por la que no la aportó al proceso. (CD fol. 286)

5. Alegatos. Vencido el término concedido, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

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) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al declarar que entre el demandante y Ciudad Limpia S.A. E.S.P. existieron dos contratos de trabajo y no colegir que aquella vinculación fue ininterrumpida?
- ii) ¿El actor tiene derecho al pago de la indemnización por accidente de trabajo y enfermedad laboral?

De la relación laboral.

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de relación laboral entre el demandante y Ciudad Limpia S.A. E.S.P..

No obstante, el ataque contra la sentencia de primer grado que propone el apelante se encuentra orientado a que las partes estuvieron vinculadas mediante un único contrato de trabajo y no dos como declaró el juez primigenio, comprendidos entre el 20 de junio de 1996 al 31 de enero de 1998 y del 1 de agosto del 2007 al 7 de septiembre del 2015. Para el efecto aduce que la vinculación laboral sin solución de continuidad se encuentra probada con la relación de semanas cotizadas durante todo el tiempo que le prestó el servicio a las codemandadas, por lo que procede la Sala a verificar si existió unicidad en el nexo contractual.

Bajo ese contexto, lo primero que debe señalarse la Sala es que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En este orden, al pretender el demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el líbello inicial, tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Esto último es lo que acontece en el presente asunto en concreto, pues analizadas en conjunto las pruebas aportadas por las partes, con total certeza se razona de las mismas que no se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del demandante dentro del interregno que se extraña, siendo de su resorte haber probado dicha circunstancia.

Ello es así, por cuanto las documentales adosadas al plenario por el extremo activo, no conducen a probar que el actor al menos hubiere laborado un día con las empresas codemandadas, ya sea en virtud de una relación con la empresa de servicios temporales, con la contratista independiente o directamente con la empresa usuaria o beneficiaria de la obra, al punto que tampoco se arrió elemento de convicción del cual se infiera que entre las empresas Econtrans S.A. y Soluciones Inmediatas S.A. hubiera existido un nexo contractual con la empresa Ciudad Limpia S.A. E.S.P. o que existiéndolo el trabajador fuese vinculado para desarrollar el objeto.

En cuanto hace referencia al certificado de aportes pensionales, debe señalarse que, la realidad que refleja es que Econtrans SA hizo cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral dentro del periodo de junio a septiembre de 2015, periodo que ya fue declarado por el a quo como de carácter laboral, sin encontrarse registro alguno respecto del periodo que se echa de menos y que fue objeto de alzada. En todo caso de haberse allegado el mismo, tampoco podría servir para declarar la unicidad del vínculo laboral, pues tal y como lo advertido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples decisiones que *“los reportes de pago de aportes pensionales o historias laborales, por sí solos, no demuestran los extremos temporales. Así se adoctrinó en la providencia CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 24313 reiterada en decisión CSJ SL15929-2017”*¹

En ese orden de ideas, al examinar los medios de convicción allegados al plenario se observa que no existe prueba indicativa de certeza de una única relación laboral, en tanto

¹ CSJ SL156-2021

que tampoco los testimonios practicados en el diligenciamiento, en nada constaron sobre tal circunstancia, por lo que deberá correr con las consecuencias de su inactividad probatoria, esto es, la confirmación de la decisoria que tomó el a quo.

Indemnización por accidente de trabajo y enfermedad laboral.

En lo concerniente a la indemnización por accidente de trabajo y enfermedad laboral, aunque el apoderado judicial de la parte demandante no es muy claro en señalar si lo que pretende es la indemnización por incapacidad permanente parcial por sus presuntas patologías a cargo del del subsistema de riesgos laborales, asumido en este asunto por la Compañía de Seguros Bolívar S.A o en sumo imputar responsabilidad subjetiva a las demás demandadas.

Sin embargo, ello no implica desentrañar la verdadera intención del demandante, así que al leer la prueba de ofició que solicitó al juez de primer grado, misma sobre la cual pretendió la evaluación médico laboral al extrabajador, señalando este *“para tal efecto se servirá remitir ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez al demandante para lo de su cargo.- En caso de ameritar derecho a la pensión por discapacidad laboral, solicito se le otorgue”*; situación que permite entender que su propósito, aunque indebidamente señalado, es recibir cualquier prestación económica que pueda surgir del subsistema de riesgos laborales administrado por la Compañía de Seguros Bolívar S.A., derivadas de sus presuntas enfermedades.

Bajo este entendimiento, cumple recordar que el Sistema General de Riesgos Laborales tiene como finalidad trasladar las consecuencias de un determinado evento que producto de una situación laboral afecte las condiciones de salud de un trabajador, es decir, que bajo un esquema de aseguramiento, busca *“(...) cubrir a los trabajadores de las contingencias que se crean, propias de la labor que desarrollan a favor de un empleador, mediante la creación de un sistema de reservas, administrado por entidades especializadas en el tema, a partir del pago de una prima o cotización, con el objetivo de pagar siniestros, que entre mayor sea el número de empleadores que lo asuman, y menor el número de acaecimiento de los riesgos en los trabajadores, gracias a la materialización de proyectos de prevención y promoción, puedan disponer del capital suficiente para asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas de este modelo”*²

De tal manera que cuando el trabajador sufra un accidente laboral o una enfermedad laboral, como consecuencia de ello se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que la administradora de riesgos laborales reconozca las prestaciones económicas establecidas en el Decreto 1295 de 1994, Ley 776 de 2002 y estas últimas modificadas por la Ley 1562 de 2012, tales como incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, invalidez y muerte, bajo condiciones específicas y tarifas correspondientes.

En el sub judice, cierto es que el demandante se encontraba afiliado al Sistema de Riesgos Laborales bajo la patronal Econtrans S.A., sin embargo, del acervo probatorio vertido al proceso, no se puede colegir siquiera las patologías que aduce el demandante como padecidas, siendo insuficiente la excusa que refiere el apelante, en tanto que no le es permitido a este Colegiado hacer deducciones fácticas o inferencias sin apoyo de un elemento probatorio.

Por manera que, no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie

² CSJ SL5031-2019

puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria del Juez primigenio. Costas en esta instancia judicial.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de junio del 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

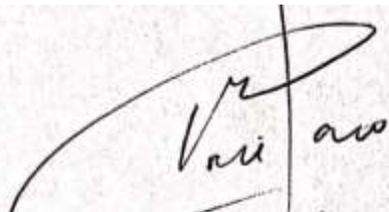
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: LINA ROSA SERNA MORALES
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001-31050-14-2018-00732-01
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
TEMA: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

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. Lina Rosa Serna Morales, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez. En consecuencia, se condene a la demandada a la reliquidación de dicha indemnización con base en 513 semanas de cotización realizadas por la demandante, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, las costas del proceso. (fols. 28-29).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 21 de febrero del 2002 solicitó el reconocimiento de indemnización sustitutiva de pensión ante el ISS, misma que mediante Resolución No. 011038 de 2002 le fue reconocida con 7 semanas de cotización. Indicó que interpuso derecho de petición el día 22 de mayo del 2008, en el que solicitó la reliquidación de la indemnización, sin embargo, no obtuvo respuesta; que posteriormente el 17 de diciembre del 2008 solicitó la revocatoria directa del acto administrativo, con el fin de dejar sin efecto la prestación reconocida, por estar alejada de las semanas verdaderamente cotizadas, sin que tampoco se resolviera.

En razón a ello, aseguró que aun cuando el ISS ordenó el pago de la indemnización sustitutiva de pensión liquidada con base a las 7 semanas de cotización que erradamente reconoció, nunca se incluyó en nómina, por lo que no ha recibido su pago.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 37); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante al momento en que solicitó el pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez cumplió con los requisitos contemplados en la Ley para que la otrora Instituto de los Seguros Sociales realizará el respectivo reconocimiento, como se evidencia en la Resolución No. 011038 de 2002.

No obstante, adujo que ante la inconformidad presentada respecto de la densidad de semanas por medio de las cuales le fue reconocida la indemnización, la demandante elevó solicitud ante el extinto ISS, situación que llevó a expedir el acto administrativo No. 037889 del 24 de octubre del 2011, por medio del cual fue reliquidada la prestación con base en 506 semanas de cotización.

En ese sentido, coligió que las pretensiones de la demanda se encuentran satisfechas. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la genérica. (fols. 51 a 56).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de diciembre del 2021, en la cual el Juzgado condenó a la demandada a reconocer y pagar a la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de \$39.773 por concepto parcial y la cantidad de \$2.145.238, por concepto de reliquidación, la cual debía ser indexada; así mismo declaró probada la excepción de prescripción respecto de la indexación de la suma de \$39.773 y no probadas las restantes; impuso costas a la encartada. (CD fol. 72)

Como sustento de su decisión indicó como problema jurídico a resolver la densidad de semanas que cotizó al sistema general de pensiones al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones. En lo atinente a la figura jurídica de la citada indemnización señaló que se encuentra prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, norma aplicable a la actora en tanto que sobre ello no tuvo reparo las partes.

Así, manifestó que la actora cumple con los requisitos para acceder a la prestación económica por cuanto le fue concebida por el entonces ISS en acto administrativo antes señalado. Observó de la historia laboral aportada que además tener las siete semanas, la demandante cotizó 506.71 semanas, por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1973 al 17 de junio de 1983, acreditando un total de 513.71 semanas, por lo que le asistía derecho a que le reliquidara tal prestación teniendo en cuenta las semanas adicionales referidas.

En ese sentido, arguyó que el Instituto de Seguros Sociales profirió la Resolución No. 037889 del 24 de noviembre del 2011, mediante la cual dispuso modificar la Resolución No. 011038 de 2002 en el sentido de reconocer en favor de la demandante la suma de \$2.145.238 por concepto de indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta para ello las 506.71 semanas, suma que al ser liquidada se encontraba ajustada a derecho. Coligió que no existía prueba en el informativo de que dicho acto administrativo si hubiere puesto en conocimiento de la demandante, en tanto que no se allega prueba de su notificación personal.

Adujó que estando reconocido el derecho por la parte demandada, lo procedente es ordenar la indexación peticionada por la suma que fue reconocida por la demandada en el año 2011, dado que como analizó no se le puso de presente dicho reconocimiento para adelantar las acciones relativas para obtener su pago, acotando que la demandada debía probar que si pago la indemnización sustitutiva de pensión.

Así las cosas, refirió que en cuanto al pago parcial de la indemnización sustitutiva reconocida a través del acto administrativo del año 2002 en suma de \$39.773, no dispondrá su actualización en razón a la excepción de prescripción propuesta.

6. Alegatos parte demandante. En su escrito indicó que la encartada debe reconocer la indemnización sustitutiva de pensión en proporción a la densidad de semanas cotizadas por el afiliado, como quiera que todo el tiempo cotizado en el régimen de prima media, corresponde a 513 semanas. Además, por cuanto quedó demostrado su imposibilidad para continuar realizando cotizaciones a pensión; no se probó que la Administradora Colombiana de Pensiones hubiere efectuado pago alguno por concepto de indemnización sustitutiva de pensión; la demandada omitió verificar el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión, específicamente, el requisito de correspondencia entre semanas cotizadas conforme a la información que obra en la historia laboral que ella administra y el pago ordenado.

7. Alegatos parte demandada. En sus alegaciones señaló que el extinto ISS, reconoció a la demandante una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, a través de Resolución N° 011038 de 2002. No obstante, se expidió un nuevo acto administrativo esto es el 24 de octubre de 2011, por medio del cual fue reliquidada la prestación teniendo en cuenta 506 semanas de cotización, misma que se encuentra ajustada a derecho y conforme al artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, por ello no habría lugar a que se confirme la decisión proferida por el juez de primera instancia.

Por otro lado, arguyó que, respecto a la excepción de prescripción, *"lo cierto es que la última solicitud elevada por la demandante a efectos de lograr la reliquidación de la indemnización sustitutiva data del 17 de diciembre de 2009, la cual fue resuelta a través de Acto Administrativo 037889 del 24 de octubre de 2011, solo pudo ser notificado a la demandante hasta el 09 de abril de 2012, y solo hasta el 12 de diciembre de 2018, se radicó la demanda ordinaria laboral que hoy nos ocupa."*

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.

El problema jurídico que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer el pago y reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada, por considerar que no existía prueba de su desembolso?

Indemnización sustitutiva de pensión.

Debe señalar esta Sala que no es objeto de controversia que la señora Lina Rosa Serna Morales estuvo afiliada al Sistema de Seguridad Social, no es pensionada y que la solicitud que la demandante efectuó ante el ISS, tuvo lugar el 21 de febrero del 2002 (Cd. folio 43, expediente administrativo), mediante formulario proforma de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993; que, en respuesta, la demandada en Resolución N.º 011038 de 2002 (Cd. folio 43 expediente administrativo), concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$39.773, con 7 semanas cotizadas; que dicho acto administrativo, ante la solicitud de su reliquidación, fue modificado por ISS mediante Resolución N.º 037889 de 2011, misma que reconoció la citada prestación en cuantía de \$2.145.428, con base en 506 semanas cotizadas y con un ingreso base de liquidación de \$403.000.

Bajo ese contexto, se observa que la actora al estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, le es perfectamente aplicable el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual señala:

"ART. 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado"*

Por manera que, habiendo cumplido los requisitos mencionados, tendrá derecho a recibir en sustitución una indemnización que es el equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Una vez se obtiene el resultado de esta operación aritmética, se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, según lo dispuesto en la aducida norma.

Ahora bien, respecto de la fórmula para determinar el valor de esta prestación económica y siendo este el punto de controversia es procedente remitirnos a lo indicado en el Decreto 1730 de 2011, que textualmente señala en su artículo 3 lo siguiente:

"ARTICULO 3º-Cuantía de la indemnización.

Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

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

Donde:

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

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

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

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

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

Conforme a lo anterior, la demandante cuestiona a Colpensiones que, pese a que reconoció mediante la Resolución N.º 011038 de 2002 la indemnización sustitutiva de pensión, en cuantía de \$39.773, teniendo para el efecto únicamente 7 semanas cotizadas, no tuvo en cuenta para efectos de su liquidación 513 semanas, pretendiendo así su reliquidación. Además, expuso en las situaciones fácticas, que el reconocimiento realizado en el citado acto administrativos nunca le fue incluido en nómina y, por ende, pagada la cantidad resarcitoria de la pensión de vejez.

Dicho ello, para la Sala resulta palmario, que las documentales dan cuenta que a la aquí actora le fue reconocida la indemnización sustitutiva de pensión, primigeniamente por Resolución 011038 de 2002 en cuantía de \$39.773, la cual fue objeto de modificación por la Resolución 037889 de 2011, en la que se reconoció por concepto de reliquidación de dicha prestación la suma de \$2.145.428, que como ya se dijo, se le tuvo en cuenta 7 y 506 semanas de cotización respectivamente, mismas que le fueron notificadas a la accionante, en tanto que la primera de ellas lo fue mediante notificación personal del 30 de julio del 2002 y la otra mediante Edicto número 0393 que se fijó en cartelera el 9 de abril del 2012, desfijándose el 20 del mismo mes y año, por lo que es claro que la actora tenía conocimiento de los actos administrativos, contrario a lo que adujo la parte demandante y coligió la Juez de primera instancia.

En esa medida, de acuerdo con los actos administrativos en cuestión, entrará la Sala a determinar si efectivamente existe alguna diferencia entre lo ya reconocido por Colpensiones, encontrando, luego de realizar la liquidación correspondiente, que no existe diferencia alguna, tal y como se expone a continuación:

Cálculo Indemnización Sustitutiva de Pensión									
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	APORTE PENSIONAL	
1973	92	0,225	66,73	296,950	\$ 660,00	\$ 195.987,31	\$ 601.027,75	4,50%	
1974	365	0,279	66,73	239,315	\$ 682,93	\$ 163.435,77	\$ 1.988.468,59	4,50%	
1975	365	0,352	66,73	189,406	\$ 1.259,42	\$ 238.542,79	\$ 2.902.270,65	4,50%	
1976	366	0,41492	66,73	160,825	\$ 1.490,66	\$ 239.734,36	\$ 2.924.759,13	4,50%	
1977	365	0,52181	66,73	127,879	\$ 1.880,30	\$ 240.451,53	\$ 2.925.493,64	4,50%	
1978	365	0,67163	66,73	99,353	\$ 2.430,00	\$ 241.428,42	\$ 2.937.379,13	4,50%	
1979	365	0,79537	66,73	83,897	\$ 3.300,00	\$ 276.859,50	\$ 3.368.457,23	4,50%	
1980	366	1,02443	66,73	65,137	\$ 4.410,00	\$ 287.255,77	\$ 3.504.520,33	4,50%	
1981	365	1,28929	66,73	51,756	\$ 5.790,00	\$ 299.668,73	\$ 3.645.969,52	4,50%	
1982	365	1,63043	66,73	40,927	\$ 7.470,00	\$ 305.726,90	\$ 3.719.677,32	4,50%	
1983	168	2,022	66,73	32,998	\$ 9.480,00	\$ 312.819,07	\$ 1.751.786,81	4,50%	
1993	49	17,39507	66,73	3,836	\$ 79.290,00	\$ 304.162,98	\$ 496.799,54	7,63%	
Total días	3596	Total devengado toda la vida laboral actualizado				2002-2011	\$ 30.766.609,65		
Total semanas	513,71	Ingreso Base Liquidación				\$ 256.673,61			
		SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN PROMEDIO SEMANAL S.B.L.P.S.				\$ 59.890,51			
		PROMEDIO PONDERADO DE LOS PORCENTAJES DE COTIZACIÓN P,P,C				3,1108%			
		TOTAL INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN				\$ 957.081,05			
Resumen Liquidación									
Valor reconocido en Resolución No. 011038 de 2002							\$ 39.733,00		
Valor reconocido en Resolución No. 037889 de 2011							\$ 2.145.428,00		
Total reconocido por Colpensiones							\$ 2.185.161,00		
Liquidación efectuada por la Sala							\$ 957.081,05		

Dicha diferencia es notoria en tanto que aquí se tomó correctamente el promedio ponderado de los porcentajes de cotización, y no como lo hizo Colpensiones quien lo calculó como si se tratara de un promedio matemático. Además, no tuvo en cuenta el IPC final para actualizar el ingreso base de liquidación, pues debió tomar el del año 2002, fecha en la que la actora solicitó la prestación económica y no la fecha de reliquidación. En ese sentido, no es viable acceder a las pretensiones elevadas por la parte activa, en tanto que no hay sumas que pagar por Colpensiones.

Cabe advertir en este punto, que aun cuando la demandante adujo en el escrito genitor no haber recibido la cantidad que le fue reconocida en los actos administrativos ya citados, dicha exigencia no ameritaba su estudio en este proceso, en tanto que al ser reconocido su derecho a la prestación económica en cita por el Instituto de Seguros Sociales, en los términos señalados en las resoluciones, lo adecuado era reclamar los derechos a través del proceso ejecutivo laboral que se sigue en lo dispuesto en el artículo 100 del C.P.T. y de la S.S. y, no en el propio del ordinario laboral, de ahí que se incurra en error la sentencia consultada.

Así, no puede perderse de vista que el objeto de esta demanda solo buscó que se declarará la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión y su consecuente pago, **misma que como se citó en precedencia fue debidamente reconocida por la encartada**, en tanto que no encontró discrepancia esta Sala en las sumas registradas en las resoluciones, al punto que los dineros reconocidos son superiores a los liquidados en precedencia, de ahí que no sea viable declarar, como lo hizo la a quo un derecho que a propio mutuo ya fue reconocido.

En ese sentido, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicación 37767 del 5 de abril del 2011, señaló lo siguiente:

"(...) Al estar reconocido el derecho, es lógico concluir que no era posible una segunda declaración en ese sentido, luego el camino a seguir como bien lo dijo el Tribunal, era hacerlo efectivo, a través del proceso ejecutivo, por lo menos en lo que hace con los créditos reconocidos en el reseñado acto. (...)"

Por manera que se sigue revocar la sentencia proferida en primera instancia, sin que sea dable tampoco estudiar la indexación pretendida en tanto que esta dependía de la prosperidad de la condena que por reliquidación no salió avante. En otras palabras, lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal, y no habiendo suma a declarar sobre la cual se pueda aplicar la indexación, no hay lugar a impartir condena.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de diciembre del 2020, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la convocada a juicio de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

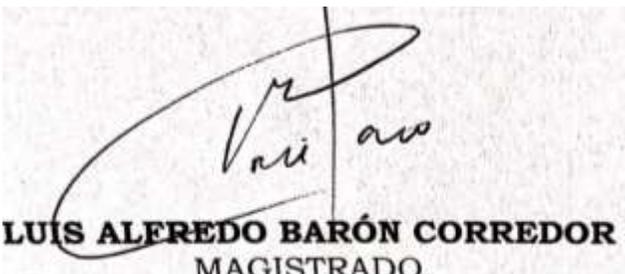
La presente providencia se notifica a las partes en estrados,



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: GUILLERMO PARDO POSSE
DEMANDADO: PARDO MORALES Y CIA S EN C EN LIQUIDACIÓN
RADICACIÓN: 33-2016-00161-02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: HONORARIOS PROFESIONALES

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, esta Sala se abstiene de reconocer personería para actuar como apoderado sustituto al Dr. RICARDO BLANCO ROMERO, como quiera que dentro del instructivo no obra poder conferido a la Dra. EVA ALEJANDRA BONILLA MURILLO, por la parte demanda.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Guillermo Pardo Posse, instauró demanda ordinaria contra Pardo Morales y CIA S en C en Liquidación y Soluciones de Vivienda y Obras Civiles S.A. en Liquidación con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes desde el 6 de marzo del 2009 al 30 de julio del 2014 y, como consecuencia de ello, al pago de los honorarios por la participación en calidad de asesor de las Juntas de las sociedades familiares adeudadas por la suma de \$230.000 mensuales y durante el tiempo que se relaciona en el respectivo acápite; perjuicios materiales ocasionados por el no pago oportuno de los honorarios correspondiente por el periodo comprendido entre el mes de marzo del 2015 y enero de 2016, en cuantía equivalente a \$262.699.667; se pague la diferencia resultante desde la fecha en que se liquidó hasta cuando quede en firme la sentencia y en lo sucesivo; costas y agencias en derecho y, lo que corresponda a las facultades extra y ultra petita. (fls 2 y 3).

En sustento de sus pretensiones señaló en síntesis que inició a prestar sus servicios profesionales de arquitecto, urbanista, asesor experto en negocios inmobiliarios y en todo lo referente a los trámites de gestión ante las entidades distritales y negociaciones comerciales a las codemandadas el día 6 de marzo del 2009, mediante la modalidad

de contrato de asesoría de naturaleza verbal, en forma ininterrumpida, participando además como socio, miembro de la comisión redactora y aprobatoria en las reuniones de la Junta Directiva, Junta Asesora y Asambleas Generales de las sociedades familiares.

Indicó que sus honorarios se encuentran señalados en el Acta número 9 de la Asamblea Universal de Socios de Solvida S.A., misma en la que se adujo que para el pago se efectuaría tomando como valor base el reconocimiento mensual del salario mínimo actual, más el valor correspondiente a cada reunión de Juntas Asesoras y Generales; situación que no se cumplió como quiera que no se le ha cancelado sus honorarios por la participación durante seis años que ejecutó como Asesor, por cada una de las reuniones societarias llevadas a cabo con terceros.

Agregó que ante dicho incumplimiento se vio obligado a presentar cuenta de cobro de fecha 4 de marzo del 2015; además, se le causo por tal situación unos perjuicios que tuvo que cubrir, tales como los gastos y obligaciones personales derivadas de sus honorarios en su calidad de Asesor, mismos que cuantificó en la suma de \$262.699.667. (fls. 14 a 38).

2. Trámite en la primera instancia. Admitida la demanda en contra de Pardo Morales y CIA S en C en Liquidación y Soluciones de Vivienda y Obras Civiles S.A. En Liquidación, en audiencia especial del que trata el artículo 85ª del C.P.T. y de la S.S., el juzgador de primer grado haciendo uso del artículo 100 del C.G.P., procedió a desvincular de la litis a la segunda de las sociedades por considerar que aquella era inexistente entre tanto que su matrícula mercantil se encontraba cancelada.

3. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones de esta, argumentando que entre las partes no existió contrato de prestación de servicios profesionales en los extremos indicados, toda vez que su participación al interior de la empresa se debió única y exclusivamente por su calidad de socio al nacimiento de la sociedad y posteriormente como representante de la sociedad Organización Pardo Spiess S en C, hoy Grupo PS S.A.S.

Adujó que las personas jurídicas que en su oportunidad demandó el actor, son personas jurídicas totalmente independientes, por lo que no le asiste derecho al pago pretendido, reiterando que cada una de las actividades realizadas lo fue por el directo interés que tenía al ser el representante legal de la citada sociedad, de la cual es socia comanditaria la hoy demandada, reiterando que nunca presentó servicio alguno como asesor.

En lo atinente a los supuestos facticos refirió que el actor nunca prestó servicios profesionales como arquitecto, constructor, urbanista o asesor experto en negocios inmobiliarios al interior de la empresa, además, su presencia en las reuniones de Junta asesora o en cualquier otra programada se debía inicialmente por su condición de socio y posteriormente como representante legal, por lo tanto, al tener un interés directo en las resultas de las gestiones comerciales brindaba su opinión a fin de que las decisiones tomadas no afectaran sus intereses económicos, ejerciendo su derecho de conformidad a lo estatuido en el Código de Comercio.

Agregó que es una sociedad eminentemente familiar, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal, en virtud de este vínculo y por la relación de confianza que surge en ese tipo de sociedades familiares el actor actuaba en las

reuniones de junta asesora y si bien en alguna oportunidad participó con terceros fue por la confianza que se le depositó a fin de que velara no solo por sus intereses sino el de todos sus hermanos, por lo tanto no se configuraron los requisitos de hecho y de derecho para que sea reconocido a su favor un contrato.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, prescripción y cobro de lo no debido. (fol. 226 a 258)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 marzo del 2019, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante. (CD fol. 413)

Como sustento de la condena, primeramente, señaló que debía establecerse si entre las partes existió una relación privada de carácter contractual. Así, señaló que de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil y en armonía a las pruebas allegadas al proceso, no existe discusión en torno a la capacidad de las partes para obligarse, sin embargo, infirió la inexistencia de consentimiento en el Acta de febrero 9 del 2009 que reposa a folios 96 y 97 del expediente, en tanto que la obligación quedó condicionada a una propuesta por parte del gerente hoy demandante, misma que no hizo, de ahí que no tuviera un contenido obligacional.

En ese sentido, arguyó que tampoco se probó una cifra distinta y que la misma hubiera sido aceptada por la Junta. Concluyendo, entonces, que no nació a la vida jurídica una obligación por parte de las empresas accionadas, en el sentido de cancelar la suma de \$230.000; que no hay una gestión demostrada en torno a las funciones que mencionó desempeñar la parte demandante; tampoco existe un objeto claramente identificado que direcciona cuales serían las obligaciones que ostentaba el actor.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación indicando que en el acta del 9 de febrero del año 2009 se señalaba claramente la suma que debía devengar el demandante en el futuro, con relación a las asesorías que eventualmente realizará, la cual no fue desvirtuada por el acta del año 2008, en tanto que en esta se quiso conciliar las diferencias que surgieron de los socios.

Agregó que Alejandro Pardo conocía de las obligaciones que estaba reclamando el actor, de ello infirió de los correos electrónicos de estos, aduciendo que no era ajena la obligación que se generaba por la asesoría en distintos temas, pues en las demás actas se mencionaba que lo hacía con diferentes constructoras y sumado a que se dejó un rubro de \$60.000.000 en la liquidación de la empresa para efectos de cubrir cualquier contingencia de los socios. Ultimando que existen los elementos estructurales para que verdaderamente se dé una obligación exigible. (CD fol. 104)

6. Alegatos parte demandante. En su escrito refirió que inició a prestar sus servicios profesionales de: arquitecto y constructor, urbanista, asesor experto en negocios inmobiliarios y en todo lo referente a los trámites de gestión ante las entidades distritales y ante las negociaciones de carácter comercial a favor de las codemandadas, desde el día 6 de marzo del 2009, al 30 de julio de 2014, mediante la modalidad de un

contrato de prestación de servicio de tipo verbal establecida por la reunión de junta de socios.

Indicó que prestó sus servicios directamente en las sociedades, participando además de socio, como miembro de la comisión redactora y aprobatoria, en las reuniones de Junta Directiva, Junta Asesora y Asambleas Generales de las sociedades familiares, las cuales le permitieron tener información y conocimiento de la dinámica de las sociedades frente a sus clientes. Resaltó que esa condición de miembro, en la que el socio nunca solicitó remuneración alguna, por tratarse de temas y procesos de negociación que debía tener en cuenta en su labor como asesor en las juntas externas de las dos sociedades.

Agregó que el Acta No.9 de febrero de 2009, si generó obligaciones a futuro a favor del demandante, para nada alteraba la voluntad de los socios, toda vez que, ya en acta de comisión del 2008, se conciliaban diferencias que tenía el demandante con anterioridad a este periodo con otros socios y en esta misma acta se dejó advertencia de la operación que podía continuar el grupo familiar con relación a la dedicación con reconocimiento a las labores de Guillermo Pardo.

7. Alegatos parte demandada. Señaló que entre las partes jamás existió un contrato de prestación de servicios de naturaleza verbal. El actor nunca prestó sus servicios profesionales en calidad de arquitecto, constructor, urbanista o asesor experto en los negocios inmobiliarios al interior de la empresa Pardo Morales y Cia S en C Fampar S en C en Liquidación, su asistencia a las reuniones de junta asesora o en cualquier otra programada por la empresa, se debía inicialmente por su condición de socio y posteriormente en calidad de representante de la empresa Organización Pardo Spiess S en C hoy Grupo Ps SAS, la cual es socia comandataria de la sociedad demandada, por lo que al tener un interés directo en las resultas de las gestiones comerciales, brindaba su opinión a fin de que las decisiones tomadas no afectaran sus intereses económicos, ejerciendo su derecho de conformidad con lo estatuido en el Código de Comercio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- i) ¿Se equivocó el Juez de primera instancia al colegir que entre las partes no existió un verdadero contrato de prestación de servicios cuyo objeto fue la asesoría en su rol de arquitecto, asesor inmobiliario, constructor y urbanista?
- ii) De ser afirmativa la respuesta, deberá determinarse ¿Entre las partes se pactó por concepto de honorarios profesionales, la suma de \$230.000 mensuales?
- iii) Por último, entrará a verificarse ¿La demandada Pardo Morales y CIA S en C en Liquidación debe a aquellos honorarios profesionales durante todo el nexo contractual?

Del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales – Honorarios -

Para resolver los problemas jurídicos que llaman la atención de la Sala, se debe recordar que el régimen legal que regula la prestación de servicios de aquellas profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que por causa del vínculo la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujeta a las reglas del mandato, tal y como lo dispone el artículo 2144 del Código Civil.

En tal virtud y con arreglo a los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, el mandato es un contrato por el cual una persona confía a otra la gestión de uno o más negocios, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, a título gratuito o remunerado; dentro de sus características está la de ser consensual, no requiere de formalidades especiales, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas o verbalmente y, aún con la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, por lo que, se perfecciona con la aceptación del mandatario, tal y como señala los artículos 2149 y 2150 Ibidem.

Por lo anterior, es de suponer que cualquier ejercicio genere honorarios, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que la onerosidad es un elemento de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, pero no uno esencial, por cuanto que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, es legalmente permitido que quién presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita, o que su retribución sea en forma aleatoria, como cuando se confina a la obtención de un resultado. Por manera que los artículos 2142, 2144 y 2184 del Código Civil, señala que los honorarios se reducen a lo pactado en entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regularlos.

Así las cosas, se entrará a definir la existencia del vínculo contractual y si los honorarios en verdad se causaron, para luego determinar su valor. Para efectos de lo anterior, se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto, aportadas al plenario, conforme lo determina el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Siendo así, la parte demandante señala en el libelo genitor que prestó sus servicios profesionales de arquitecto, urbanista, asesor experto en negocios inmobiliarios y en todo lo referente a los trámites de gestión ante las entidades distritales y negociaciones comerciales, participando de forma activa en los proyectos citados y respecto de los cuales reclama el pago de unos honorarios, significando que lo hizo como persona natural y desligado completamente de su condición de socio de la empresa Pardo Morales y CIA S en C en Liquidación, esto es, que la labor se prestó de forma independiente.

Bajo ese direccionamiento la parte actora se apoya en la prueba documental aportada al proceso, misma que hace referencia a algunas actas suscritas en junta directiva por la sociedad Pardo Morales y CIA S en C en Liquidación o Soluciones de Vivienda y Obras Civiles S.A., y toma en especial como punto de partida el Acta No. 9 de Asamblea Universal de Socios que obra a folios 96 y 97 del expediente, en la que se anotó:

"e. Dedicación de Guillermo Pardo P.

El gerente propone que por su dedicación a partir de la fecha se le reconozca mensualmente una suma equivalente a un salario mínimo mensual, más la suma de \$230.000 por reunión de junta cuando la haya. El interesado manifiesta que lo pensara y pasara una propuesta gerente."

En punto al tema, aun cuando el contrato de prestación de servicios no implique para su perfeccionamiento una formalidad ad substantiam actus, en tanto que basta para ello la aceptación expresa del encargo encomendado o la simple aceptación tácita, es decir, la ejecución del acto confiado, si se requiere además que aparezcan demostrados los elementos naturales del contrato, entre otros, su objeto y el cumplimiento cabal de las gestiones que cuales se comprometió a desarrollar, presupuestos que en el presunto no se encuentran probados.

Lo anterior, si se tiene cuenta que en nada demuestra el acta del cual se duele el aquí actor como no valorada en por el A quo, esto es el Acta No. 9 de Asamblea Universal de Socios ya citada, en la medida en que no proviene de la asamblea o junta de los socios de la empresa demandada Pardo Morales y Cia S en C en Liquidación y allí no se identifica por lo menos la intención de las partes de celebrar un contrato, llamase de prestación de servicios o asesoría, en el que además claramente se identifique su objeto, es decir, la gestión encomendada, en tanto que solo se aduce "El gerente propone que por su dedicación", se le reconozca \$230.000, no obstante, no se hace referencia a cuál dedicación, menos que alguna actividad se le hubiese sido impuesta su realización por la demandada.

Además, tampoco se puede inferir de los demás elementos probatorios allegados al proceso que entre las partes se hubiere suscrito un convenio, exponiendo con tal claridad su objeto y la verdadera gestión emprendida por el aquí demandante, para eventualmente concluir que sus servicios profesionales de arquitecto, urbanista, asesor experto en negocios inmobiliarios y en todo lo referente a los trámites de mandato ante las entidades distritales y negociaciones comerciales se hubiera realizado en favor de la encartada y como resultado de una obligación dado a un acuerdo de voluntades.

Así se afirma, por cuanto ninguna de las pruebas, dan cuenta de las supuestas asesorías y en general de las eventuales gestiones que aduce desarrolló el actor al interior de las juntas o de la empresa, nótese que únicamente adosó como pruebas documentales las actas, algunas de estas elaboradas por la Junta Directiva de Solvida S.A., mismas de las que no se puede colegir si se obligó el actor a la ejecución de un acto a favor de Pardo Morales y CIA S en C en Liquidación, o simplemente se dio por la participación del demandante como socio y en esa condición puso en beneficio de la encartada toda su experticia y conocimiento.

Es más, ni siquiera se puede vislumbrar de aquellas las labores que supuestamente ejecutó el actor, menos en su presunto rol de asesor, en tanto que se explicó conjuntamente por Juan Guillermo Hoyos Diez, como presidente y Alejandro Pardo Posse como secretario, y en otras, este último como presidente y el aquí actor como secretario, actividades generales que se hacían al interior de la empresa en cumplimiento de su objeto social, por lo que no se evidencia si alguna de estas acciones eran realizadas propiamente por el accionante en calidad de consultivo.

Incluso, la discusión se disipa porque la gran mayoría de ellas fueron suscritas por la Junta Directiva de Solvida S.A. (folios 68 a 80 y 92 a 98), misma que se reitera fue excluida de la Litis; y si bien se dejó sentado que en dichas actas se registraban conjuntamente temas relacionados con ambas sociedades, lo cierto es que de ellas no

podía colegirse con mediana claridad que acciones realizaba el actor y atañían exclusivamente a Pardo Morales y CIA S en C en Liquidación y que otras se efectuaban a favor de Solvida S.A.

Ahora, llama la atención de la Sala lo dicho en el acta celebrada el día 21 y continuidad el 30 de septiembre de 2011 (folios 73), en la se expuso:

"6.2- Lote Guipama numero dos (sobre la Av. Caracas)

Avocado el asunto por la junta, se decide hacer una propuesta de arrendamiento a almacenes éxito por la suma de veintidós mil pesos (\$22.000) por metros cuadrado, para un área aproximada de 4.261 M2.

La anterior lleva a iniciar la gestión de obtener la licencia de urbanismo del mencionado inmueble, para lo cual deberá contratarse los servicios de un profesional. (...)"

En la citada acta se dejó también anotado que la junta contó con la participación como directivo Guillermo Pardo Posse. Entonces, si su rol profesional fue igualmente de urbanista, no se entiende el porqué de dejarse acordado en la Junta Directiva la necesidad de contar con un profesional en dicho tema, siendo que el demandante no solo era apto para ello, sino dicha actividad ya la venía ejerciendo.

En actas de reunión de la Junta Asesora conformada por la extinta Solvida S.A. y de Pardo Morales y Cia S en C en Liquidación en la que si bien en una de ellas se anota que *"13.3. Participación Guillermo en diversas reuniones. Guillermo en diversas reuniones. Guillermo manifiesta que no ha tenido tiempo de verificar en su agenda, en la medida que es un proceso largo mirar día por día. De común acuerdo, se da plazo hasta el próximo 15 de noviembre del 2013."* (folios 87 y 88), pero no se dejó anotado que clase de actividad se le encomendó y si esto se hacía en su calidad de directivo o en su rol profesional.

Por la misma razón no es posible deslindar por alguno de los correos electrónicos allegados por la parte demandante las actividades desarrolladas por el demandante, o en sumo, la aceptación del representante legal de la empresa demandada de que lo fue así. Nótese que dichas piezas conducen a probar la solicitud que hizo el demandante para el cobro de los presuntos honorarios que aduce fueron dejados de pagar (folios 58 y 59), y la respuesta que se le otorgó a ello por parte de la representación legal de la sociedad, tal es el caso del correo electrónico a folios 56 y 57, en el que se dejó anotado:

"(...) En el archivo adjunto adiciono al final algunas reuniones, en la misma relación que fue enviada por Guillermo, el pasado 22 de noviembre del 2013, por primera vez. La gran mayoría son participación en reuniones y no tanto asesorías. En algunas no participo exclusivamente Guillermo, sino otros miembros de la familia. En amarillo señalo lo que no registra mi agenda"

En igual sentido, los demás medios de convicción vertidos al proceso no tuvieron la vocación de probar el nexo contractual, pues los testimonios practicados no lograron tal discernimiento en la medida que lo plasmado en ellos, en momento alguno desvirtuaban o aseveraban lo aducido tanto por la parte demandante como demandada.

Ello por cuanto la señora María Helena Pardo Posse, testigo de la parte actora, señaló que si conocía de las participaciones del señor Guillermo Pardo Posse en las múltiples reuniones externas a las juntas, encaminadas a tomar decisiones en las ventas de bienes en el mercado, dirimir conflictos de carácter técnico y económico con otras constructoras, en tanto que debió asistir a las asambleas ordinarias de cada año donde se trataban temas relacionadas con la venta de bienes inmuebles, mismas en las que participaba el actor. Además, como quiera que tenía propia oficina en la empresa obtenía conocimiento de los negocios y de los problemas técnicos en los que Guillermo trataba como asesor debido a su alta formación profesional en esos temas y lo hacía junto con el señor Alejandro Pardo, asegurando que ello lo hizo en su calidad de asesor y no como socio. Agregó que sus honorarios no le fueron cancelados al actor, tema que fue tratado en las asambleas de socios, quedando registro en acta del año 2009; que por la misma razón adujo que la Junta directiva dejó una reserva de \$60.000.000 para solventar estas obligaciones y las que puedan surgir a futuro.

Sin embargo, en lo concerniente al testigo Juan Guillermo Hoyos dijo todo lo contrario, debido a que este manifestó que en algún momento se nombró una junta asesora, que junto con el hacía parte el demandante, quien cumplía la labor de apoyar a la gerencia en su gestión, que por dicha labor se le pagó un salario mínimo legal vigente; que su actividad gravitaba en la liquidación de la empresa, sin embargo, el demandante no cumplía ninguna otra actividad, más allá a las de asistir a las asambleas de accionistas, siempre y cuando fuese invitado a esta, las cuales no superó más de cuatro. Manifestó que en dichas juntas el gerente compartía los resultados que se iban logrando dentro de la compañía, por lo que si había algo particular debía también transmitirse a la asamblea, agregando que las funciones de asesoría técnica, arquitectónica, ventas de activos y trámites en registro las realizaba el señor Alejandro Pardo.

Aclaró que dentro de la compañía en algún momento se presentó un inconveniente por cuanto Guillermo cobraba algunos dineros por asesorías o apoyos dados en las diferentes empresas de la familia, que generó discordia en tanto que no eran trabajos que habían sido autorizados, simplemente eran apoyos que daba a mutuo propio en ese momento. Posteriormente señaló que se nombró una comisión de tres personas, donde la asamblea estableció que conciliaran esa cuenta de las diferentes acciones que se habían realizado y se pasó una propuesta por \$7.000.000, aclarando que fue por un reconocimiento en el apoyo que había dado.

Por manera que los medios de persuasión reseñados en precedencia no permiten colegir con claridad acerca del contrato de prestación de servicios que prende la parte actora y si se cumplió a cabalidad, en tanto que tampoco se establece la gestión que realizó el actor dentro del mismo, y si estas fueron a título personal o en su condición de socio, haciendo notar sobre esto último, que de conformidad con el artículo 2145 del Código Civil, *"el negocio que interesa al mandatorio solo es un mero consejo que no produce obligación"*

En esa medida, como el actor no cumplió con la carga probatoria que le incumbía para así legitimar el cobro de los honorarios profesionales, esta Sala no puede imponer la condena perseguida, tal y como con acierto lo coligió el Juzgado de primer grado en la providencia apelada, imponiéndose su confirmación. Costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de marzo del 2019, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

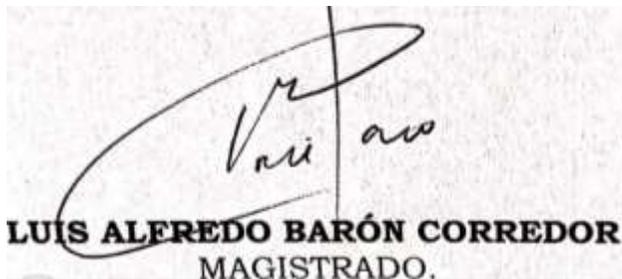
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: ANDRÉS DAVID GAITÁN BRICEÑO
DEMANDADO: SETIP INGENIERÍA S.A.
RADICACIÓN: 24-2017-00622-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: NIVELACIÓN SALARIAL

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. Andrés David Gaitán Briceño, instauró demanda ordinaria contra Setip Ingeniería S.A., con el propósito de que se condene a la demandada a pagar y cancelar como promedio mensual la suma de \$1.137.117, como promedio y diferencia salarial; la reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social, prestaciones sociales y vacaciones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 29 de septiembre de 2014, inició la relación laboral con la empresa demandada, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, para ejecutar las funciones de auxiliar de producción – junior, percibiendo por ello el salario mínimo legal mensual vigente, junto con un bono de campo por valor de \$20.000, teniendo como promedio salarial la suma de \$1.215.915; que la demandada suministraba para su transporte la suma de \$120.000 y \$150.000, cuando viajaba al departamento del Casanare, al igual, desayuno, almuerzo y comida.

Indicó que el señor Javier Yesid Bustos Acosta, ingresó a laborar para la empresa demandada en agosto de 2014, quien realizaba los mismos trabajos y labores del demandante, gozaba de la misma antigüedad e idoneidad, pero devengaba un salario promedio mensual superior, esto es, \$2.353.032, de modo que existiendo una diferencia salarial de \$1.137.117; que en igual sentido aconteció con el señor Lenin José Zabaleta Venera, sin embargo, a diferencia del otro devenga un salario promedio mensual de \$2.606.000. (fls. 34 a 40).

2. Contestación de SETIP INGENIERÍA S.A. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta. Sobre los supuestos fácticos refirió que el actor fue contratado como parte del Plan de Entrenamiento de Auxiliares de

Producción, puesto que para ese momento no cumplía con las competencias, ni el perfil para desempeñar tal cargo; por lo que fue contratado para ocupar el puesto de Auxiliar de Producción Junior, teniendo como salario promedio mensual, incluyendo bono de compensación en campo, la suma de \$1.126.254.

Refirió que el señor Javier Yesid Bustos Acosta ingresó a laborar el 29 de agosto de 2014, como parte del Plan de Entrenamiento de Auxiliares de Producción, mismo que cumplió a satisfacción el día 28 de diciembre de 2016, de ahí que fuera ascendido al citado cargo; situación ésta que no sucedió con el demandante, como quiera que realizó su plan de entrenamiento de manera esporádica, tal y como se lo permitía la operación en campo. Así mismo, arguyó que con respecto al trabajador Lenin José Zabaleta Venera, quien fue contratado el 24 de diciembre de 2013, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Producción, éste sí cumplía con las condiciones y requisitos del perfil para ocuparlo, pues contaba con 2 años de experiencia en puestos similares.

Bajo lo anterior, argumentó que la igualdad se predica entre iguales, no se puede predicar en este caso, al no existir identidad entre los trabajadores y por ende, tampoco habría lugar a la igualdad salarial que pregona el demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción e improcedencia de la indemnización moratoria o salarios donde no se prueba la mala fe del demandado. (fol.

67 a 73)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de julio del 2019, en el que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 29 de septiembre del 2014 al 30 de septiembre del 2017 y condenó a la demandada al pago de las diferencias salariales causadas, la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, las diferencias de los aportes al subsistema de Seguridad Social en pensiones y, costas procesales. (CD fol. 187)

Para arribar a tal decisión, señaló que de acuerdo el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, la remuneración debe ser proporcional al esfuerzo que conlleva la labor desarrollada por el trabajador, así como su experiencia, preparación, aptitudes para el cargo y sus conocimientos, estando prohibido al empleador fijar en forma caprichosa los salarios de sus trabajadores con miras a discriminar y/o desmejorar a unos o bien preferir a otros, estando las funciones desempeñadas en total igualdad.

De acuerdo con ello y luego a analizar el caudal probatorio allegado al plenario, indicó que el actor no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía en demostrar la igualdad de condiciones con relación a Lenin José Zabaleta, dado que el contrato de trabajo y la certificación aportadas, así como lo manifestado por los testigos por Fernando García, Diego Armando Rico, Antonio Castillo y Dora Rubiela Aldana y el interrogatorio de parte practicado al demandante, daban cuenta que no ocupaban el mismo cargo, no cumplían iguales funciones y no contaban con la misma experiencia laboral.

No obstante, señaló que con respecto al trabajador Javier Yesid Bustos el demandante si logró probar que realizaban idénticas funciones, tareas, que contaron con la misma experiencia y realizaban en igual cantidad y calidad el trabajo, por lo que concluyó de tal situación fáctica y probatoria, que al no encontrarse demostrado la existencia de un factor objetivo y una causal que justifique el trato diferenciado entre los dos trabajadores, en tanto que uno percibía mejor remuneración salarial que el otro, ascendió a la nivelación salarial, pero únicamente con respecto del salario básico devengado. (CD fol. 187)

4. Impugnación y límites del ad quem. La demandada en su apelación adujo que en efecto entre el demandante y el señor Javier Bustos, si existió igualdad en los cargos, ya que fueron contratados para desempeñar la misma función. Sin embargo, aclaró que el primero de ellos prestó sus servicios en una base, mientras que el señor Bustos lo hizo en el campo de servicios petroleros, hecho que se encuentra probado con el bono de compensación en campo pagado a este último. De modo que, refirió que mientras que el actor se encontraba en base y cumplía una jornada ordinaria de 48 horas de lunes a sábado, el otro estaba en campo bajo un esquema de turnos, el cual estaba aislado de ver a su familia durante los días que duraba el ciclo o turno; de ahí que no se encontrará probado la calidad de eficiencia, máxime que luego de superado el programa de capacitación, el señor Busto ascendió de cargo, lo que no sucedió con el demandante.

5. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido para el efecto, las partes guardaron silencio.

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 las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿El salario del actor debe nivelarse con el salario devengado por el Auxiliar de Producción de la demandada?

De la nivelación salarial

El artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127"*.

No obstante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que *"(...) es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica o sugeridas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad de trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral"* (SALA LABORAL CSJ RAD. 29.468 DEL 3 DE AGOSTO DE 2007)

Señala además, nuestra CSJ en la sentencia SL17442 del 2014, reiterada en la SL 15023-2016, frente al tema de la carga probatoria en este tipo de procesos, que al trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio *«a trabajo igual salario igual»*, le corresponde demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y al empleador le corresponde –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba–, justificar la razonabilidad de dicho trato.

Caso Concreto

En el presente caso está probado que el señor Andrés David Gaitán Briceño, desempeñó el cargo de "Auxiliar de Producción Junior", percibiendo una asignación salarial de \$616.000 y un bono diario de compensación; además la encartada no controvierte que el señor Javier Yesid Bustos Acosta, persona por la que se pretende la igualdad de condiciones, tenía identidad de cargo con referencia al demandante en la misma empresa. En tal contexto, lo que discute la empresa demandada para exonerarse de las pretensiones, es que la diferencia de salarios obedeció a un factor objetivo relacionado con la eficiencia en el desempeño del oficio, el lugar de trabajo y, la cantidad y calidad del trabajo.

Bajo tal contexto, se observa de las pruebas documentales el Manual de Perfil de Cargos en el que se expone que para el cargo de "Auxiliar de Producción" (folios 101 a 105), las funciones a desarrollar son las siguientes:

- Apoyar el arme y desarme de los equipos involucrados en una prueba de poso (Well Testing)
- Asistir al proceso de cargue de carro tanques.
- Asistir y colaborar con la recolección de información para la elaboración de los reportes operativos.
- Asistir y apoyar con la realización de los análisis y pruebas de laboratorio.
- Asistir y apoyar la operación de fiscalización de tanques.
- Asistir al proceso de toma de parámetros operativos de Presión, Temperatura, Caudales en todos los equipos de la facilidad instalada.
- Notificar al jefe inmediato cualquier eventualidad o novedad dentro del campo que pueda afectar la operación del pozo.
- Atender oportuna y efectivamente las emergencias operativas que se presenten en el área.
- Atender las demás funciones que sean asignadas por su jefe inmediato.

Para el desarrollo de dichas funciones, se observa que entre la empresa demanda y el señor Javier Yesid Bustos Acosta, se celebró "Otro Si No. 1" al contrato de trabajo, en la que se pactó, entre otro, que el lugar de trabajo sería en la Base principal de la empresa ubicada en el Municipio de Cota y/o Funza, entendiéndose por Base Principal *"el municipio en donde SETIP INGENIERÍA S.A. ejecuta operaciones de logística, mantenimiento y almacenamiento del domicilio principal de la empresa"*; y además, que por el perfil profesional del cargo, la prestación del servicio lo haría al igual en los centros de trabajo a nivel nacional e internacional.

En igual sentido, se estipuló en dicho contrato anexo, que el trabajador se obligaba a laborar la jornada ordinaria en los turnos y dentro de las horas señaladas por el empleador, no obstante, cuando se tratará de trabajo en campo por turno y distribución de horas, el trabajador se comprometía a laborar *"durante el esquema de turnos en un ciclo de catorce (14) días trabajados y siete (7) de descanso, el cual permite que cuando sea requerido, la duración de la jornada diaria pueda ampliarse en más de ocho (8) horas, o en más de cuarenta y ocho (48) semanales (...)"* (folios 112 a 115)

Ahora, se escucharon los testimonios de los señores Diego Armando Rivas Hoyos, Ramiro Antonio Castillo Bautista y Dora Rubiela Aldana Valero, quienes al unisonó manifestaron que el demandante en efecto fue enviado a ejecutar sus labores a campo, en diferentes municipios de Casanare y Putumayo, sin embargo, lo fue esporádicamente, pues casi siempre mantenía en la base de la empresa. Indicaron que el demandante fue contratado como auxiliar de producción junior y si bien cumplía funciones de "Auxiliar de Producción", lo hacía bajo supervisión, pues no contaba con la suficiente experiencia para desempeñar por sí mismo el cargo, de ahí que radicara

la diferencia con el señor Javier Yesid Bustos Acosta, quien si contó con la experiencia luego de que superara el término de dos (2) años que se requiere.

Dichas circunstancias expuestas no fueron desvirtuadas por los declarantes Fernando García Garzón y Libardo Alberto Pineda Piedrahita, quienes señalaron que si bien el demandante fue remitido a ejecutar labores de campo en los municipios de Tigana Villanueva – Casanare, Villa Garzón – Putumayo, cumplía horarios de 12 horas y realizaba funciones de auxiliares de producción, lo cierto es que ello no lo hacía en forma continua, sino cuando lo requería la sociedad demandada, función que desarrollaba bajo supervisión del operador o en presencia de un auxiliar con experiencia, advirtiendo el señor Libardo Alberto Pineda Piedrahita, que Javier Bustos contaba con más experticia, dado que ya tenía tiempo de estar laborando en la empresa.

La situación anteriormente descrita, fue corroborada por el demandante al ser interrogado por las partes y la juez de primer grado, pues aseguró no contar con la experiencia para desempeñar el cargo de "auxiliar de producción"; que realizó funciones de auxiliar junior en la base de Cota-Cundinamarca, pues lo enviaban hacer mantenimiento de equipos, pintar, organizar y otras actividades; que cuando empezó a laborar el señor Bustos Acosta, ya se encontraba ahí.

Así, los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que Andrés David Gaitán Briceño y el señor Javier Yesid Bustos Acosta desempeñaron las mismas funciones con salarios diferentes, sin embargo, ello lo fue por razones objetivas, dado que (i) el demandante lo hacía bajo supervisión de un auxiliar de producción; (ii) no contaba con la misma experiencia del otro trabajador; (iii) además, lo hacía en forma esporádica, es decir, cuando la empresa requerirá de sus servicios en campo, de tal suerte que la demandada cumplió con la carga probatoria pues acreditó que dichas funciones no se cumplían en idénticas condiciones de eficiencia, cantidad y calidad de trabajo.

Y es que conforme se observa en el Manual de perfil de Cargos, si se requería contar con dos años de experiencia en puestos similares para ocupar el citado cargo y así ejercer de forma técnica las funciones que demandaban, experiencia que si acreditó el señor Javier Yesid Bustos Acosta y no el demandante, pues sus actividades laborales las realizaba de forma permanente en campo por un periodo superior a dos años, sin supervisión y en turnos iguales de 14 días y 7 días de descanso, tal y como lo fue pactado en el Otro Sí con su empleador, lo que permite concluir que si existieron factores objetivos de diferenciación que justifican el ingreso diverso entre los trabajadores, como quiera que las circunstancias relativas a que el señor Andrés David Gaitán Briceño continuará devengando como "Auxiliar de producción junior", conlleva a su disímil experiencia y desempeño en la empresa, razones que impiden a la configuración de trato discriminatorio con el trabajador demandante materializado en diferencias remunerativas.

Por lo anterior, la Sala debe 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. Sin costas en la alzada.

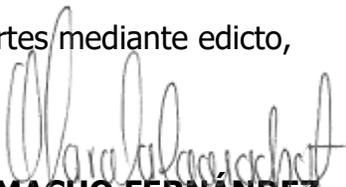
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: 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: Sin costas en la alzada.

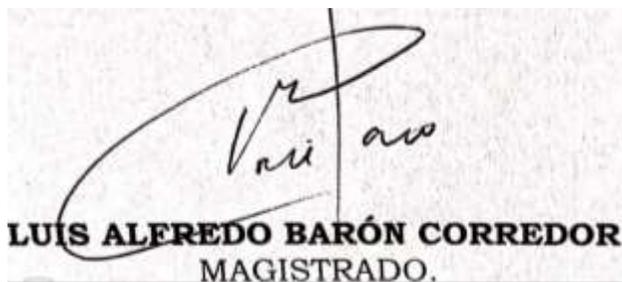
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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