



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOHANNA DEL PILAR MORENO GARCÍA
demandado: CAFESALUD EPS S.A. Y OTRO
Radicado No.: 12-2017-00178-01
Tema: ACREENCIAS LABORALES – RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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. Johanna del Pilar Moreno García instauró demanda ordinaria contra la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación y Cafesalud EPS SA, con el propósito de que se declare que con esta última existió un contrato de trabajo, cuyos extremos temporales se prolongaron desde el 27 de mayo de 1998 al 31 de enero de 2017; que la cesión del contrato de trabajo a término indefinido realizada el 23 de febrero del 2015 entre las demandadas vulnera sus derechos y garantías como trabajadora, le ocasionó desmejora de sus condiciones laborales y correspondió a una ficción porque la cesionaria desde el 23 de febrero de 2015 hasta el 31 de enero del 2017 actuó como simple intermediaria de la EPS; que desde el 8 de agosto de 2016 por disposición de la empleadora se negó su ingreso a sus instalaciones y la prestación de servicios.

En consecuencia, solicitó se condene a Cafesalud EPS SA y solidariamente a la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación a pagar los salarios sin prestación del servicio causado entre el 9 de agosto de 2016 hasta el 31 de enero del 2017, así como las primas de servicio, cesantía y sus intereses, 5 días de vacaciones del periodo entre el 27 de mayo del 2014 al 26 de mayo de 2015, y las causadas entre el 27 de mayo del 2015 al 31 de enero del 2017, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y aportes a pensión.

Como pretensiones subsidiarias pidió se declare que existe un contrato realidad entre la actora y Cafesalud EPS SA desde el 27 de mayo de 1998 al 31 de enero del 2017 y en consecuencia de ello, solicitó se dispusiera a su favor las pretensiones de orden condenatorio que se expusieron atrás como principales. Y en todo caso peticionó lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

En sustento de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró desde el 27 de mayo de 1998 al 31 de enero del 2017 para Cafesalud EPS SA, mediante un contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de coordinadora de marketing relacional. Indicó que el 23 de febrero de 2015 entre las demandadas realizaron cesión de su contrato de trabajo a término indefinido, sin embargo, la cesionaria actuó como simple intermediaria de la EPS accionada, en tanto que coordinó los servicios de la trabajadora la para ejecución de trabajos como coordinadora de marketing relacional, utilizando locales y herramientas para beneficio del empleador, en actividades ordinarias o conexas.

Advirtió que laboró en la vicepresidencia comercial y gerencia nacional de mercadeo de la EPS, que recibía órdenes y directrices de la Gerente Nacional de Mercadeo y publicidad y devengaba para el año 2016 la suma de \$5.150.000. Preciso que el 8 de agosto del 2016, por disposición de la EPS se le negó el ingreso a las instalaciones y, por tanto, no pudo prestar sus servicios, por manera que tampoco desde aquella data recibió el pago de sus salarios y prestaciones sociales, además, sus aportes pensionales fueron cancelados con un IBC de \$689.455.

Por último, añadió que el 31 de enero de 2017, Cafesalud EPS SA, por intermedio del liquidador de la simple intermediaria dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa. (fls. 131 a 157).

2. Contestación de demanda.

2.1. Cafesalud EPS SA. Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, argumentando que la actora prestó sus servicios personales mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de mayo de 1998 hasta el 28 de febrero del 2015, y no hasta el 31 de enero del 2017. Refirió que la cesión del contrato surtida entre las codemandadas se ajustó a los parámetros legales, y en ningún sentido vulnera los derechos de la demandante, toda vez que se celebró conforme a lo estipulado en los artículos 67 y siguientes del CST.

Aludió a que la actora prestó sus servicios hasta el 28 de febrero del 2015 y con posterioridad a IAC Gestión Administrativa, por lo que no se ha dado una simulación de lo actuado, toda vez que no se ha beneficiado de los servicios personales de forma directa ni tampoco a través de intermediarios. En su defensa propuso como excepción de mérito las de inexistencia de la obligación, prescripción, pago y buena fe. (fol. 190 a 213)

2.2. Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación. En su contestación se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, indicando que la demandante prestó sus servicios personales mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de mayo de 1998 hasta el 31 de enero del 2017 (SIC), desempeñando el cargo de Coordinador de Marketing Relacional.

Refirió que la cesión del contrato surtida entre las demandadas se ajustó a los parámetros legales, y en ningún sentido vulnera los derechos de la demandante, toda vez que se celebró conforme a lo estipulado en los artículos 67 y siguientes del CST. Como medios exceptivos de fondo propuso inexistencia de la obligación, prescripción, pago y buena fe. (fol. 278 a 289)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de marzo del 2020, en la que el fallador condenó solidariamente a las demandadas a pagar cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST y costas del proceso.

En lo que interesa al recurso de apelación, el A quo hizo alusión al contrato de trabajo celebrado con Cafesalud EPS SA y su otrosí, las certificaciones laborales expedidas en el año 2013 y 2014 por IAC Gestión Administrativa como outsourcing de información recursos humanos de la EPS y la cesión de contrato de trabajo entre las encartadas, sin que en este último haya existido un punto de deslinde funcional.

Indicó que el 31 de enero del año 2017 se dio la terminación del contrato de trabajo a la actora, comunicando IAC Gestión Administrativa, entre otras cosas, que el verdadero empleador fue en realidad con la EPS. Así, coligió que el empleador fue Cafesalud EPS SA, pese a que la cesión del contrato de trabajo tenga plena validez, considerando que no se desligó el aspecto funcional reclamado y reconocido por IAC Gestión Administrativa en tanto que determina puntualmente que las obligaciones funcionales jamás fueron desprendidas de la EPS, máxime cuando el perfil del cargo sigue existiendo a nombre y representación de aquella.

Esgrimió que las empresas demandadas pactaron la cesión del contrato de trabajo y le imprimieron efectos propios automáticos dentro de esa particularidad, luego tal pacto no supuso un quebrantamiento o menoscabo de derechos de la trabajadora. No obstante, precisó que existiendo el contrato de mandato lo que surge a partir de la validez de las relaciones jurídicas es una condición de solidaridad emanada del artículo 34 del CST, como también ha sido definida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 7789 de 2016.

En esa medida, dijo que la actividad ejercida por el contratista independiente, es decir, el cesionario del contrato, cubrió una necesidad propia del beneficiario, toda vez que siguió cursando el cargo de Coordinador de Marketing, específicamente las funciones directamente vinculadas con la ordinaria explotación del objeto social de la EPS. Agregó que hubo un proceso de intermediación indebida lo que también generaría responsabilidad solidaria, en tanto que en últimas fue determinar un proceso de intermediación laboral entre IAC que antes del año 2015 manejaba toda el outsourcing de recursos humanos, apareciendo posteriormente como verdadero empleador. (CD fol. 454)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Cafesalud EPS SA. Formuló recurso de apelación arguyendo que hubo un desprendimiento o deslinde funcional entre la actora y Cafesalud EPS SA en virtud de la cesión del contrato que celebró con IAC Gestión Administrativa. Lo anterior, en tanto que la promotora del litigio no prestó actividades de manera exclusiva para la entidad, sino para otras entidades, como Cruz Blanca EPS y Saludcoop EPS, circunstancia que omitió el A quo omitió y, por ende, el desprendimiento funcional. De otro lado, solicitó que se revoque la condena por despido sin justa causa, toda vez que la terminación del contrato no devino de Cafesalud EPS SA, en tanto que no era su empleador y operó la sustitución patronal producto de la cesión del contrato de trabajo que celebró, además, porque se situó en una serie de situaciones de índole administrativo por las cuales estaba pasando IAC Gestión Administrativa,

razón por la que no se le puede inculcar responsabilidad alguna. Además, que existía buena fe en su conducta, pues así se desprende de la suscripción del contrato de cesión, ello para enervar la indemnización moratoria que le fue impartida en su contra. (CD fol. 454)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito indicó que fue trabajadora de Cafesalud EPS desde el 27 de mayo de 1998 hasta el 31 de enero de 2017, desempeñando como último cargo el de Coordinador de Marketing Relacional. Además, observó una aparente cesión de contrato de trabajo entre Cafesalud EPS e IAC Gestión Administrativa, porque en el cuerpo de este, no hubo deslinde funcional de las actividades realizadas por la trabajadora; circunstancia, por la que el aparente cedente siguió con poder subordinante respecto de la trabajadora, presentándose en este caso, intermediación laboral prohibida por la ley.

6.2. Cafesalud EPS SA. Alegó en su favor que las pretensiones anunciadas por la parte actora no tienen vocación de prosperidad en cuando a lo que la entidad se refiere, toda vez que, tiene que ver con el reconocimiento de una relación laboral entre el 01 de marzo de 2015 al 31 de enero de 2017 a causa de una cesión de contrato es real con IAC Gestión Administrativa, tal como lo afirmó y confesó la parte actora en la contestación de demanda. Refirió que la demandante prestó sus servicios con la EPS entre el 27 de mayo de 1998 al 28 de febrero de 2015, por tanto, en ese periodo se tuvo una relación y la promotora del proceso ocupó un puesto de trabajo y a partir del 01 de marzo de 2015 se generó una relación laboral nueva con una empresa diferente y condiciones laborales que no regulo la EPS.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- ✓ ¿Se equivocó el juez de primer grado al tener por no probada la sustitución patronal como consecuencia de la cesión del contrato de trabajo de la actora y que celebraron las encartadas?
- ✓ ¿La cesión del contrato de trabajo es válida en tanto cumple con las exigencias jurisprudenciales exigidas para efectos de su eficacia?
- ✓ ¿Es dable revocar la condena sobre el despido sin justa causa, por cuanto al no ser el verdadero empleador, tampoco determinó el motivo que llevó a la terminación sin justa causa del nexo laboral celebrado con la actora?
- ✓ Además, ¿Se equivocó el Juez de primer grado al condenar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., sin valorar que no fue empleadora de la accionante, además, porque no tuvo en cuenta la existencia de buena fe en la suscripción de la cesión del contrato de trabajo, que al ser válida desvirtúa la presunción de mala fe?

Sustitución patronal e intermediación laboral

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 admitieron las demandadas en sus contestaciones de demanda, no obstante, como solo se acepta relación laboral con CAFESALUD EPS durante el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1998 al 28 de febrero de 2015 y con IAC Gestión Administrativa a partir del 1 de marzo del 2015, se entrará a verificar si con posterioridad a dicha data operó la figura de la sustitución patronal, que como lo señaló el apoderado de la parte demandada, tuvo lugar al cabo de la suscripción de la cesión de contrato de trabajo entre las codemandadas.

Ante tal panorama, lo primero que debe señalar la Sala es que conforme al artículo 67 del CST se entiende por sustitución patronal todo cambio de un patrono a otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios. Para que opere la sustitución de patronos es necesario que concurren tres requisitos: (i) cambio de patrono, que puede originarse en 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, (ii) continuidad de la empresa, se refiere a que continúe el giro ordinario de los negocios y (iii) continuidad del trabajador en el servicio, es decir, que el trabajador continúe prestando el servicio en la empresa, pues al tenor del art 68 del mismo estatuto sustancial. La sustitución no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

Frente a esta figura, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3001 de 2020, se citó el siguiente aparte:

"De acuerdo con este precepto, la sustitución de empleadores se configura cuando existe un cambio en la titularidad de la empresa, independientemente de cuál sea el negocio jurídico subyacente, y siempre que esta operación implique la continuidad de las actividades empresariales.

Por tanto, el cambio de titularidad de la empresa (sale un titular y entra otro respecto del mismo negocio), también conocido como sucesión de empresa (un empresario sucede a otro en la misma empresa) o transmisión de empresa (el titular anterior de la empresa la vende o traspasa a un nuevo titular) es un elemento ineludible para que la figura de marras se configure."

Además, en el referente jurisprudencial se indicó la diferencia que reside entre la tercerización laboral y la citada figura, acotando que:

"En la primera, el empresario «hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo» (CSJ SL467-2019), lo que usualmente se concreta a través de la figura de los contratistas y subcontratistas prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Luego, en la tercerización laboral, hay una externalización de tareas o, si se quiere, un traspaso de actividades de una empresa a otra, pero sin transferencia de la organización empresarial. Por ello, la empresa cesionaria puede reversar la actividad cedida o delegarla en otro contratista.

En cambio, en la sustitución de empleadores, no solo hay una transmisión de actividad; también se transfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por tanto, no hay sucesión de empresas si no opera este trasvase de los medios organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido.

Con fundamento en la normatividad legal y criterio jurisprudencial señalado, procede la Sala a analizar las pruebas allegadas al proceso, con el fin de dilucidar si en efecto se dan los presupuestos que configuran la figura de la sustitución patronal.

A folios 88 a 89, se allegó "*CESIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO ENTRE CAFESALUD EPS EPS (SIC) Y IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA*" celebrado el 23 de febrero del 2015. Allí se estableció que la primera de aquellas cedió a la segunda, a partir del 1 de marzo, el contrato de trabajo suscrito con Johanna del Pilar Moreno, cuya fecha de iniciación correspondió al 27 de mayo de 1998, haciendo notar que IAC sustituyó a Cafesalud EPS SA como titular de cada una de las obligaciones, derechos, acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato en mención. En la cláusula tercera del citado contrato se estableció que Cafesalud EPS SA se obliga para con IAC Gestión Administrativa a pagar a la empresa cesionaria los salarios, prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter económico laboral derivadas de la relación laboral causadas hasta el 28 de febrero de 2015. En consecuencia, se dispuso que a partir de aquella las acreencias laborales de carácter económico estarían a cargo de IAC Gestión Administrativa.

Surge patente de lo anterior, que la citada documental no conduce a probar que se hubiere presentado un cambio de patrono entre Cafesalud EPS SA y IAC Gestión Administrativa, al punto que tampoco se arrió 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) continuidad 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.

Obliga lo anterior a decir que, tal como lo concluyó el Juez de primer grado, la documental en precedencia es propia de la tercerización laboral, en la medida que la apelante quiso "*desprenderse de una actividad que antes ejecutaba directamente para entregársela a un tercero, es decir, externalizó o exteriorizó una gestión sin transferencia de establecimiento*" (SL 3001 de 2020), cuyos efectos, no son bajo la figura de la sustitución de empleadores, contrario a lo dicho por las codemandadas, sino, como se dijo, a la tercerización laboral a la que se alude la sentencia confutada.

Cesión de contratos de trabajo

Realizada tal precisión, corresponde a esta Colegiatura establecer si es válida la cesión del contrato de trabajo que se suscribió entre las codemandadas. En este punto, el A quo infirió que el citado contrato nació a la vida jurídica y, por tanto, es válido a raíz de que no quebrantó o no menoscabó derechos de la trabajadora. No obstante, consideró que, al no desligarse la actividad funcional de la trabajadora con la EPS, surge a partir de allí la solidaridad originaria del artículo 34 del CST.

Por su parte, la accionada, contrario a lo esbozado, indicó que, si se halla probado un desprendimiento o deslinde funcional entre la actora y Cafesalud en virtud del citado nexo contractual celebrado, como quiera la gestora del litigio no prestó actividades de manera exclusiva para la entidad, sino para otras entidades, como a Cruz Blanca EPS y Saludcoop EPS, de ahí que sea dable enervar su responsabilidad solidaria.

Sobre ese aspecto, cumple decir por la Sala que, aunque el CST no regula la cesión de los contratos de trabajo celebrados entre empresarios, no implica que deba *"existir objeción alguna para que, en la actualidad, en desarrollo de la libre negociación y dentro de un espíritu de respeto de las condiciones laborales adquiridas por los trabajadores, sea posible celebrar acuerdos de cesión de contratos de trabajo, en virtud de los cuales un empleador transfiera a otro los contratos suscritos con sus empleados, a fin de que a futuro estos queden a disposición de este último."* (SL3001 de 2020)

De ahí que para efectos de establecer su validez sea necesario hallar probada la concurrencia de los siguientes elementos estructurales, según se advierten de la misma sentencia:

"Aunque se trate de aspectos ínsitos o sobreentendidos de este tipo de acuerdos, no sobra mencionar que además del consentimiento expreso e inequívoco del trabajador en la cesión del contrato de trabajo, es indispensable que (i) no se menoscaben o desmejoren derechos (art. 53 CP, inc. final); (ii) el nuevo empleador sea un verdadero empresario que cuente con una estructura y organización productiva propia, es decir, con medios, personal y recursos suficientes para producir bienes y servicios, y (iii) que los trabajadores se encuentren bajo su ámbito de organización y dirección. Esto, porque la cesión de contratos de trabajo no puede utilizarse con fines defraudatorios o para dar lugar a situaciones de intermediación laboral ilegal, en las cuales la empresa cesionaria actúa como una persona interpuesta, encargada de suministrar trabajadores a la empresa cedente."

La citada tesitura es suficiente para concluir que la cesión del contrato de trabajo llevada a cabo con relación a la trabajadora hoy demandante, contrario a lo esgrimido por el Juez de primera instancia, es ineficaz, por cuanto no se cumplieron las condiciones para tal efecto. Lo anterior, si se tiene en cuenta que, aunque se dejó sentado en el pacto el consentimiento expreso e inequívoco de la trabajadora para el traspaso de una compañía a otra, tal asentimiento se desvanece en la medida que aquella no se encontró bajo el ámbito de organización y dirección de IAC Gestión Administrativa, sino, todo lo contrario por la EPS accionada.

Llama la atención de la Sala que de acuerdo con las documentales allegadas al plenario, específicamente en la carta de terminación del contrato de trabajo que obra a folio 106 a 108 del expediente, se dejó sentado que su vínculo laboral lo fue en realidad con Cafesalud EPS SA, debido a que *"era ésta sociedad la que tenía todas las potestades que surgen del poder subordinante, recibía el servicio personal que Usted prestaba y a su vez era la que garantizaba el pago de su remuneración, prestaciones sociales y parafiscales."*; afirmación que se ratifica con lo declarado en el interrogatorio de parte por el representante legal de IAC Gestión administrativa, quien a su vez indicó que la realidad laboral de la actora era que IAC *"tenía muy poquitos empleados directos"* y la *"señora trabajaba como coordinadora para Cafesalud EPS"*.

Exposición que es coherente con lo esgrimido por la trabajadora al señalar que desempeñó actividades exclusivas para la EPS, situación, que a su vez desvirtúa los

argumentos esbozados en la apelación, en tanto que si bien la actora indicó que realizó algunas actividades laborales para el grupo SaludCoop, también lo es que al ampliar su respuesta refirió que manejó sus bases de datos en la medida que los usuarios de la citada EPS pasaron a Cafesalud EPS.

Además, otro aspecto que advierte la Sala es que, el perfil del cargo que realizó la actora se encontraba habilitado en la EPS con posterioridad a la fecha en que se suscribió la cesión del contrato de trabajo (fol. 90 y 91) e incluso nótese que la determinación para concluir el vínculo laboral provino básicamente de la EPS, al señalarse en la carta de despido la decisión unilateral de esta para el finiquito del contrato de mandato con representación celebrado entre las codemandadas.

Todo ello demuestra que la activa continuó con la prestación del servicio a favor de Cafesalud EPS SA, además, que las labores nunca resultaron extrañas a las actividades normales de la EPS, al punto que fue una necesidad específica de la EPS la labor desempeñada, misma que como se vio determinó la finalización del vínculo laboral de la actora.

En conclusión la estipulación de cesión del contrato de trabajo se hizo sin los parámetros establecidos jurisprudencialmente para tenerla como válida, siendo esencialmente *ineficaz*. Por la misma razón la empresa IAC Gestión administrativa no se subroga en la posición de empleador, por manera que, como lo apuntó el Juez de primer grado, el verdadero empleador de la accionante fue Cafesalud EPS y, por tanto, la demandada IAC Gestión administrativa, paso hacer una simple intermediaria, siendo responsablemente solidaria de las obligaciones laborales de la trabajadora, aunque por las razones aquí esgrimidas.

Lo anterior es más que suficiente para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de apelación.

Indemnización por despido sin justa causa

Frente a esta petición, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostró la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, 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 variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así en cuanto al modo en que terminó la relación laboral, el causal probatorio da cuenta válidamente que su finalización no correspondió a ninguna de las causales previstas por el ordenamiento sustantivo laboral para tal efecto, entre otras, porque así se dejó sentado en la comunicación que data del 31 de enero del 2017 suscrita por IAC Gestión Administrativa, a quien además se descartó de plano como empleadora la actora, de modo que no encontrándose justificación alguna para dar por terminada la relación laboral, deberá ser indemnizada conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 *ejusdem*, tal como lo determinó el A quo. Ante tal panorama se sigue mantener la decisión que se tomó sobre este aspecto.

Indemnización moratoria

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

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

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento de que actuó con fundamento en la cesión del contrato que realizó con la codemandada, cuando es evidente que la dadora de laborio quiso de forma indebida utilizar tal figura jurídica, ocultando la existencia de una verdadera relación laboral, su continuidad en el tiempo, los elementos de subordinación y dependencia, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

En consecuencia, se considera que el fallador de primera instancia no se equivocó al dar por acreditada la mala fe del empleador; por tanto, este aspecto también se mantendrá incólume.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Cafesalud EPS SA y a favor de la actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

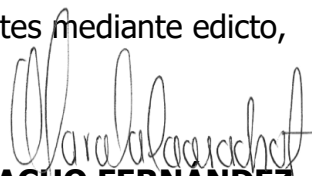
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

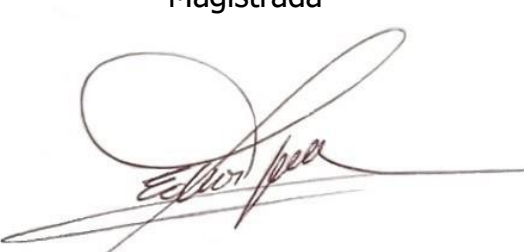
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de marzo del 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Cafesalud EPS SA. Las de primera, se confirman.

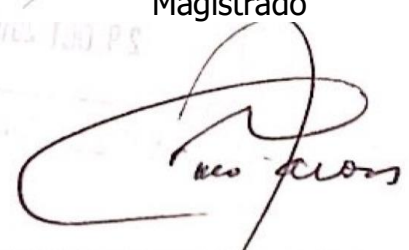
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

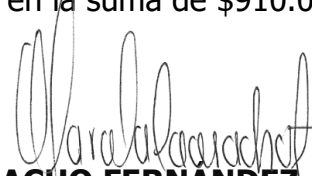


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Cafesalud EPS SA en la suma de \$910.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIME MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Demandado: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS
Radicación: 24-2017-00329-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA – CÁLCULO ACTUARIAL-MODIFICA Y REVOCA PARCIALMENTE.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda.

1.1. Pretensiones: Jaime Martínez Martínez instauró demanda ordinaria contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, con el propósito de que se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA.

En consecuencia de dicha pretensión de orden declarativo solicitó se condene a Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante a expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado; a Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota a pagar a la AFP Porvenir SA el título pensional o cálculo actuarial; a la citada AFP tener en cuenta el tiempo laborado por el actor para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez o devolución de saldos.

Así mismo, peticiona que se condene a todas y cada una de las demandadas a pagar perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial de conformidad al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, los cuales se estimó en 100 SMMLV, intereses de mora, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

- A la pretensión tercera declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, de las obligaciones pensionales en favor del demandante. En consecuencia, se condene a la citada demandada a pagar a la AFP Porvenir SA el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante.
- A la pretensión tercera y novena peticiona que se declare la responsabilidad subsidiaria de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público como titular jurídico de la Cuenta – Fondo Nacional del Café de las obligaciones pensionales en favor del actor. En consecuencia, se condene a la cartera ministerial a pagar a la AFP Porvenir SA el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante.
- A la pretensión sexta se condene a todas y cada una de las demandadas a pagar las sumas debidamente indexadas.

1.2. Sustento fáctico de las pretensiones.

Luego de indicar lo que fue de la situación jurídica de la Flota Mercante, liquidación y su terminación, así como las acciones para la inclusión del cálculo actuarial de los trabajadores de la citada entidad, señaló que cuenta con 59 años, casado actualmente con la señora Ana Lucia Medina Luna, quien cuenta con la edad de 55 años. Sostuvo que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana SA hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de diciembre de 1981 al 26 de junio de 1990.

Informó que dentro de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA funciona la organización sindical UNIMAR, la cual actualmente tiene vigente la personería jurídica; que entre esta y el sindicato firmaron convenciones colectivas de trabajo, entre esas, la convención colectiva del 21 de mayo de 1988 hasta 20 de mayo de 1991, de la cual aduce ser beneficiario por encontrarse a paz y salvo con el tesoro sindical.

Señaló que el último cargo desempeñado fue el de Segundo Limpiador a bordo de los buques de la Flota Mercante Grancolombiana y respecto del salario, adujo que está compuesto por los factores salariales señalados en la convención colectiva vigente del 2 de marzo de 1988 hasta 1 de marzo de 1991, el cual se compone, según la liquidación de prestaciones sociales, así:

- Salario básico mensual de US 398.33 dólares americanos.
- Prima de antigüedad del 14% correspondientes a US 69.04 dólares americanos.
- Horas extras US 85.73 dólares americanos.
- Salario en especie (alimentación y alojamiento) US 210.60 dólares americanos.
- Viáticos nacionales, internacionales y suplementos US 6.30 dólares americanos.
- Incidencia de las primas extralegales donde el 8.33%, correspondiente a US 66.88 dólares americanos.

Por lo que el promedio salarial mensual correspondió a la suma de US 869.55 dólares americanos, el cual, convertido a salario en pesos colombianos al 26 de junio de 1990, ascendía a la suma de \$435.374.

Por último, arguyó que estuvo afiliado al Seguro Social, cotizando 31 semanas, además, que su empleador no efectuó sus aportes pensionales desde el 28 de diciembre de 1981 al 26 de junio de 1990. Señaló, que se encuentra afiliado a la AFP Porvenir SA, y esta a su vez no ha reclamado el bono pensional por el tiempo laborado en la Flota Mercante. (Cuad. 1, fls. 1 a 14)

2. Contestación de la demanda.

2.1. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que las mismas son ajenas a las obligaciones del Contrato de Fiducia Mercantil No. 3-1-0138 de 2006, por lo cual, se debe estar sujeto a la ley del contrato. En lo atinente a los hechos señaló ser ciertos los enlistados en los numerales 1.41 al 1.43 y 3.8. y, los demás adujo no constarles o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de abrogación indebida de potestad legal, indebida pericia sobre perjuicios, inexistencia de la relación jurídica, inexigibilidad de la prestación, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad legal y contractual de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación, inexistencia y falta de pruebas de los perjuicios morales y materiales, prescripción y genérica. (Cuad.2 fls. 676 a 686).

2.2. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos 3.22 y 3.32 y respecto de los restantes manifestó no constarle. En su defensa expuso que de conformidad con la Ley 100 de 1993 no actúa como administradora de pensiones, ni participó en el proceso de liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante que adelanta la Superintendencia de Sociedades; como tampoco fue accionista ni ejerció control sobre esta, la cual es una persona jurídica que no tiene carácter de entidad descentralizada, por lo que no puede responder por las pensiones de dicha Compañía. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de obligación alguna, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y genérica. (Cuad.2 fol. 708 a 721).

2.3. Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA. En su respuesta no se opuso ni se allanó a las pretensiones principales enlistadas en los numerales 1° al 3°, así como a las subsidiarias 9° a 12°. Respecto de las demás se resistió argumentando que la responsable en principio por el título pensional correspondiente a los tiempos laborados por el actor sería la Flota Mercante Grancolombiana en calidad de empleadora. No obstante, en la medida en que dicha compañía fue liquidada, adujo que sería responsabilidad de las codemandadas. Propuso como excepciones de fondo las de falta de causa en las pretensiones de la demanda, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, ausencia de prueba efectiva de daño, inexistencia del daño alegado y genérica. (Cuad.2 fol. 729 a 749)

2.4. Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Se opuso a las pretensiones de la demanda, a excepción de la pretensión de orden declarativo, argumentando que actúa como mandataria con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014, por lo tanto, es un abrupto atribuirle calidad distinta. Indicó que el promotor del proceso no le asiste derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial y como consecuencia de ello el traslado del bono pensional o cálculo actuarial, dado que durante el periodo en el que prestó los servicios a favor de la Liquidada CIFM no existía obligación legal y forzosa

de afiliación para los trabajadores marítimos, además, por cuanto a que el ISS solo asumió el riesgo mediante la Resolución No. 03296 del 2 de agosto del 90, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad.

En relación con los hechos, señaló ser ciertos el 1.11., 1.27, 1.30, 1.34 a 1.43, 2.10, 2.11, 2.16., 2.17, 2.21 a 2.23, 3.1., 3.4., 3.14, 3.15. 3.22, 3.26 a 3.28, y los restantes manifestó no constarles o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos IVM, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional de la demandante, ausencia del supuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, genérica, oposición a la condena y los presuntos perjuicios irrogados al demandante. (Cuad. 4 fol. 759 a 775).

2.5. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Se opuso a la totalidad de pretensiones tanto declarativas como condenatorias principales y subsidiarias, argumentando que el actor nunca fue trabajador de la entidad gremial, además, que la presunción legal no opera respecto de la totalidad de elementos de la responsabilidad subsidiaria. Aceptó los hechos 1.1. al 1.6, 1.9, 1.10 y negó los demás. Propuso como excepciones de mérito las de ausencia de responsabilidad subsidiaria, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa, cosa juzgada, pago, compensación y genérica. (Cuad.2 fls. 787 a 813).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Cuad.2, fol. 647); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de marzo del 2021, en que la falladora declaró que entre el actor y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA existió un contrato de trabajo entre el 28 de diciembre de 1981 y el 26 de junio de 1990. De esa forma, condenó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, realizar el respectivo cálculo actuarial, por concepto de aportes para pensión del demandante, correspondiente al tiempo que no estuvo afiliado a pensiones por la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. desde el 28 de diciembre de 1981 y el 26 de junio de 1990, con base en el salario certificado por la Fiduprevisora y Asesores en Derecho SAS, del que se debe correr traslado a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y a Asesores en Derecho SA en su calidad de mandataria con representación de Panflota.

Ordenó a la Fiduciaria La Previsora SA, en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, remitir al Fondo de Pensiones, en el término de 20 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, toda la documentación necesaria y certificación del salario devengado por el demandante con todos los factores salariales mes a mes. Determinó que Asesores en Derecho SA, en su calidad de mandataria con representación de Panflota, realizará el respectivo acto administrativo que ordene el pago del cálculo actuarial a la AFP PORVENIR SA. Condenó a la Fiduciaria La Previsora SA, en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, realizar el pago de los aportes a pensión del actor por el periodo comprendido entre el 28 de diciembre de 1981 y el 26 de junio de 1990, previo cálculo actuarial realizado por Porvenir SA, sin tener en cuenta los siguientes tiempos de licencia no remunerada:

- 22 y 23 de noviembre de 1982

- 28 y 29 de diciembre de 1982
- 20 y 21 de septiembre de 1984
- 30, 31 de diciembre de 1985 y 1 de enero de 1986
- 5 de agosto de 1985
- 29 y 30 de octubre de 1985
- 02 de enero a 18 de febrero de 1985
- 18, 19 y 20 de diciembre de 1986
- 23 a 25 de febrero de 1988
- 2 a 4 de enero de 1988
- 9 a 11 de febrero de 1989.

Declaró que la demandada Federación Nacional de Cafeteros, como administradora Nacional del Fondo del Café es responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial por aportes a pensión a favor del promotor de la litis, en su calidad de matriz o controlante de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana, y en consecuencia, la condenó a reconocer y pagar el cálculo actuarial por los aportes pensionales, siempre que la Fiduciaria La Previsora SA, en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, no cuente con recursos económicos para asumir tales obligaciones, las cuales serán cubiertas entonces, con recursos del Fondo Nacional del Café. Por último, condenó en costas a las demandadas, a excepción de la AFP Porvenir SA y La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En lo que interesa a los recursos de apelación formulados por las partes, señaló en primer lugar que el problema jurídico se circunscribe a determinar si el promotor de la litis fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., y en esa medida, si le asiste derecho al pago del bono pensional y/o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la citada compañía, además, *"si se debe condenar a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y/o devolución de aportes, perjuicios morales y materiales."*

Así las cosas, luego de referirse sobre las pruebas allegadas al plenario, sostuvo que se encontraba demostrada la relación laboral pregonada, conforme al contrato de trabajo, aviso de retiro y certificación laboral allegados al proceso. Además, halló acreditado que el actor estaba afiliado a la organización sindical UNIMAR y, por tanto, se beneficiaba de las convenciones colectivas y laudo arbitral existentes en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA.

En punto al tema del pago de aportes a seguridad social en fecha anterior a la cobertura gradual del ISS en el territorio nacional, hizo alusión a que la obligación de las empresas frente a la afiliación de sus trabajadores en el ISS no fue inmediata, sino, que inició de manera gradual en la medida que aquel Instituto fue extendiendo su cobertura en el territorio nacional y en diferentes industrias. Recordó que la inscripción al régimen de los seguros sociales para los trabajadores del mar, de conformidad con la Resolución 3292 del 2 de agosto de 1990, inició el 30 de agosto del mismo año, no obstante, aludió a que tal situación no releva al empleador de la obligación pensional frente a sus trabajadores.

Conforme a ello, destacó lo establecido en la Ley 90 de 1946, misma que estableció el seguro social obligatorio y creó el Instituto de los Seguros Sociales, así como el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para significar que en efecto por el periodo no cotizado y laborado por Jaime Martínez Martínez para la Flota Mercante Gran Colombiana SA, del 28 de diciembre de 1981 al 26 de junio de 1990, se deriva la obligación de pagar los aportes a pensiones a su favor

y hacía la administradora de pensiones a la que se esté vinculado, reiterando, en tanto que ese tiempo sin cobertura del ISS para los trabajadores del mar, no libera al empleador de la carga que le correspondía.

Así las cosas, concluyó que debía ordenar el pago del cálculo actuarial, en los términos del inciso 2° del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual estará representado por un bono o título pensional calculado conforme lo dispone los Decretos 1887 de 1994 y Decreto 1748 de 1995. En lo atinente a su liquidación refirió que se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor y los salarios devengados mes a mes desde 28 de diciembre de 1981 al 26 de junio de 1990, sin embargo, respecto de los salarios no podría establecerse lo devengado a raíz de que las documentales aportadas no tenían la suficiencia claridad para tal aspecto, por lo que debía ordenar a la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota certificar los mismos, incluyendo como factores salariales la prima de antigüedad, horas extras, alimentación, alojamientos y viáticos, sin que de manera alguna exceda el tope establecido por el citado Decreto.

Ahora, sobre la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, vigente para el momento en que se ordenó la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y a las sentencias C – 510 de 1997 y SU – 1023 de 2001, por manera que acotó que se debe presumir que la liquidación obligatoria de la citada Compañía, lo fue con ocasión de la subordinación respecto a la Federación Nacional de Cafeteros como Administradora del Fondo Nacional del Café, lo que significa que al ser la matriz o controlante dicha entidad deberá asumir sus obligaciones, toda vez que no acreditó que la insolvencia de la sociedad liquidada fue por una causa diferente, más aún cuando no se logró desvirtuar dicha presunción con el estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., ni con ninguna de las otras de las pruebas anexadas.

Refirió que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no le asiste responsabilidad frente al pago del cálculo actuarial, en tanto que esa obligación se encuentra a cargo de la Fiduprevisora, en primer término, con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo Panflota, en el evento de agotarse o ser insuficientes debe responder la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café.

De otro lado, agregó que los artículos 64 y 68 de la Ley 100 de 1993, establecen que el afiliado tendrá derecho a una pensión de vejez, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo. No obstante, refirió que como en el caso bajo estudio no se cuenta con el valor del cálculo actuarial, no es posible establecer si el demandante es beneficiario de la pensión de vejez o si por el contrario tiene derecho a la devolución de aportes. En tal virtud, dispuso que la AFP Porvenir SA, una vez reciba el pago del cálculo actuarial, debía realizar el estudio para el reconocimiento de la pensión de vejez del actor. (Cuad.5 Cd. fol. 1996).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación de forma parcial indicando que para establecer el salario base de liquidación del bono pensional debía tenerse en cuenta que las primas extralegales son salario, pues basta

con remitirse al pacto de Nueva York suscrito en 1965 donde de manera precisa se aceptó por las partes darle tratamiento como salario y, es por lo que lo discrimina en la liquidación final de prestaciones sociales.

Indicó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que las normas que se deben aplicar son las vigentes, por lo que no se puede hacer una mezcolanza de las leyes que rigen el fondo de pensiones privados y Colpensiones, sino, con los parámetros de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1887 de 1994, que indica que para tiempos anteriores a 1993 se debe liquidar con el último salario devengado. Refirió que las licencias no se deben descontar para los tiempos en el pago de la seguridad social en tanto que el empleador debe cancelar esos tiempos, aun en huelga. Señaló que debía acceder al reconocimiento pensional y los intereses moratorios, en la medida que es procedente teniendo en cuenta los ahorros y el bono pensional que tenga derecho el trabajador. Además, indicó que la AFP Porvenir SA, debió estudiar la pensión de vejez, de conformidad con el Decreto 656 de 1994, entre otros.

Por otro lado, consideró que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe estar ligado al proceso, en la medida que el Fondo Nacional del Café no dé cumplimiento a la sentencia, siendo la Nación la que cubra las contingencias, en cumplimiento al proyecto de Ley que cursa en el proceso. Aunado que deben las demandadas, en cumplimiento al artículo 365 del CGP, pagar las costas del proceso, no en un salario mínimo legal, sino con base en el bono de más de \$400.000.000, debiéndose modificar el valor. (Cuad.5 Cd. fol. 1996).

5.2. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. En su apelación indicó que no está facultado para expedir certificaciones laborales, pues así se advierte de la lectura del Contrato de Fiducia Mercantil No. 3-1-0138 de 2006, resultando imposible asumir una carga que no está contemplada en el citado nexo contractual. Esgrimió que la Sala Laboral de este Tribunal ha condenado de manera directa a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café, al reconocimiento y pago de los derechos pensionales de los trabajadores de la extinta Flota Mercante, por lo que solicitó que se siga el mismo criterio, para resolver el presente asunto.

De otro lado, esbozó que el A quo dio un alcance indebido al contrato de fiducia mercantil, puesto que el patrimonio autónomo no tiene obligación de realizar el pago del cálculo actuarial reconocido en procesos judiciales. Aludió que si bien la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café le asiste la responsabilidad subsidiaria en la medida que no desvirtuó la presunción legal prevista en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, si hubo un error del A quo al aplicar las consecuencias de dicha norma, dado que se condenó de forma principal al patrimonio autónomo y subsidiariamente a la Federación, por lo que a esta última le corresponde asumir las obligaciones de forma principal.

Finalmente, aunque dijo que no era materia de alzada, si solicitó la revocatoria de las costas impuestas en su contra, en tanto que no aparecían probadas dentro del plenario, además, por el A quo no motivó su decisión cuando dispuso su condena. (Cuad.5 Cd. fol. 1996).

5.3. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Refirió en su alzada que el artículo

33 de la Ley 100 de 1993 en ningún caso debió ser el referente para tomar la decisión, en tanto que allí se señala que únicamente se tendrán en cuenta para la conformación del capital los tiempos de servicio de los trabajadores que se encontrarán vinculados a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante al desvincularse en el año 1990, no le es dable aplicar la norma, a más porque así lo indicado la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En esa medida indicó que se está ordenando el pago de un título pensional a una administradora del régimen de ahorro individual que ni siquiera para la vigencia de la relación laboral existía, máxime cuando se pretende erróneamente la aplicación del Decreto 1887 de 1994, para liquidar el título pensional, mismo que es eminentemente sancionatorio, ya que con él se pretende castigar al omiso, situación que no ocurre en este asunto, en tanto que no hubo omisión, sino un vacío legislativo de aquel vínculo laboral que nació con anterioridad a la Ley 100 de 1993. Aludió que debía en la liquidación del cálculo actuarial descontarse la porción que se encuentra a cargo del trabajador en un 25%, además, que debía tenerse en cuenta los topes de cotización para aquella data y el salario base devengado, acotando, que no puede tenerse en cuenta ninguna de las primas extralegales devengadas como factor salarial, de conformidad con el artículo 127 del CST, ni se debería indexar el salario, en tanto que se encuentra en dólares.

De otro lado, atendiendo a la figura de la responsabilidad subsidiaria mediante la cual se fulminan las condenas en su contra, adujo que todas las pruebas aportadas al proceso permiten desvirtuar la presunción contenida en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, como quiera que la situación de insolvencia de la Flota haya provenido en beneficio de la operación como administradora del Fondo y en perjuicio de la Compañía. Agregó que aportó pruebas documentales, mismas en las que se daba cuenta que la situación fue ajena a los accionistas y que su operación iba en pérdidas durante más de 20 años, todo lo cual permite socavar la presunción legal.

Ultimó que frente al principio de congruencia la responsabilidad que se pregonaba en su contra se propuso como pretensión subsidiaria de la pretensión principal tercera de la demanda, misma que prosperó, por lo que no se podría ser analizar por el Juez, evidenciando que su estudio se dio por las facultades ultra y extra petita, aspecto que no tiene cabida en tratándose de responsabilidades. (Cuad.5 Cd. fol. 1996).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Alegó en su favor que la Flota Mercante si tenía la obligación legal de inscribir a sus trabajadores, por el llamamiento que hizo el ISS mediante Acuerdo No. 257 de 1967. Sostuvo que para la liquidación del cálculo actuarial se debe tomar el último salario que devengó el trabajador, es decir, para el caso en concreto el señalado en las prestaciones sociales. Refirió que este Tribunal ha indicado que en cumplimiento a los artículos 51, 52 y 53 del CST, en concordancia con las sentencias C-993-2000 y C-1039-2000 en los periodos de licencias y suspensión del contrato no son descontables para la seguridad social. De otro lado afirmó que de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público se probó en el expediente que es el titular de la cuenta Fondo Nacional del Café, es decir, es el Estado Colombiano, por ello debe continuar como demandado. Finalmente, acotó que se debe aumentar el valor de las costas procesales.

6.2. Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En su escrito solicitó se confirme la sentencia de primer grado, por considerar ajustada a la legalidad.

6.3. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. En sus alegaciones sostuvo que debe aplicarse la regla de derecho fijada por la Sala Plena de la Corte y desarrollada entre otras, por las sala primera y sexta de decisión de tutela, según la cual, al no existir obligación legal, no le corresponde al empleador efectuar aprovisionamiento alguno para el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Subsidiariamente y en caso de que, se pretenda para un caso concreto inaplicar la disposición de la Ley 100 y la interpretación que de ella efectuó ese Tribunal, se deberán tener en cuenta los criterios establecidos en las sentencias T-435/14, T-543/15 y la T-281/20, lo anterior a efectos de no vulnerar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los empleadores que no estando obligados se ven constreñidos a cumplir judicialmente con una norma aplicada de manera retroactiva, en contravía de una disposición legal, de la ratio decidendi de una sentencia de constitucionalidad y del principio de coherencia interna o jurisprudencial.

Finalmente, indicó que sólo administra el denominado Fondo Nacional del Café, cuenta especial que se encuentra constituida con recursos públicos de destinación específica, es decir, parafiscales, que deben utilizarse de manera exclusiva en beneficio del sector, gremio o grupo que los tributa, y de señalar que a la Federación en su condición de socio mayoritario de la CIFM, no se le puede imponer obligación de carácter patrimonial por no existir ninguna clase de relación laboral ni contractual con los empleados de ésta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- i) ¿Se equivocó la juez de primer grado al condenar el pago del cálculo actuarial con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, por el tiempo en que estuvo vinculado a la antigua Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA., a pesar de no existir la obligación de efectuar aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por cuanto los trabajadores marítimos fueron llamados a inscripción a partir del 15 de agosto de 1990?
- ii) De ser negativa la respuesta, debe determinarse ¿Cuál es el ingreso base salarial para liquidar el cálculo o reserva actuarial reclamado por el actor con ocasión al tiempo laborado en la citada Flota Mercante?
- iii) ¿La A quo erró al ordenar a la demandada sufragar la totalidad del título pensional, sin tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 le impuso al trabajador contribuir proporcionalmente en la cotización?

- iv) ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café o de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público?
- v) ¿La juzgadora primigenia quebrantó el principio de congruencia al condenar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, ante la prosperidad de la pretensión principal que se dirigió en contra de la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota?
- vi) ¿El demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez, en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios?
- vii) ¿La a quo quebrantó el principio de congruencia al adentrarse al estudio del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin que aquella pretensión hubiere sido solicitada por el actor en el proceso?
- viii) ¿Hay lugar a imponer costas procesales en contra de la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota o, por el contrario, hay lugar a aumentarlas, como fue solicitado por la parte actora?

Contrato de trabajo

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, sobre la relación laboral y el hito inicial se corroboran con el contrato de trabajo, visto en cuaderno 1, folios 542 a 544, mismo que da cuenta que entre el señor Jaime Martínez Martínez y Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, se inició una relación de índole laboral el 28 de diciembre de 1981, la cual terminó el 26 de junio de 1990, conforme se observa con el aviso de retiro y certificación laboral expedido por la misma Compañía (Cuad.2 fol. 545 y 546).

Acotando que, en lo atinente a la relación laboral, su temporalidad y salario devengado ya fue tema de discusión entre las partes ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mismo que en audiencia especial de conciliación celebrada el 4 de julio de 1990, dejó por sentado que entre las partes existió relación laboral desde el 28 de diciembre de 1981 al 26 de junio de 1990, devengando como último salario el determinado en la liquidación final de prestaciones sociales. (Cuad.5, cd. a fol. 1956).

Existencia del sindicato y su afiliación

La existencia de la organización sindical denominada **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE MARÍTIMO Y FLUVIAL "UNIMAR"**, de primer grado e industria, fue acreditado con el certificado expedido el 25 de enero del 2017 por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo, el cual milita a folio 547 del 2º cuaderno. Adicionalmente, se halla probada la afiliación del demandante a la citada organización sindical, pues a folio 612 del mismo cuaderno se observa certificación expedida por el presidente de **UNIMAR** que da cuenta que el actor se encontraba afiliado en virtud del contrato de trabajo suscrito con la Compañía

de Inversiones de la Flota Mercante S.A., liquidada, antes Flota Mercante Grancolombiana S.A., encontrándose a paz y salvo.

Sobre el salario devengado en vigencia de la relación laboral

La parte demandante, pretende que, para liquidar el cálculo actuarial ordenado por la A quo, la entidad correspondiente deba tener en cuenta el salario base junto con los factores salariales a que hace alusión la liquidación final de prestaciones, dentro de la cual se aduce para efectos prestacionales la prima legal y extralegal de la cual se beneficiaba.

Dado que el ataque formulado contra la sentencia de primer grado también se centra en el salario devengado al momento de su retiro, basta con decir que sobre tal aspecto operó el fenómeno de cosa juzgada, lo que impide a esta Sala su pronunciamiento, de ahí que al igual se evidencie un yerro en la decisión de la falladora de primera instancia. Cumple recordar que la conciliación es un medio alternativo de resolución de conflictos mediante el cual, dos o más personas solucionan por sí mismas sus controversias, bajo la supervisión de un tercero neutral y calificado; es un acto en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica en donde su consentimiento y voluntad están encaminados a dar por terminado un conflicto o a preverlo, en esa medida y por tratarse de un acto jurídico tiene consecuencias sustanciales, que no son otras que hacer tránsito a cosa juzgada y prestar mérito ejecutivo. En este orden, la conciliación tiene iguales efectos que una decisión judicial.

Sobre tal aspecto, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha señalado en sentencia SL 18096-2016, reiterada en providencias SL 11339-2017, SL 8301-2017 y SL 8564-2017, que:

“Cuando se dice que el acta de conciliación hace tránsito a COSA JUZGADA, se está asegurando que no podrá adelantarse contra ella acción judicial posterior con el fin de revivir los asuntos conciliados. De hacerse, el Juez deberá declarar probada, aún de oficio, la excepción de cosa juzgada. Esto debido a que el acta de conciliación tiene la misma fuerza obligante de una sentencia.”

Frente a lo dicho y de cara a la conciliación que se llevó a cabo ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá y que se anotó en precedencia, fuerza concluir que sobre el salario devengado por el actor ya existe determinación por las partes que impide pronunciamiento al respecto, de allí que no sea procedente, revivir una discusión que se agotó plenamente en un proceso anterior que hizo tránsito a cosa juzgada, con lo cual debió la Juzgadora de primer grado asegurarse de declarar su existencia y no pronunciarse al respecto.

Ante tal desacierto se sigue revocar el numeral primero de la sentencia confutada, para en su lugar, declarar probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café sobre la declaratoria de existencia de la relación laboral y el último salario devengado por el actor en vigencia de aquella, esto es, la suma de US \$644.98, que convertida en pesos colombianos ascienden a la suma de \$322.935.03.¹

¹ Tasa Representativa del Mercado (TRM - Peso por dólar),
https://totoro.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Portal&PortalPath=%2Fshared%2FDashboards_T%2FD_Estad%C3%ADsticas%2FTasas%20de%20cambio%20y%20sector%20externo&page=Tasas%20de%20cambio&NQUser=publico&NQPassword=publico123&lang=es.

Pago de aportes a seguridad social en fecha anterior a la cobertura gradual del ISS en el territorio nacional.

Sobre este aspecto y con el fin de adentrarse al estudio del recurso de apelación propuesto por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café, necesariamente se debe partir por recordar que la obligación en el pago de las pensiones de jubilación se encontraba a cargo de los empleadores, toda vez que no se había creado el ISS, lo cual, solo vino a suceder a través de la Ley 90 de 1946, que reguló el seguro obligatorio, además, creó el ISS quien a su turno debía asumir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en los lugares donde se diera inicio a la cobertura y en forma gradual. De ahí que los empleadores estaban abocados a efectuar el aprovisionamiento según el tiempo que el trabajador hubiese laborado a su servicio y entregarlo a la entidad, a efectos de reconocer el derecho pensional.

En esa medida, la carga pensional continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no se encontraba el ISS, que como ya se indicó, se hizo de forma gradual, de manera que ante la expedición de la Ley 100 de 1993, la afiliación obligatoria se efectivizó en todo el territorio nacional. En efecto, la citada Ley, en su artículo 33 señaló que para los trabajadores que prestaron servicios a un empleador y que no hubieren sido afiliados al régimen pensional, para efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que aquel empleador debía asumir el título pensional correspondiente, conforme a las disposiciones contempladas en la misma normatividad y en sus decretos reglamentarios.

Por lo anterior, existe obligación por parte de los empleadores de realizar el cálculo actuarial ante la falta de afiliación obligatoria de su trabajador bien sea por la falta de cobertura del ISS, o por negligencia, asumiendo en caso dado el valor del título pensional correspondiente, posición que ha sido sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples de sus sentencias. Precisamente en sentencia SL 5535-2018 se sostuvo:

"En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición, considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

En ese contexto, resulta evidente para la Sala que el ad quem no se equivocó al condenar al empleador a «reconocer y constituir TITULO (sic) PENSIONAL» a favor del accionante, correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1972 y el 2 de enero de 1984, pues como quedó visto en precedencia, ello condujo a la protección integral que se debe al trabajador.

Y es que no es de recibo el argumento según el cual la vigencia del contrato de trabajo al momento de comenzar a regir la ley de seguridad social, es condición necesaria para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, pues desde las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013 y CSJ SL646-2013, reiteradas en SL2138-2016, la Corte ya ha justificado la necesidad de inaplicar ese condicionamiento por ser contrario a los postulados de la seguridad social. En la última sentencia se expresó:

[...] Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo "siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993" contenida en el literal "c" parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014 (...)."

De esta suerte y con acopio de la sentencia que se trajo de forma extensiva a esta cuestión, contrario a lo expuesto por la impugnante, la intelección de la Juez de primer grado fue acertada, en tanto que es evidente que en los casos en que el empleador no afilió a sus trabajadores al subsistema de seguridad social en pensiones, debe asumir el pago del título pensional correspondiente a esos periodos. Es por lo que, con fundamento en el aquel criterio, para la Sala es claro que, del periodo no cotizado y laborado por la demandante a favor de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., es decir, del 28 de diciembre de 1981 al 25 de junio de 1990, se deriva la obligación de esta última, de pagar el título o bono pensional en la administradora de fondo pensional de su elección, conforme así lo dispone los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993.

En este punto, referente a la crítica que expone la accionada en torno a la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, generadas con anterioridad a su vigencia, la Sala precisa que, si bien dicha normatividad es posterior al tiempo que se aludió, lo cierto es que la citada preceptiva y criterio se debe aplicar, pues por una parte, las normas llamadas a definir los efectos de la falta de afiliación, "son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en

cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados" (SL14388-2015); y por otra, la obligación de afiliación es permanente e incondicional, encontrando su sustento en la prestación del servicio por parte del trabajador, tal como se indicó en sentencia SL 1169-2018.

Máxime cuando también se ha dicho por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, precisamente sobre el argumento que trae a colación la censura que *"pese a que la citada normativa no se encontraba vigente cuando se produjo el incumplimiento del empleador en su afiliación, la misma es perfectamente aplicable a casos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, como sucede en este caso, tal cual se desprende de su tenor literal; es decir, que el querer del legislador fue el de solucionar aquellos eventos en los cuales, antes de entrar a regir el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994, en este caso), los empleadores no hubieran cumplido con la afiliación obligatoria al ISS., máxime que el concepto de cálculo actuarial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico."* (SL 646-2013)

Además, no sobra precisar, que los medios de convicción aportados al proceso también avizoran que la extinta la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., mediante Resolución No. 00003296 de 1990, fijó como fecha de iniciación de inscripción en el régimen de los seguros sociales para el personal de mar que laboraba en las empresas y agencias de transporte marítimo el 15 de agosto de 1990, situación que llevó a que la empleadora surtiera la afiliación de su trabajador hoy demandante, según se desprende de la afiliación al ISS núm. 979000827 y que se allegó al instructivo. (Cuad.5, cd. a fol. 1956).

De manera que, no le cabe duda a esta Corporación la obligación que tenía como empleadora la extinta la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., sobre el cálculo actuarial o título pensional respecto del tiempo de servicio prestado entre el 28 de diciembre de 1981 al 25 de junio de 1990, acotando, que aunque es cierto que obró afiliación al ISS, también lo es que no existe medio de convicción que permita discernir su pago, por manera resultando procedente su reconocimiento y posterior pago, mismo que deberá realizarse por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y hacerse a su favor por la entidad a cargo, conforme lo señala el inciso 2 del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual estará representado por un bono o título pensional calculado conforme lo dispone los Decretos 1887 de 1994 y Decreto 1748 de 1995, tal como lo esgrimió la juez de primer grado.

Salario base

La parte actora en su alzada pretende que, para liquidar el bono pensional ordenado por el A quo, la entidad correspondiente debe tener como salario base el que percibió al momento del finiquito de la relación laboral que los ató. Mientras que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café, esgrime que debe ser con el salario máximo asegurable.

En lo que hace puntualmente a estos reproches que sobre tal aspecto formularon las partes, cumple recordar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir en la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema. A su vez, el artículo 117 del mismo canon señala que para determinar el valor de los bonos se debe establecer una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, tomando para efectos del cálculo, entre otros factores, el salario *"base de cotización"*

a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de esa data si se encontraba cesante.

En lo que hace referencia a los títulos pensionales, aquellos son pagarés expedidos por las Empresas que tenían a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Decreto 2222 de 1995, mismos que tendrán las características de los bonos pensionales que hace alusión el Decreto Ley 1299 de 1994, tal como lo dispuso el artículo 6, por lo que su base salarial será igual a la del citado artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, para determinar el salario base del bono pensional (cuyas características deben ser tomadas también para los títulos pensionales) del demandante antes del 30 de junio de 1992, dado que para esa fecha el vínculo laboral con la extinta Flota Mercante Gran Colombiana S.A. ya se encontraba fenecido, debe calcularse tomando como referencia el salario máximo asegurable para el año de 1992, pues la disposición aplicable a efectos de liquidar el monto del bono o título pensional no es otra que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Cabe aclarar que en torno a la discusión que giró sobre la aplicación del literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, mismo que señalaba que el salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia era el salario o el ingreso base de liquidación respecto del salario devengado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desató dicha controversia argumentando que no es dable aplicar el literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, sin que de manera alguna se pretenda dar efectos retroactivos a la sentencia C-734-2005, misma que declaró inexecutable el citado literal. (SL 1857-2021)

Bajo tal contexto, es evidente que el salario de \$322.935.03 que aquí se halló como devengado por el actor no supera el monto máximo asegurable, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 048 de 1988, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, el cual, establecía que la categoría máxima era 51, con un salario mensual máximo asegurable de \$529.528,58, por lo que es claro que debe tenerse en cuenta como la base de cotización del afiliado a 26 de junio de 1990, de ahí que también sea la base del cálculo actuarial representado en el bono o título pensional que se ordena.

Ahora, la Sala considera que al señalar la decisión de primer grado que la base del salario debe ser el que se certifique por la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, se cometió un desatino, por manera que resulta imperativo modificar el numeral segundo y revocar el numeral tercero para ordenar que el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, conforme lo señala el literal e), parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se liquide y pague sobre un salario mensual de \$322.935.03, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 048 de 1988, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año.

Licencia y suspensiones

En lo que atañe a que no se le debe restar los días de licencias y suspensiones que se aducen en la liquidación de prestaciones sociales, misma que, contrario a lo esbozado, si encontró probado el A quo, para efectos de restarse al tiempo de servicios a tener en cuenta en el cálculo actuarial; la Sala desde ya advierte que la sentenciadora de primer grado no incurrió en ninguno de los dislates que se le atribuyen la censura, al establecer la exclusión de los días que se reportan como no remunerados en la hoja de vida del actor, pues tal intelección resulta acorde con el criterio sentado por el

máximo órgano jurisdiccional, según el cual las licencias no remuneradas que generan la suspensión del contrato laboral, de acuerdo con el artículo 51 del CST, no pueden contabilizarse para efectos pensionales, pues durante los lapsos de suspensión cesan las obligaciones principales a cargo de las partes.

Precisamente, en sentencia SL 932 de 2018, se dijo al respecto:

"El precedente entendimiento del Tribunal, no se muestra equivocado, ya que la única intelección que se hace del citado artículo 51 del CST, es para colegir que la licencia no remunerada lleva a la suspensión temporal del contrato de trabajo, y esto es lo que justamente se desprende como consecuencia jurídica de la lectura de dicho precepto legal, en su numeral 4º, que es claro y preciso, por ende, el juzgador no se está distanciando de la hermenéutica natural y obvio de la norma; pues no existe razón, en este caso, para desatender su tenor literal.

En cuanto a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, de lo dispuesto en el artículo 53, el ad quem infiere que durante el periodo de licencia no remunerado, las obligaciones que quedan a cargo del empleador son las que corresponden por muerte o enfermedad de los trabajadores; exegesis que tampoco, en este caso, va en contravía del pensamiento genuino de la norma, pues este es uno de los supuestos que consagra, y que fue interpretado acorde con el contexto jurídico que estaba vigente para la época de los hechos, sin que resulte viable para el caso concreto que se le pueda dar aplicación a la sentencia CC C-1396 – 2000, a efectos de ampliar el alcance de la norma en el sentido que pretende el recurrente."

Bajo el referente jurisprudencial, la Sala no puede acceder al pedimento esgrimido por el apelante, al considerar que el empleador estaba en la obligación de efectuar los aportes para pensión durante la licencia no remunerada del actor, por lo que se sigue confirmar la decisión del A quo referente al que las licencias o permisos no remunerados que encontró probados la sentenciadora de primer grado y que no fueron desconocidas por el actor, en tanto que dicho aspecto no fue apelado, se deben excluir del tiempo de servicio, para efectos de la liquidación del cálculo actuarial.

Pago de la totalidad del título pensional

Incumbe a la Sala verificar si el juez primigenio se equivocó en cuanto ordenó a sufragar la totalidad del bono pensional, para ello, basta con traer a colación lo resuelto sobre tal punto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que de manera pacífica y reiterada ha indicado, precisamente en sentencia SL 2584-2020, reiterada en sentencia SL 673-2021, lo siguiente:

"La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan."

De ahí que sea más que una razón suficiente para no hallar razón a la censura, y en ese sentido habrá de confirmarse la sentencia de primer grado sobre tal aspecto, en tanto que no es procedente que el título pensional sea distribuido entre las partes.

Cumplimiento de la sentencia y de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café.

Al respecto y con el fin de determinar a qué entidad o entidades corresponde el cumplimiento de la orden del pago del cálculo actuarial, de cara a los reproches de las codemandadas Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, se tiene que mediante auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000, la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación obligatoria de la CIFM y en auto del 28 de agosto de 2012 la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de dicha empresa y declaró extinguida la personería jurídica de la misma.

Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012 dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café en el artículo 5º, indicó:

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

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

Situación que fue objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, misma que reafirmó la obligación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su deber de responder subsidiariamente por las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Flota Mercante.

Ahora, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito el 14 de febrero de 2006 entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación y Fiduciaria la Previsora S.A., se constituyó el Patrimonio Autónomo "PANFLOTA", para que la fiduciaria administre los recursos y bienes que le fueran transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración del contrato y los que posteriormente se transfirieran de conformidad con lo descrito en el mismo, con el fin de que éstos fueran

destinados al pago de mesadas pensionales y aportes a EPS a cargo de la compañía de la flota Mercante S.A. en Liquidación; así mismo, le fue asignada la administración de contingencias judiciales que le fueran entregadas y atención de gastos necesarios para cumplir dichos objetivos de acuerdo con las cláusulas del contrato.

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

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

Conforme a lo anterior, es claro que será la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA la responsable del pago del cálculo actuarial aquí ordenado y en caso de que no existan recursos suficientes para tal efecto en el patrimonio autónomo, asumirá esta obligación como responsable subsidiaria la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, dada a su calidad de empresa matriz o controlante de la extinta Flota Mercante, la cual se encuentra acreditada con el certificado de existencia y representación legal de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

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

Con todo lo anterior, es claro que ningún reproche sobre tal determinación merece la decisión de primer grado, como quiera que la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café es

subsidiaria y en esa medida la **FIDUPREVISORA SA** como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, deberá pagar el valor del cálculo actuarial representado a través de un bono o título pensional, para el periodo antes dicho a satisfacción de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** y conforme al cálculo que esta última realice, para efectos de convalidar los tiempos de aportes en los que no se efectuaron cotizaciones.

Por manera que la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, será responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial a favor del demandante aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA**, siempre que la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, no cuente con recursos económicos para asumir tales obligaciones.

En ese sentido, se confirmará la condena impartida por la Juez de primer grado en la forma que determinó, a más de que esta Sala evidencia que aquella sentenciadora no irrumpió con el principio de congruencia al adentrarse al estudio de pretensiones de orden subsidiario, cuando las principales no fueron desestimadas en su totalidad, como a continuación pasa a explicarse por la Sala:

Principio de congruencia

Para efectos de resolver la apelación, la Sala debe precisar que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021)

Así, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *"exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*, mientras que la segunda hace referencia a que *"toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"* (CSJ SL2808-2018).

Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Ahora, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en demostrar que la sentencia de primer grado se ocupó de verificar si había lugar a la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, aspecto no incluido en las pretensiones principales del libelo introductor, sino, de manera subsidiaria.

Al respecto, la Sala al revisar detenidamente el citado escrito, observa que lo pretendido por la actora, básicamente fue que la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota pague a la administradora de fondo de pensiones codemandada el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Pretendiendo en forma subsidiaria a la citada pretensión se declare la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la citada compañía, de manera que sea quien pague el cálculo actuarial.

Ahora, como se evidenció en los antecedentes de esta providencia, la sentencia de primer grado accedió parcialmente a las súplicas principales de la demanda, en la forma atrás señalada disponiendo que la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota pague el título pensional y a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café la responsabilidad subsidiaria.

Luego es evidente que en principio le asiste razón al apelante en la medida que no le era dable emprender el estudio a la juzgadora primigenia de las pretensiones subsidiarias, pues es evidente que estas últimas quedaron excluidas al haber tenido éxito en la forma dicha por el A quo la pretensión principal del escrito inaugural, consistente en que la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, debe pagar el cálculo actuarial solicitado. Lo anterior, porque tal como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la CSJ, precisamente en SL2971-2021, las pretensiones subsidiarias solamente pueden ser objeto de estudio cuando quiera que las principales no resulten acogidas, por tratarse de una acumulación eventual o subsidiaria, excluyentes entre sí.

No obstante de lo anterior, también es claro que tal aspecto no tiene la entidad de socavar la sentencia y menos de constituir un quebrantamiento al principio de congruencia, como se pretende por la censura, en la medida que se evidencia que estas pretensiones de índole principal como subsidiario están atadas en particular y tienen relación de dependencia, que hace viable su estudio en conjunto, conforme a la relación jurídica que ostentan las codemandadas derivada de la responsabilidad en virtud del crédito reclamado por el actor y que se expuso con suficiente claridad en esta sentencia.

Entonces, aunque es cierto como lo sostiene la recurrente, se ha dejado sentado por la jurisprudencia, que las pretensiones subsidiarias solamente pueden ser objeto de estudio en la medida que las pretensiones principales salgan avances, empero, en el presente asunto las peticiones no son independientes y autónomas entre sí, en tanto que guardan una relación de causalidad, que imposibilitan emprender el estudio de una sin analizar la otra. Así las cosas, acertó la sentenciadora de primer grado, al examinar la responsabilidad de las pretensiones incoadas en la demanda, por lo que se confirmará en tal aspecto la sentencia confutada.

Responsabilidad subsidiaria de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Frente a este tópico, si bien es cierto el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia del 15 de febrero de 2001, señaló que eventualmente podría ser responsable el Estado frente a las obligaciones adquiridas por dichas sociedades en el caso que no existan los suficientes recursos para asumir las obligaciones pensionales, dado que la Federación Nacional de Cafeteros administra el Fondo Nacional del Café, el cual se nutre con recursos de carácter parafiscal y, por tanto, tienen la calidad de públicos con afectación especial a favor del gremio cafetero, lo cierto es que, en este asunto se demostró la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros frente a las obligaciones pensionales de la entonces Compañía de Inversiones Flota Mercante, por manera que se garantizan los derechos pensionales aquí controvertidos sin que sea necesario entonces, en este asunto, endilgarle responsabilidad al Estado a través de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Pensión de vejez e intereses

Es del caso recordar, que conforme se desprende de lo planteado por la censura, el actor considera que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, junto con los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Punto sobre el cual, la Sala advierte tempranamente que, en lo concerniente a este aspecto, no es posible emprender el estudio correspondiente, de allí que también se evidencie una infracción al principio de congruencia por parte de la A quo, al ocuparse de definir un asunto no sometido a su escrutinio, como quiera que las pretensiones que ahora se persiguen no se encuentran comprendidas en el escrito primigenio y, por ende, tampoco fueron discutidas en las etapas del proceso.

Lo anterior se explica en la medida que la discusión que surgió al interior del proceso se centraba de manera exclusiva, en la procedencia del cálculo actuarial por los tiempos pensionales reclamados, la responsabilidad en su pago y que aquellos aportes pensionales debían ser tenidos en cuenta por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, para efectos de su pensión de vejez o la devolución de ahorros; pretensión que tuvo su soporte fáctico en que aquella *"no ha reclamado el bono pensional, del actor o cálculo actuarial, por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., cerrada."* (hecho 3.23.).

Luego ante tal aspecto, los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez y sus eventuales intereses moratorios nunca fueron debatidos por las partes. Además, debe advertirse que las pretensiones de condena no involucran ningún reclamo sobre tal emolumento, tanto así que en ninguno de los hechos de la demanda se señala que la codemandada deba ser objeto de dicha condena; todo lo cual impedía a la sentenciadora de primer grado hacer un pronunciamiento sobre una pretensión que nunca se incoó, por manera que al hacerlo es evidente que quebrantó el principio de congruencia que debe observarse en las sentencias y el derecho a la defensa de la contraparte.

Corolario de lo expuesto, se revocará el numeral noveno de la sentencia confutada, para abstenerse de emitir pronunciamiento, sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez e intereses moratorios, conforme a lo motivado.

Costas impuestas en primera instancia a cargo de la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota.

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

• Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas.

Hay que recordar sobre ello, que con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierte mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. En ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

Costas.

Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

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: PRIMERO: REVOCAR los numerales 1° y 3° de la sentencia proferida 1 de marzo del 2021, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción de cosa juzgada respecto a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y el último salario devengado al interior de aquella, en armonía a las consideraciones expuestas en esa providencia.

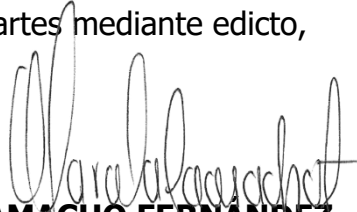
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia apelada, para en su lugar **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** realizar el cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión de **JAIME MARTÍNEZ MARTÍNEZ**, para el periodo comprendido entre el 28 de diciembre de 1981 al 26 de junio de 1990, sobre un salario mensual de \$322.935.03.

TERCERO: REVOCAR el ordinal 9° de la sentencia confutada, mediante la cual se absolvió a Porvenir SA de las demás pretensiones incoadas en su contra, para en su lugar abstenerse de emitir pronunciamiento sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez e intereses moratorios, conforme a lo motivado.

CUARTO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: SIN COSTAS en la alzada. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: NOHORA HILDA VIRVIESCAS MURCIA
Demandado: COLPENSIONES
Radicación: 31-2020-00434-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA – RELIQUIDACIÓN PENSIONAL - CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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. Nohora Hilda Virviescas Murcia, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta para tal efecto una tasa de reemplazo del 90% del Ingreso Base de Liquidación, conforme al Decreto 758 de 1990 y sentencia SL-1981 de 2020. En consecuencia, se dispusiera su favor el pago de las diferencias pensionales, debidamente indexadas, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 6 de julio de 1949 y prestó sus servicios en el sector público, para el Ministerio de Educación Nacional desde el 30 de enero de 1974 hasta el 30 de mayo de 1976, periodo cotizado a Cajanal; y posteriormente a la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá desde el 3 de julio de 1978 hasta el 3 de mayo de 1981, periodo cotizado a la Caja de Previsión Distrital. Refirió que, además, cotizó al entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, un total de 1.162.43 semanas, entre el año 1976 hasta el 2005.

Narró que mediante Resolución No. 032450 del 16 de agosto de 2006 el liquidado ISS reconoció pensión de vejez, teniendo en cuenta un 75% del Ingreso Base de Liquidación conforme la Ley 71 de 1988, aplicable por ser beneficiaria del Régimen de Transición; misma que fue reliquidada Resolución No. GNR 224820 del 29 de julio de 2016, oportunidad en la que aplicaron el Decreto 758 de 1990, es decir, un 84% del IBL; decisión que se mantuvo por medio de la Resolución No. VPB 41874 del 17 de noviembre de 2016.

(Expediente electrónico, PDF 001. DEMANDA_1_12_2020 13_03_20)

2. Contestación de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que no puede reconocer derechos pensionales por mera liberalidad, indicando que, conforme el histórico de cotización, y en cumplimiento de

la aplicación del Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como la estimación de los últimos 10 años de servicio en cumplimiento del artículo 21 de la misma Ley, procedió mediante Resolución 032450 de 2006 a reconocer pensión de vejez a favor de la actora, a partir del 1 de marzo de 2005, por concepto inicial de \$1.405.606, con un IBL de \$1.874.141 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%.

Refirió que la citada prestación fue reliquidada a su vez mediante Resoluciones GNR224820 de 2016 y VPB_41874 del 2016, dejando como valor definitivo, la suma de \$2.453.230 por concepto de mesada pensional, con efectividad a partir del 10 de mayo de 2013. Señaló que, atendiendo a la aplicación del régimen de transición, en cumplimiento del Decreto 758 de 1990, a efectos del reconocimiento de la prestación anteriormente citada, se tuvo en estimación exclusivamente los tiempos cotizados al ISS, considerando que no es procedente la reliquidación de la prestación otorgada, en el sentido de que no puede integrar los tiempos públicos cotizados a otras entidades previsoras de la seguridad social.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 007. 2020-434

Contestacion Colpensiones, pág. 2 a 10)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de junio del 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en la que declaró que la actora le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de la misma anualidad, aplicando al IBL una tasa de reemplazo del 90%; lo anterior, por ser beneficiaria del régimen de transición y con sujeción al nuevo criterio de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, esto es, la sumatoria de tiempos públicos y privados para su constitución. Declaró que la actora le corresponde una mesada pensional desde el 10 de mayo de 2013, en la suma de \$2.628.462 y probada parcialmente la excepción de prescripción, esto es, respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 2 de diciembre de 2017.

Así, condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor de la demandante, la diferencia entre la sumas ya pagadas y reconocidas por la entidad demandada y las declaradas en la sentencia, a partir del 2 de diciembre de 2017. Autorizó que la demandada, realice los descuentos pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud y ordenó la indexación de las sumas que ha de pagar.

Para arribar a la decisión, se propuso verificar si le asiste a la actora derecho a la reliquidación pensional, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, teniendo en cuenta los tiempos que fueron cotizados en Cajanal, laborados por el Ministerio de Educación Nacional y Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá. Con dicho propósito indicó que no existe controversia que mediante Resolución 032450 del 16 de agosto de 2008, el ISS le reconoció la pensión de vejez, de conformidad con la Ley 71 de 1988, a partir del 1 de marzo del 2005; la cual fue modificada mediante Resolución GNR224820 de 2016, para disponer que su reconocimiento lo sería en virtud del Decreto 780 de 1990, misma que fue modificada en acto administrativo núm. VPB_41874 del 2016, para en su lugar, reconocer una mesada pensional para el año 2014 de \$2.500.823. Tampoco que laboró para las citadas entidades del orden público.

Bajo ese horizonte, luego de citar lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, refirió que la actora es beneficiaria del régimen de transición consagrado en la citada disposición, mismo que se extendió conforme a lo normado en el Acto Legislativo 001 de

2005, en tanto que contaba con 1.410 semanas cotizadas y 56 años al 29 de julio del 2005, por lo que ya había causado su derecho, situación aceptada por la demandada Colpensiones al reconocer la pensión de vejez.

Esbozó que para la aplicación del régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990, debía establecer si procedía la acumulación de tiempos públicos y privados, y en tal sentido hizo alusión a la sentencia SL-182-2021, para significar que, dado al nuevo criterio de la Sala Laboral de la CSJ, era viable tener en cuenta los tiempos cotizados tanto públicos como privados y en esa medida, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de dicha disposición, la actora acredita un total de 9.874 días, equivalentes a 1.410 semanas, procediendo la reliquidación pensional solicitada, teniendo para ese efecto la aplicación del 90%, con un IBL correspondiente a los últimos 10 años, esto último con fundamento en que no fue objeto de discusión por la parte actora. Por otro lado, adujo que están afectadas por el fenómeno de la prescripción las diferencias pensionales que se causaron con anterioridad al 2 de diciembre de 2017, en la medida que la interrupción de la prescripción sólo vino a suceder con la radicación de la demandada. (Expediente electrónico, Audio 019. CITA AUDIENCIA ART. 80 CPT SS RAD. 031-2020-434-20210616_113725-Grabación de la reunión)

5. Impugnación y límites del ad quem. Recurso de apelación de la demandada.

Formuló recurso de apelación solicitando que absuelva a la entidad de las pretensiones, considerando que a la aseguradora se le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, con un IBL de los últimos diez años y los tiempos exclusivamente cotizados al ISS, es decir, un total de 1.1162, lo cual arroja una tasa de reemplazo del 84%. Esgrimió que la sentencia SL-1947-2020 enfatizó la procedencia de la contabilización de tiempos en otras cajas, sin embargo, no alude a la acumulación frente a los escenarios de la reliquidación pensional, no habiendo lugar a las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico, Audio 019. CITA AUDIENCIA ART. 80 CPT SS RAD. 031-2020-434-20210616_113725-Grabación de la reunión)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito expuso que la decisión de primer grado acertadamente concuerda con el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en orden a establecer que las pensiones de vejez del decreto 758 de 1990 pueden consolidarse con semanas cotizadas al ISS y los tiempos laborados a entidades públicas aportados a otras Cajas de Previsión.

6.2. Parte demandada. Alegó en su favor que siempre ha actuado de buena fe en la medida que el reconocimiento de la prestación inicial se dio con fundamento en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, disposición que enfatiza que deben tenerse en consideración los tiempos exclusivamente cotizados al ISS, lo que permite establecer una tasa de reemplazo equivalente al 84.00%.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- ✓ ¿La promotora del proceso tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez teniendo como tasa de reemplazo el 90% de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 750 de 1990 como consecuencia de la acumulación de tiempos públicos y privados cotizados?

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 la demandante nació el 6 de julio de 1949 y es beneficiaria 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 de la Ley 71 de 1988, con 1.315 semanas y 55 años, que se advirtieron satisfechos al 1 de marzo de 2005, en cuantía inicial de \$1.405,606, mediante Resolución 32450 de 16 de agosto de 2006. Tampoco que mediante Resolución No. GNR 224820 de 2016, le fue reliquidada la pensión a la aquí actora, con base en la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, y una tasa de reemplazo del 84%, misma que fue modificada por la Resolución VPB 41874 del 17 de noviembre 2016, para establecer un total de 1.162 semanas cotizadas al ISS, tasa de reemplazo del 84% y una primera mesada pensional a partir del 10 de mayo de 2013 de \$2.453.230. Ni que la actora laboró para el Ministerio de Educación Nacional desde el 1 de febrero de 1974 hasta el 29 de mayo de 1976 y a la liquidada Empresa Distrital de Transportes Urbanos desde el 3 de julio de 1978 al 3 de mayo de 1981.

Así las cosas, la discusión conforme la plantea la parte demandada 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 la Ley 71 de 1988, la prestación le fue reliquidada con el Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, dada la imposibilidad de sumar semanas sufragadas al Instituto y tiempos laborados en el sector público, en tratándose de la pensión consagrada en la citada preceptiva, hace inviable la reliquidación solicitada.

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 del 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 hiciere 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."

Ahora, debe decirse que, para efectos de resolver el problema jurídico suscitado, la inclusión de tiempos públicos no cotizados al ISS a fin de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, como lo pretende el demandante para poder acceder a la reliquidación pensional, ésta Sala de Decisión Laboral ha reconocido tal postura con sustento a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU - 769 de 2014, en el sentido de indicar la posibilidad de acumular tiempos de servicios efectuados en el sector público y las cotizaciones efectuadas al citado instituto.

Criterio aquel que distaba del empleado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la medida que ese Alto Tribunal consideraba que el parágrafo de la citada disposición, es decir, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mismo que dispuso que *"para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso 1 del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."*, hacía referencia únicamente a la pensión de vejez regulada íntegramente por la Ley 100 de 1993, en la que no debían excluirse las cotizaciones efectuadas con anterioridad a entrar en vigor de ese cuerpo normativo.

Lo anterior, en concordancia con lo previsto en el parágrafo primero, literal b) del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que permite, para acceder a la pensión por vejez, computar semanas cotizadas al ISS y tiempo servido en calidad de servidor público remunerado, pero solo en el evento de que la pensión se reconozca bajo los requisitos de la nueva ley de seguridad social y no al amparo de reglamentaciones distintas, como el Acuerdo No. 049 de 1990.

En ese orden, el requisito de densidad de cotizaciones debía regirse íntegramente por lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, estatuto que no permite o no ofrece la posibilidad de incluir en la suma de semanas de cotización, las realizadas en cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, ni el tiempo trabajado como servidor público, como si lo permite la pensión regulada por Ley 100 de 1993, por lo que era imposible acumular tiempos de servicios privados y públicos, para estructurar la pensión bajo la directrices del prenombrado acuerdo; como ya se dijo, según criterio y postura que adoptó la Sala Casación Laboral en distintos pronunciamientos que ha utilizado para resolver caso similares y por vía de ejemplo cita la Corporación las sentencias SL 13260-2015, SL 16810-2016 y SL 4010-2019.

No obstante, dicha postura fue recogida por la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1947-2020, misma que modificó sustancialmente el precedente, acotando que las pensiones de vejez reguladas por el citado Acuerdo, si permiten la sumatoria de tiempos tanto públicos como privados para ser acreedor de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, indicándose que el correcto entendimiento del parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como las demás disposiciones al que se hizo antes referencia, no es el cómo se esbozó, sino:

"La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar

todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

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

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

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.”

En armonía con tal tesitura, que ratifica lo ya dicho por esta Corporación, siguiendo el criterio ya señalado en sentencia SU - 769 de 2014, que encaja perfectamente en el presente caso, se concluye que, tal como lo coligió la sentenciadora de primer grado, es posible sumar tiempos no cotizados al Seguro Social con el fin de completar la densidad de semanas exigida como requisito para acceder a la pensión de vejez bajo las prerrogativas consagradas en el régimen anterior, cuál es el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en armonía con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Aspecto que, contrario a lo esgrimido por el apoderado judicial, también es posible utilizar para obtener la reliquidación de la prestación otorgada al amparo del citado acuerdo, conforme se precisó con posterioridad por nuestra CSJ en sentencia SL 2557-2020.

Así las cosas, atendiendo el hecho de que la prestación se reconoció por el A quo al encontrar que la actora cumple con las exigencias del artículo 12 del pluricitado acuerdo, esto es, sumando las cotizaciones efectivamente realizadas con los tiempos de servicio público y particular cotizados, correspondientes a un total de 1.410 semanas, conforme se observa de la historia laboral emitida por la encartada y las certificaciones expedidas por el Ministerio de Educación Nacional y la liquidada Empresa Distrital de Transportes Urbanos, que señala tiempo de servicios desde el 1 de febrero de 1974 hasta el 29 de mayo de 1976 y el 3 de julio de 1978 al 3 de mayo de 1981 respectivamente, procede a señalar la Sala que tal operación es factible para la reliquidación pensional pretendida, habida cuenta que de que resulta viable en términos de la jurisprudencia de las altas corporaciones, sumar tiempos de servicio públicos y privados, de allí que resulte aplicable la tasa de reemplazo para efectos de calcular el monto de la mesada pensional, la correspondiente al 90% conforme a lo indicado en el artículo 20 ejusdem, sobre el ingreso base de liquidación de \$2.920.512, determinado por Colpensiones y que no fue discutido por la actora, para una primera mesada pensional, en el año 2013 de \$2.628.460, como bien lo dispuso la juzgadora de primera instancia.

Bajo este entendimiento, fue correcto el monto aplicado a la asegurada, pues, aquella acreditó 1.410 semanas de aportes en toda su vida laboral incluyendo las sufragadas en los entes públicos que le permiten acceder a una tasa de reemplazo de 90%, como se estableció y no de 84%, como lo indicó en la resolución que finalmente liquidó la mesada pensional de la actora; razones que resultan suficientes para confirmar la sentencia confutada, precisando, por cuanto no fue objeto de debate algún otro tema prestacional.

Costas

Sin costas en esta instancia judicial. Las de primera se confirman.

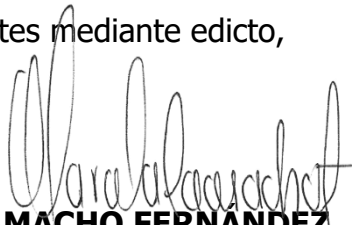
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

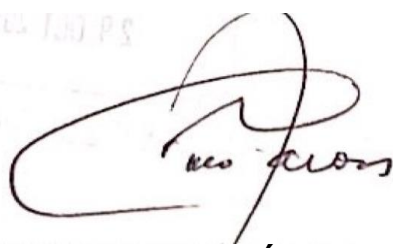
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio del 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS 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: ALEXANDRA PATRICIA PEÑA GUERRA
Demandada: INCOMEDIS SAS
Radicado No.: 24-2018-00361-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – APELACIÓN - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. Néstor Eduardo Ávila Robles, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alexandra Patricia Peña Guerra, instauró demanda ordinaria contra Incomedis SAS, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de septiembre de 2009 hasta el 13 de enero del 2014, devengado como salario la suma de \$1.400.000. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes pensionales, sanción por la no consignación de cesantías y no pago de intereses, indemnización moratoria, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas procesales. Como pretensiones subsidiarias pidió que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de septiembre de 2009 hasta el 30 de julio del 2012, devengado como salario la suma de \$952.200 y, por tanto, solicita el pago de las pretensiones que atrás se esgrimieron como condenatorias.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar a órdenes de la demandada el 16 de septiembre de 2009, mediante un contrato verbal, para desempeñar el cargo de asistente comercial, devengando inicialmente la suma de \$952.200. Refirió que, a partir del 29 de junio de 2012, por disposición de su empleador, tomó periodo de vacaciones sin que le fueran pagadas; además, que, a su regreso, el 30 de julio del 2012, la encartada le propuso modificar el contrato de trabajo a uno de prestación de servicios.

Explicó que, a pesar del nuevo contrato civil, mantuvo el mismo cargo y horario, sin embargo, le fue modificado el salario a la suma de \$1.400.000 y, en esa medida, aceptando dicha modificación, al verse abocada a quedarse sin trabajo. Narró que cumplía funciones subordinadas, prestaba personalmente el servicio y recibía contraprestación por el servicio realizado, sin embargo, a su terminación, es decir, el 13 de enero del 2014, no le fueron canceladas prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, razón por la que el 25 de junio de 2015 presentó escrito al empleador con el fin de interrumpir la prescripción. (fol. 3 a 10).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, indicando que las prestaciones sociales durante la vigencia del contrato laboral existente entre el 16 de septiembre de 2009 hasta el 31 de octubre de 2011 fueron canceladas a la terminación del vínculo laboral y con relación al contrato de prestación de servicios suscrito entre el 1 de septiembre de 2012 hasta el 10 de enero del 2014, no se causó ningún derecho de tipo prestacional. Propuso como excepción previa de prescripción y como de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones, falta de causa y cobro de lo no debido, inexigibilidad de la obligación, prescripción, buena fe y genérica. (fol. 1 a 19).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de marzo del 2021, en la que la falladora declaró que entre las partes existió dos vínculos laborales; el primero comprendido desde el 16 de septiembre de 2009 al 31 de octubre de 2011, mientras que el segundo desde el 1 de septiembre del 2012 al 10 de enero del 2014. Además, declaró probada la excepción de prescripción sobre todas las pretensiones de la demanda, salvo los aportes al subsistema de seguridad social en pensión. Por manera que condenó a la demandada a pagar los citados aportes junto con los intereses que refiere el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y costas del proceso.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso examinar si entre las partes existió un único contrato de trabajo desde el 16 de septiembre de 2009 al 13 de enero de 2014 y, por tanto, si había lugar al reconocimiento de las prestaciones junto con las indemnizaciones reclamadas. En forma subsidiaria, indicó que debía determinar si existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 16 de septiembre de 2009 al 30 de julio del 2012 o el 31 de octubre de 2011. Para lo cual verificaría lo relativo a la excepción de prescripción propuesta.

Así las cosas, en primer término, trajo a colación los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 22 y 23 del CST, esto es, la prestación personal de un servicio, la subordinación y el pago de una remuneración. Además, afirmó que la relación laboral se presumía en los términos del artículo 24 del CST y sobre tal aspecto hizo hincapié en la interpretación que ha realizado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a ello, estimó que la prestación del servicio quedó plenamente demostrada con la confesión que hizo la convocada a juicio tanto en el interrogatorio de parte, como en la demanda, lo que además se corroboró con la testimonial escuchada. Así, dijo que surgía la presunción de existencia del contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, dentro del lapso que alega la demandada hubo vinculación de naturaleza civil, misma que adujo no fue derruida por aquella, en la medida que no allegó prueba que diera cuenta de la autonomía e independencia con la cual la actora desarrollaba sus funciones.

Lo anterior, permitiéndole concluir la existencia de dos contratos de trabajo entre el 16 de septiembre de 2009 al 31 de octubre de 2011 y 1 de septiembre del 2012 al 10 de enero del 2014, en tanto que entre uno y otro no se acreditó prestación personal del servicio, como quiera que el testimonio de Lubian Sánchez no le consta tal situación. Además, que debía restarles eficacia probatoria a las certificaciones laborales allegadas al proceso, aduciendo que las personas que la suscriben no tenían la calidad de representantes de la demandada, a la luz de lo dispuesto en el artículo 32 del CST.

En lo que hace la excepción de prescripción, apuntó a que de conformidad con el 488 del CST y 151 del CPT y SS, los derechos reclamados se hicieron exigibles a más tardar a la fecha de terminación del contrato de trabajo, salvo los aportes pensionales, sobre los cuales no opera dicho fenómeno extintivo. En esa medida, hizo alusión a la reclamación elevada por la actora a su empleador, para significar que, con respecto a los contratos de trabajo declarados, aquella no hizo reclamo alguno frente a las prestaciones sociales e indemnizaciones que pretende en el diligenciamiento, por lo que no fue interrumpida la prescripción y, en tal virtud, debía declararse probada dicho medio exceptivo sobre todos los pedimentos, salvo los aportes a pensión, mismos que son procedentes. (Cd. a folio 105)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Formuló recurso de apelación de forma parcial arguyendo que se ha demostrado continuidad en la prestación del servicio de la trabajadora, además, que sobre ese lapso fueron cubiertos los aportes a pensiones que se realizaron por la trabajadora, lo que demuestra que bajo el principio de la primacía de la realidad siempre existió un contrato de trabajo. Por otro lado, en lo referente a la excepción de prescripción probada, refirió que al cabo de la relación laboral se le hacía difícil para la actora saber la naturaleza del vínculo y el alcance de la reclamación, lo cual, solo después, luego de saber los elementos del contrato de trabajo hizo reclamación para interrumpir la prescripción de su derecho, misma que presentó el 25 de junio del 2015.

4.1. Recurso de apelación de la demandada. En su alzada refirió que, en relación con la pretensión principal, esto es, la existencia de una relación laboral a término indefinido desde el 16 de septiembre de 2009 hasta el 10 de enero del 2014, no se hizo reclamación alguna en el escrito del 25 de junio del 2014, por lo tanto, al haber transcurrido más de tres años, la misma se encuentra prescrita, es decir, la declaratoria del contrato de trabajo.

Indicó que el juez de instancia en su sentencia desentendió el pronunciamiento de nuestra H. Corte, como también lo que mostraba la prueba documental allegada, en el sentido de que sobre lo único que se presentó reclamación por parte de la actora es sobre algunas comisiones por ventas no por el resto de las pretensiones a las que contrario a derecho fue condenada, esto es, sobre los aportes pensionales del 1 de septiembre del 2012 al 10 de enero del 2014, esgrimiendo, que sobre ese interregno que no se generó como tal contrato laboral, sino, prestación de servicios que plenamente quedó confesado por la actora en su escrito del 23 de junio del 2015.

Agregó que no está obligada a responder por quien no es su trabajador, en tanto que no existe tal obligación, aunado porque en el interrogatorio de parte la actora confiesa respecto de la naturaleza jurídica de la citada contratación, es decir, que se celebró un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil de mutuo acuerdo y no de índole laboral. Además, hizo alusión a la prueba testimonial recaudada, para significar que el

testigo no le constaba el segundo contrato, ni siquiera la prestación del servicio, pues para la fecha no se encontraba en la empresa.

Aludió a que, no existiendo la relación laboral, no se encontraba en obligación de cancelar los aportes pensionales, además, que entre las partes hubo un primer contrato de trabajo que se cumplió con todas sus características y posteriormente, un contrato de prestación de servicios de mutuo acuerdo, donde la actora cotizó sus aportes pensionales, de manera independiente, lo que denota que se cumplió con las rasgos del contrato de naturaleza civil, reiterando, en cuanto realizó sus aportes al sistema de seguridad social como independiente. (CD fol. 150)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Solicitó en su favor que se revise la decisión del A quo en donde se exonera a la persona jurídicamente demandada de las pretensiones incoadas en la demanda y en consecuencia se modifique o reforme lo desfavorable al actor y en su lugar en sede de instancia se subsane los desaciertos en que la sentencia de primer grado se hubiere incurrido; se condene a Incomedis S.A.S. a reconocer y pagar todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- ✓ ¿La sociedad Incomedis SAS, fungió como empleador de la aquí actora en el interregno comprendido entre el 1 de septiembre del 2012 al 10 de enero del 2014, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- ✓ ¿Se equivocó la Juez de primer grado al declarar que entre la demandante y la convocada a juicio existieron dos contratos de trabajo y no colegir que dicha vinculación fue una sola en la medida que no hubo interrupción?
- ✓ ¿Erró el A quo al declarar la excepción de prescripción sobre las pretensiones de la demanda y no colegir que aquella fue interrumpida con el escrito que presentó la actora a la llamada a juicio y que data del 23 de junio del 2015?
- ✓ ¿Se debe declarar el citado medio exceptivo sobre la declaratoria de los contratos de trabajo y así, abstenerse de impartir condena en lo que hace al pago de aportes pensionales?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral entre la actora y la sociedad Incomedis SAS, entre el 16 de septiembre de 2009 al 31 de octubre del 2011. El ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por la apelante se encuentra orientado a que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios a partir del 1 de

septiembre del 2012 al 10 de enero del 2014 y no a través de un nexo de índole laboral, como lo coligió el A quo.

Sobre tal aspecto, se hace necesario recordar 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 CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

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

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

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

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

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios de la señora Alexandra Patricia Peña Guerra a la empresa Incomedis SAS, situación fáctica aceptada no solo en la contestación de demanda, sino confesada en el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de la encartada, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la accionada desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que la señora Alexandra Patricia Peña Guerra ejecutó la labor de representante comercial vinculada mediante un contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que lo perseguido precisamente en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que el promotor de la litis haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra, entonces, ante tal falencia probatoria, surge para la Sala, como lo hizo el A quo, tener por cierto que el servicio se prestó bajo el elemento de la subordinación, de allí que sea desacertada la apelación.

Ahora, debe tenerse en cuenta que los medios de convicción allegados por la parte actora permiten corroborar que, contrario a lo dicho por la demandada, la labor ejecutada por la accionante no se desarrollaba en forma autónoma e independiente, conclusión a la que se arriba luego de escuchar el interrogatorio que se le hizo a la representante legal, misma que deja entrever que la demandante realizó funciones administrativas, comerciales y manejo de relaciones para la empresa, dedicada a la vinculación de entidades como el Hospital Militar, para la comercialización de ropa desechable. Y si bien dijo que las actividades eran eventuales, de acuerdo con el resultado en el manejo comercial, de allí que dependiera sus honorarios, también dejó claro que la actividad de la actora se encontraba subordinada, entre otras cosas porque aquella debía estar disponible para efectos de realizar la tarea encomendada, presentar informes, reportar resultados y dar cuenta de la imagen comercial que proyectaba, dejando en evidencia que existía coordinación, programación, cantidad de trabajo y supervisión de la encartada.

Tal afirmación, además, denota que la labor de la actora no era extraña a la actividad comercial que realiza la sociedad demandada, ni ocasional, pues se prestó durante más de 2 años, por lo que tan necesaria era, que implicaba la presencia de la demandante quien contaba con el perfil, para ejercer el cargo de representante comercial. De hecho, tal situación se apoya, además, con la certificación laboral que se adosaron al informativo y que es fechada el 6 de febrero del 2014 (fol. 19), en donde da cuenta que la promotora del proceso trabajó para la empresa, y aunque en ella se aduce que la relación se situó bajo un contrato de prestación de servicios, tal situación no es suficiente para derruir su fuerza demostrativa, que no es otra que la prueba de la prestación del servicio subordinado, con el agravante de indicarse el salario.

En ese sentido, si bien el extremo pasivo indicó que el documento que se le atribuye se elaboró por quien no tenía capacidad y facultad de expedir la certificación, dado que tal labor era exclusiva del Gerente General, la Sala encuentra, contrario a lo esgrimido por el A quo, que ello sólo quedó en una simple afirmación, ya que no se soportó en ningún elemento de prueba que permita dar fiel certeza de que la citada persona, quien expidió la certificación, no tuviera tal calidad. Por el contrario, lo que sí se evidencia es que aquel documento está acompañado de elementos distintivos que los identifica como provenientes de la empresa, como el membrete que se utilizó, el cual se asimila

al utilizado en los comprobantes de pago allegados, a lo que se suma que, el sello que se impuso en la firma del documento da cuenta del nombre de la empresa. Acotando que, aunque sobre el mismo se formuló tacha de falsedad ideológica en la etapa procesal correspondiente por la llamada a juicio, no se cumplió con la carga de contraprobar conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, pues sobre tal aspecto tampoco se allegó medio de convicción, de manera que no hay ninguna razón para restarle validez.

Ahora, en gracia de discusión si la Sala obviara dicha deficiencia probatoria y concluyera que la señora Olga Lucia Rodríguez Rojas no tenía capacidad y facultad para expedir la certificación, tal situación tampoco tendría la virtud de socavar su eficiencia probatoria, en la medida que, al provenir de un tercero, debe tenerse como documento declarativo emanado de terceros, conforme lo dispone el artículo 262 del CGP y, en tal virtud, debe apreciarse su fuerza valorativa, en la medida que la demandada tampoco solicitó en momento oportuno la ratificación por parte de la citada persona.

En esa medida, su contenido, como se dijo, sólo refuerza la relación laboral que ató a las partes, y en esta perspectiva, se concluye que el Juez de primera instancia si bien erró al no valorar la certificación, no incurrió en el dislate que le atribuye la censura, máxime cuando es claro que la decisión que tomó se soportó en las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal del gestor del proceso en favor del extremo pasivo de esta Litis y 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.

Además, la anterior conclusión no se puede desechar por el hecho de que, en la historia laboral de Colpensiones y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, se aluda a que la actora realizó aportes como trabajadora independiente al subsistema de seguridad social en pensiones o que en la reclamación que hizo a la encartada adiada 23 de junio de 2015, hubiere señalado la existencia del contrato de prestación de servicios, pues aquellos documentos no tienen la fuerza demostrativa para enervar la presunción de la que es beneficiaria la promotora del litigio.

En este punto vale la pena resaltar que los citados documentos se pierden de vista cuando es claro que dada la naturaleza de la actividad que realizó la gestora del proceso, esta no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, en atención a que sus labores no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requería en virtud de la actividad comercial que realiza la encartada, tampoco científica y técnica.

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

Unicidad contractual

Ahora bien, establecido que el vínculo que unió a la demandante con la sociedad demandada se dio a través de una verdadera vinculación laboral, le compete a la Sala

establecer los extremos temporales de la citada relación. En ese sentido, el ataque contra la sentencia de primer grado que propone la apelante trabajadora se encuentra dirigido a que las partes estuvieron vinculadas mediante un único contrato de trabajo y no por dos como lo declaró la sentencia de primer grado. Para tal efecto aduce que la vinculación laboral sin solución de continuidad se encuentra probada con el reporte de semanas expedida por Colpensiones y el Fondo de Pensiones, que dan cuenta que la trabajadora realizó aportes pensionales dentro del hito que se extraña. En virtud de ello, procederá la Sala a verificar si existe unicidad en el nexo contractual.

Sobre ese aspecto, cumple advertir de entrada, que analizadas en conjunto las pruebas aportadas por las partes, con total certeza se razona de ellas que no se encuentra demostrada la prestación personal del servicio de la promotora dentro del interregno que extraña, siendo de su resorte haber probado dicha circunstancia, en los términos del artículo 167 del CGP.

Lo anterior, se explica porque de acuerdo con las documentales adosadas al plenario por el extremo activo, no conducen a demostrar que la actora dentro del intervalo entre 1 de noviembre del 2011 al 31 de agosto del 2012 laboró o prestó su servicio personal a favor de la empresa, no siendo factible, como se pretende, inferir dicho periodo sobre la historia del resumen de semanas cotizadas que se allegó, pues aquel nada dice sobre la unicidad de la relación laboral que se pregona y por el contrario, lo que sí demuestra con tal documento es la solución de continuidad que le imprimieron las partes a la relación laboral.

Precisando que si bien esta Sala le dio fuerza persuasiva a la certificación que expidió la señora Olga Lucia Rodríguez, tampoco es un elemento probatorio suficiente para demostrar que hubo unicidad en la relación laboral que se pregona, como consecuencia del periodo de solución de continuidad que allí se indicó, esto es, entre el 29 de junio de 2012 al 1 de septiembre de 2012, tiempo durante el cual la actora tampoco acreditó haber prestado sus servicios.

Bajo ese norte, es necesario destacar por esta Corporación que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral *"solo se consideran aparentes o formales las interrupciones cortas entre la finalización y la iniciación de uno y otro contrato, entendidas como aquellas inferiores a un mes, por lo que las que sean superiores, permiten inferir la intención de las partes de no darles continuidad"* (SL574-2021); en el caso sometido a estudio es claro que, del análisis de la certificación hubo un lapso superior a 30 días que no permiten presuponer la no solución de continuidad de la prestación de servicios de la trabajadora del 16 de septiembre del 2009 al 10 de enero del 2014.

En este punto, debe dejarse claro que, aunque en la certificación se indicó que los extremos temporales de las dos relaciones se ciñeron a partir del 16 de septiembre de 2009 al 29 de junio del 2012 y del 1 de septiembre del 2012 al 10 de enero del 2014, tal aspecto no resulta suficiente para entrar a modificar la condena de primer grado, en razón a que no fue materia de alzada, en tanto que la censura estuvo dirigida únicamente a demostrar la existencia de un solo vínculo laboral, que tal como se vio, no está plenamente probado.

Así las cosas, es claro para la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia en lo que hace a este punto de apelación, iterando, en la medida que no puede predicar la existencia de un solo contrato de trabajo.

Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio, punto sobre el cual la parte actora atribuye un dislate al A quo, considerando que la prescripción no operó en la medida que, al desconocer la existencia del contrato de trabajo, no se percató del alcance de la reclamación, misma que presentó para interrumpir la prescripción de su derecho, esto es el 25 de junio del 2015. Mientras la demandada le imputa un desacierto a la sentenciadora de primer grado, concluyendo que la relación laboral se encuentra afectada de prescripción y, por tanto, también los aportes pensionales.

Respecto de los reproches indicados, tempranamente esta Sala de Decisión Laboral debe señalar que no le asiste razón a ninguna de las partes, al atribuirle un desatino a la intelección que llegó el juez de primer grado y que llevó a declarar probada la excepción de prescripción de las acreencias laborales, a excepción de los aportes pensionales, como pasa a explicarse:

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

Ahora, el A quo, para declarar probada la excepción de prescripción, indicó que, para los contratos laborales vigentes entre el 16 de septiembre de 2009 al 31 de octubre del 2011 y 1 de septiembre del 2012 al 10 de enero del 2014, había operado el término prescriptivo, al transcurrir más de 3 años hasta la presentación de la demanda, que lo fue el 21 de junio de 2018. Además, hizo hincapié en que la reclamación que hizo la actora no surtía los efectos pretendidos, ya que no se había esgrimido ninguna de las pretensiones esbozadas en el libelo incoatorio.

De acuerdo con ello, es claro que no se equivocó al aplicar los efectos de la prescripción en lo que hace a las reclamaciones solicitadas en el escrito primigenio, esto es, auxilio de cesantías y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, sanción por la no consignación de las cesantías y pago de intereses e indemnización moratoria, al transcurrir más de tres años desde su exigibilidad a la radicación de la demanda. Y es que de otra forma no podría concluirse en la medida que en el presente asunto no operó la interrupción de la prescripción con el escrito que se puso en conocimiento del empleador y que obra a folios 40 a 42 del expediente, en tanto que aquel no contuvo el derecho o prestación debidamente determinado, ello de cara a la reclamación que hizo, según la cual dejó sentado:

"(...) me permito respetuosamente solicitar lo siguiente:

- *Mediante contrato a término indefinido de Septiembre 16 de 2009 a Junio 29 de 2012 lo siguiente:*
 - *Descuentos realizados por concepto de Salud que nunca fueron aportados a la EPS durante la duración del contrato*
 - *Subsidio caja de Compensación durante la duración del contrato*

- *Aportes a pensión descontados y no aportados al fondo de pensiones, solicito poner al día dichos aportes.*

➤ *En relación al contrato de prestación de servicios comprendido en el periodo de Agosto 1 de 2012 a Enero 13 de 2014:*

- ✓ *Salarios pendientes*
 - *Un día de Junio de 2013*
 - *Dos días de Diciembre de 2013*
 - *Salario de enero de 2014*
- ✓ *Préstamos informales al señor Rodrigo Salamanca.*
 - *Transporte entrega de obsequios clientes diciembre de 2013*
 - *Saldos doblados de toallas*
 - *Transporte entrega de toallas*
- ✓ *Comisiones*

Acuerdo verbal de porcentajes de comisión: 30 días 3%, 60 días 2%, 90 días 1%, 120 días 0.5%.

Comisiones Desde agosto de 2012 a enero de 2014, excluyendo Hospital Militar Central y Hospital Moncaleano de Neiva, los demás clientes entran en las comisiones (relaciones detalladas enviada el correo indomedisltda@hotmail.com al señor Fabio Gonima."

De la citada reclamación no se evidencia que las pretensiones de la demanda hayan sido elevadas en contra de la empleadora, tal como lo dispone el referente normativo traído a colación, cuya exigencia, además, ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisando que aunque la connotación de simple reclamo, se predica de la informalidad de la solicitud, en tanto que no debe contener exigencias formales o lenguaje técnico o jurídico para salir avante (SL 2979-2021, que reiteró las sentencias SL 12900-2014 y SL 4554-2020), *"Pero el reclamo escrito, con virtud para interrumpir la prescripción, no puede hacerse en forma abstracta, indefinida o indeterminada, como solicitar el pago de los derechos laborales o el reconocimiento de prestaciones sociales o la satisfacción de las indemnizaciones legales o convencionales o el otorgamiento de los descansos obligatorios. (...) Siempre debe individualizarse y precisarse el derecho reclamado. Por ejemplo, solicitar el pago de cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, pensión de jubilación, pensión de vejez, etc."* (rad. 30437 del 1 de febrero de 2011, reiterada en sentencias SL 3786-2020 y CSJ SL 4331-2020)

Por lo expuesto, la sentenciadora de primer grado atinó al concluir que las pretensiones de índole condenatorio estaban afectadas por la prescripción conforme al medio exceptivo propuesto. Lo anterior, también conlleva a concluir que esta opera respecto de derechos de crédito o patrimoniales, y no sobre la declaratoria del estado jurídico, como lo pretende ahora la demandada apelante; pues *"las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles (...) De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y, a continuación, declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento."* (SL 5129-2019)

Dadas esas razones, y como quiera que en este asunto operó la prescripción respecto de las pretensiones de índole económico que se indicaron en el escrito de demanda, a excepción de los aportes al subsistema de seguridad social en pensión reclamados, en tanto que aquellos son imprescriptibles (SL 3828-2021), no otra decisión habrá que

adoptarse más que la de confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

Costas

La Sala se abstendrá de condenar en costas a las partes, ante la no prosperidad de los recursos de apelación propuestos. Las de primera instancia se confirman.

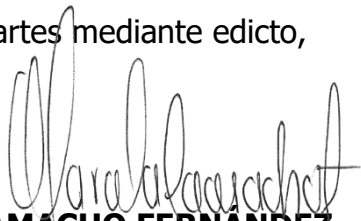
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

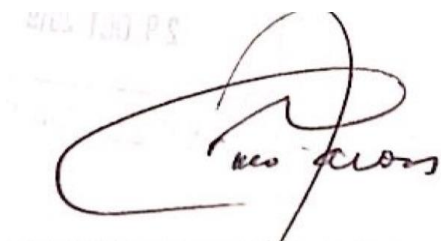
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de marzo del 2021, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS 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: DARÍO ANTONIO GONZÁLEZ PERDOMO
Demandada: LA CANCEL S.A.S.
Radicado No.: 32-2020-00285-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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. Darío Antonio González Perdomo, instauró demanda ordinaria contra La Cancel SAS, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, mismo que terminó sin justa causa por parte de la empleadora. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de cesantías y sus intereses, sanción moratoria por falta de consignación del auxilio de cesantía en un fondo, vacaciones, prima de servicios, indemnización correspondiente a 180 días, conforme a lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, aportes al sistema de seguridad social, salarios dejados de percibir, indemnización moratoria, propinas, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que inició un vínculo laboral con la sociedad Pérez Mariño y Cia S.A.S. en el año 2011, persona jurídica que fue liquidada en el año 2017, siendo constituida la empresa La Cancel S.A.S., sociedad que continuó con su contrato de trabajo a término indefinido. Indicó que ostentó el cargo de Oficios Varios desde el 22 de junio de 2018 hasta el 2 de febrero de 2019, fecha en la cual, pese a que sufrió una enfermedad de origen laboral, la empresa decidió terminar su contrato de forma unilateral. Refirió, además, que como salario se pactó la suma de \$1.200.000, más propinas.

Expuso que el 2 de febrero de 2019 sufrió un accidente cerebro vascular, estando en su horario laboral y prestando su servicio a favor de la encartada, por lo que, debido a la citada situación de salud, le fue otorgada incapacidad por parte de la EPS desde dicha data y por el término de 6 meses. Advirtió que, en atención a las incapacidades expedidas, la demandada termina el vínculo contractual, sin cancelar a su favor la liquidación de prestaciones sociales, salarios dejados de percibir y aportes al sistema de seguridad social. Además, anotó que la demandada recolectaba las propinas sobre el 10% de las ventas, mismas que nunca fueron distribuidas entre los empleados. (Expediente digital, PDF 03. SUBSANACION

DEMANDA, pág. 11 a 17).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones esbozadas en el libelo introductorio. Frente a los supuestos fácticos los negó, indicando que el actor celebró varios contratos de diferentes naturaleza con la persona jurídica Pérez Mariño y Cia S.A.S., señalando que el primero de ellos fue un contrato de prestación de servicios que tuvo vigencia el 5 de julio de 2011 y el 15 de septiembre del 2013; el segundo y tercero de naturaleza laboral entre el 1 de junio del 2014 al 6 de octubre del 2015 y el 1 de febrero de 2016 al 3 de junio del 2018, mismo terminó por renuncia del trabajador.

Esgrimió que la liquidación de la citada sociedad fue el 14 de noviembre de 2018 y la sociedad La Cancel SAS, fue constituida el 10 de febrero de 2017, frente a la que el demandante no celebró, tampoco desarrollo ni ejecutó actividades dentro de un contrato de trabajo, en tanto que los servicios prestados fueron de apoyo logístico en las diferentes sedes de la empresa, actividades que dependían de la autonomía del actor, sin imposición u obligación de su parte. Agregó que las actividades se prestaban en forma esporádica, lo anterior debido a que su esposa tenía serios quebrantos de salud y debía atenderla y acompañarla, por lo que no podía vincularse laboralmente para cumplir con obligaciones subordinadas.

Expuso que no es cierto que el promotor de la litis haya sufrido enfermedad laboral el 2 de febrero de 2019, dado que las afectaciones fueron de origen común y de naturaleza cardíaca y no neurológica; aunado a que las incapacidades del demandante iniciaron el 20 de junio del 2019 por una situación de naturaleza oftalmológica, según los anexos de la demanda. Aludió a que el actor no tenía horario, no contaba con salario fijo y mensual, ni tenía derecho a recibir propinas, además, que la empresa no ejerció ninguna gestión tendiente a finalizar el contrato, debido a que el actor dejó de prestar sus servicios meses antes de la incapacidad, ultimando, en que no existía obligación de pagar sumas de dinero, tampoco aportes al sistema de seguridad social, teniendo en cuenta que la naturaleza del servicio que prestó no era laboral.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, falta de causa, mala fe, prescripción, compensación y buena fe. (Expediente digital, PDF 06. Contestacion).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de febrero del 2021, en la que el fallador declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; y condenó en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, en primer término, trajo a colación los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 22 y 23 del CST, esto es, la prestación personal de un servicio, la subordinación y el pago de una remuneración. Además, afirmó que la relación laboral se presumía en los términos del artículo 24 del CST y sobre tal aspecto hizo hincapié en la interpretación que ha realizado sobre aquella preceptiva por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a ello, estimó que, de acuerdo con las pruebas allegadas por las partes, al actor le asistía una carga probatoria conforme lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, misma que adujo no cumplió y en esa medida no podría determinar la existencia del contrato de trabajo entre las partes. Refirió que si bien se podría inferir una sustitución patronal con la empresa Pérez Mariño y Cia S.A.S., no obstante, indicó que tal situación no fue alegada por la parte actora en su escrito introductorio, tampoco se demandó a dicha sociedad, y aunque de los interrogatorios de parte podría concluirse que los representantes legales

de cada una de las empresas son las mismas personas, lo cierto es que son dos personas jurídicas distintas.

Así las cosas, ultimó que no se acreditó la prestación personal de manera continua y subordinada por parte del actor a favor de la encartada, tampoco se acreditaron los extremos temporales que se aducen en la demanda, ni se acreditó que el supuesto vínculo del contrato de trabajo se hubiera terminado como consecuencia de un accidente o una enfermedad laboral o por las continuas incapacidades médicas, por lo que debería, al margen de lo anterior, absolver a la demanda de todas las pretensiones incoadas en su contra. (Expediente digital, audio 10. Audiencia Alegatos y Fallo 03-Feb-2021)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que en la sentencia de primer grado se dijo la inexistencia del contrato realidad entre las partes, situación que dista de la realidad habida cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se prestó el servicio. Así, luego de hacer un recuento de las etapas procesales que se siguieron dentro del proceso y traer a colación la sentencia T-903-2010, dijo que la distinción y la particularidad del contrato de prestación de servicios *"radica en oficios donde no hay necesario la prestación personal del mismo, como lo había manifestado en los alegatos, al no considerarse una profesión liberal la de ser un mesero, se habla en este orden de ideas de un contrato laboral y no un contrato de prestación de servicios que vincula a un contratante a un contratista. Es así como únicamente tienen el propósito de cumplir con lo acordado en dicho contrato, situación que para ese caso en concreto al ser increpado los testigos en juicio se evidenció que no tenían claridad absoluta sobre la característica del contrato que habían consensuado con mi prohijado. Únicamente tenían claro al momento de contestar que no era función encomendada natural del contrato de trabajo, sino que se trataba de prestación de un servicio. Punto de las demás características propias del contrato de prestación de servicios no se presentaron situaciones concretas que llevaran al juzgador a definir con certeza sobre la perfección de dichos contratos y que para la litis que nos ocupa, se hubieran cumplido a cabalidad según la norma y la jurisprudencia, teniendo en cuenta que la contraprestación nunca se realizó y mediante cuentas de cobro como se llegó a manifestar o por lo menos procesalmente no se evidencia dicha situación, además, la actividad desempeñada por parte del señor Darío no cumple con las características propias de un contrato de naturaleza civil, comercial, como lo había indicado anteriormente en virtud de que según los testimonios decretados y aceptados por el Despacho mi prohijado era subordinado de la persona encargada de la administración que en el término o plazo de ejecución contrató, nunca tuvo fecha cierta, que mi prohijado debía asistir personalmente a cumplir con sus funciones como mesero y en ocasiones funciones de lo que comúnmente se conoce como todero u oficios varios como lo he manifestado en el libelo introductorio, ya que debía atender pedidos, de encargarse de caja, de mesero hasta cubrir la parte administrativa de la empresa, que no son oficios propios digamos para, valga la redundancia, el oficio que mi prohijado había tenido en la experiencia y había llegado a desempeñarse. Las actividades que desempeñan en este orden de ideas las personas en lo concerniente a cumplir funciones de servicio a la mesa, en este sentido puedo indicar que es pertinente y riesgoso vincular meseros y cocineros, pues en sus labores se configuran los tres requisitos consagrados en el artículo 23 del CST (...) lo cual es claro que estas tres circunstancias las cumplió mi prohijado a favor de la sociedad hoy entonces demandada."* (Expediente digital, audio

10. Audiencia Alegatos y Fallo 03-Feb-2021)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Alegó en su favor que la sentencia objeto de alzada reconoce en principio la situación presentada en la fluctuación de la razón social de la demandada antes PÉREZ & MARIÑO CIA, teniendo actualmente la razón social de LA CANCEL S.A.S., siendo esta última la sociedad que, a criterio del juzgador como sociedad exenta de relación laboral, por lo cual no es posible reconocer una prestación de un servicio mediante contrato realidad. Sin embargo, de conformidad con la Corte Constitucional, la

particularización y distinción del contrato de prestación de servicios radica en oficios donde no es necesario la prestación personal del servicio y que tanto contratante como contratista únicamente tienen como propósito cumplir con lo acordado en dicho contrato, situación que para el caso concreto al ser interpelados los testigos en juicio, se evidenció que no tenían claridad absoluta sobre la característica del contrato que habían consensuado entre las partes, únicamente tenían claro al momento de contestar que no era una función encomendada natural del contrato de trabajo, sino que se trataba de la prestación de un servicio.

5.2. Parte demandada. En su escrito de alegaciones expuso que desde la contestación aceptó que el actor desarrollo actividades laborales para otro empleador que no fue llamado a este proceso durante diferentes periodos y bajo figuras contractuales diferentes, por manera que de la supuesta relación celebrada entre las partes no obra ningún documento que permita inferir la existencia del vínculo laboral perseguido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- ✓ ¿La sociedad La Cancel SAS, fungió como empleador del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- ✓ ¿Se equivocó la juez de primer grado al considerar no demostrados con exactitud los extremos temporales, lo cual impide calcular los derechos laborales o sociales que le correspondía al demandante?
- ✓ De encontrarse desacertada la conclusión de la a quo, se estudiará ¿Es factible el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que reclama el actor en el libelo introductor?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso recordar que el recurrente reclama que la a quo desconoció las normas que regulan el contrato laboral, pues, a su criterio claramente estaba probado su existencia en tanto que así lo señalaban los elementos probatorios, además, porque la propia naturaleza de la actividad que desempeñó el actor no podría llevarse a cabo bajo las directrices del contrato de prestación de servicios, lo que permitiría de entrada la prosperidad de sus pretensiones.

Sobre tal aspecto, se hace necesario recordar 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 CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por

manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

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

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

"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»."

Precisión necesaria para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral, por manera que le incumbe a la parte actora probar la prestación personal del servicio, a fin de activar la presunción legal, con lo cual la accionada asume la obligación de desvirtuar que ella no tuvo su fundamento en un contrato de trabajo; prestación personal que valga precisar, se halla demostrada, contrario a lo indicado por el A quo, pues la demandada en su escrito de contestación la aceptó al referir que el actor ejerció la labor de apoyo logístico en las diferentes sedes de la empresa La Cancel SAS, salvo la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios. Además, porque así se esgrimió en el interrogatorio de parte que surtió su representante legal, donde claramente se aduce que el señor Darío Antonio González Perdomo prestó los servicios como mesero, según las necesidades que tenía el establecimiento y conforme a la disponibilidad del actor.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de la encartada, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la accionada desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que el señor Darío Antonio González Perdomo ejecutó la labor de mesero mediante un contrato de prestación de servicios o decir que lo hizo para otra persona jurídica, pues lo imperativo era demostrar que tal actividad la hizo en forma autónoma e independiente, máxime

cuando la actividad realizada para un tercero no excluye automáticamente la relación subordinada, conforme a lo consagrado en el artículo 26 del CST, según el cual *"un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo"*

Otro aspecto que llama la atención de la Sala que dada a la naturaleza de la actividad que realizó el actor, está no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, como en su momento lo pretendió ver la encartada, y, por el contrario, estaba atada al sometimiento del actor a las órdenes, directrices y sugerencias de esta, como bien lo aduce la apoderada judicial del demandante. Adicionalmente, obsérvese que la actividad principal que desarrollaba el actor consistía fundamentalmente en el servicio de mesero al interior de los establecimientos de la demandada, lo cual, sin duda guarda relación con el objeto social de la empresa, en tanto que el certificado de existencia y representación legal allegado junto con la subsanación de la demanda, advierte que la sociedad tiene por objeto principal, entre otras, "EXPENDIO A LA MESA DE COMIDAS PREPARADAS", por lo que tal actividad que ejerció el demandante en forma personal, es una labor necesaria para el desarrollo de la actividad económica de la empresa y por ello debía ser contratado con ajuste a la normativa laboral.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fuese desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva. Nótese, que si bien se escuchó al señor Juan Luis Pérez Álvarez, testigo de la parte demandada, pretendiendo con dicha prueba advertir la autonomía e independencia con la que realizó la actividad el actor, lo cierto es que nada dijo sobre este aspecto y, por el contrario, corroboró que el actor prestó sus servicios a favor de la sociedad demandada en forma subordinada, como mesero de los establecimientos, explicando que dada su experiencia en las actividades de mesero y que ejerció durante un largo tiempo, no existía necesidad de decirle cómo hacer sus labores, para el que fue contratado.

De lo expuesto se sigue, que entre las partes existió un contrato de trabajo y, por tanto, Darío Antonio González Perdomo, tendría derecho a las prestaciones sociales y demás prerrogativas propias de la vinculación laboral, cuyo pago no se demostró durante la relación, a su terminación o, en el transcurso del proceso.

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

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime al trabajador de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, así como la jornada laboral, pues es indispensable en procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

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

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

...recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros"

Conforme al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si el aquí actor acreditó si la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida y dentro de los extremos que se afirman en el escrito genitor, esto es, entre el 22 de junio del 2018 al 2 de febrero del 2019 y jornada laboral; o si por el contrario esta fue esporádica u ocasional como lo alega la encartada; cumple decir que ningún elemento de prueba se allegó tendiente a demostrar la prestación personal de servicios subordinada de forma ininterrumpida y dentro los hitos temporales que se adujeron, lo que significa que no se cumplió con el principio de autorresponsabilidad que rige la prueba judicial.

En ese orden de ideas, la Sala al evaluar el testimonio de la señora Victoria Eugenia Vélez Calderón, testigo de la parte actora, de su dicho no se podría llegar a la conclusión de que se encuentran acreditados los citados presupuestos, nótese que aquella al deponer si bien manifestó que laboraba junto con el actor y que aquel ejercía la actividad de mesero y apoyo a la parte administrativa, no obstante, es claro que tal supuesto le constaba en la medida que era su compañero de trabajo en la sociedad Pérez Mariño y CIA SAS, sin que de manera alguna le conste la actividad que desempeñó el promotor de la litis a favor de la sociedad demandada. Acotando que las documentales allegadas también son insuficientes para probar los supuestos esbozados y de esta forma llegar a alguna decisión, en tanto que sólo obran la historia clínica y certificación expedida por EPS Famisanar SAS, en el que se indica que quien realizó durante dos meses los aportes a salud a favor del trabajador fue la empresa Pérez Mariño y CIA SAS, la cual, se reitera no es demandada en este juicio.

Conforme a lo dicho, pese a haberse llegado a la conclusión de que entre las partes se verificó un contrato de índole laboral, los extremos de la relación no fueron probados, pues si bien, la presunción de que trata el Art. 24 del C.S.T., traslada la carga a la demandada de desvirtuar la relación laboral, ello no exime a la parte actora de probar los supuestos fácticos en los que funda sus pretensiones, máxime cuando en la contestación que hiciere la parte enjuiciada, se negaron todos los hechos de esta, con la aclaración de que el servicio del actor se prestó de forma esporádica e interrumpida. Además, debe tenerse en cuenta que el único medio de convicción contundente en el caso de marras que se allegó por la parte actora para demostrar tales presupuestos, esto es, el testimonio de la Sra. Vélez Calderón, en nada dijo al respecto, pues no le constaba ningún supuesto desarrollado dentro de la actividad que ejerció el actor a favor de la sociedad demandada.

Así las cosas, al haberse desconocido y negado por la demandada, los hechos que constituyen el fundamento de la demanda, respecto de la existencia de la relación laboral, le correspondía al demandante acreditar los mismos en el asunto, conforme lo señalan las reglas sobre el régimen probatorio contemplado en el artículo 167 del C.G.P., y aportar las pruebas necesarias para ratificar su dicho, lo cual es acorde con el criterio sentado por

vía jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, de que lo afirmado en la demanda no constituye prueba a favor del actor habida consideración de que proviene de la parte interesada.

Por lo anterior, mal podría efectuarse la liquidación de las prestaciones que le llegaren a corresponder sobre un hecho no probado, ya que no es dable suponer los extremos de la relación, a fin de ordenar el pago de acreencias laborales, luego ante la evidente inactividad probatoria, imperativo resulta para la Sala confirmar la sentencia de primer grado, aunque por las razones esgrimidas en esta providencia.

Costas.

Sin costas en esta instancia judicial. Las de primera se confirman.

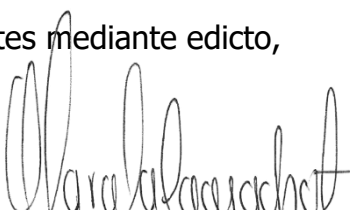
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

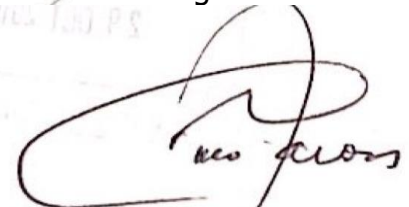
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de febrero del 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS 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: RAMIRO MOLINA SOTO
Demandada: SEGURIDAD EL FUTURO LTDA Y OTROS
Radicado No.: 07-2016-00441-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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. Ramiro Molina Soto, instauró demanda ordinaria contra Seguridad el Futuro Ltda y solidariamente a Luis Alfonso Pulido Ávila y Catalina Castañeda Prada, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, con fecha de iniciación el 16 de enero de 2014 y vencimiento el 15 de enero 2015, mismo que terminó sin justa causa y sin previo aviso el 14 de junio del 2014. En consecuencia, se condenará a la encartada y en forma solidaria a las personas naturales al pago de cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, salarios, perjuicios morales, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue vinculado por medio de un contrato de trabajo a término fijo, adiado el 16 de enero de 2014, con fecha vencimiento el 15 de enero de 2015, para desempeñar las labores de vigilante, devengando la suma de \$817.000. No obstante, indicó que después de cinco meses de labores, su empleador dio por terminado su vínculo laboral antes del vencimiento, es decir, sin previo aviso y justa causa comprobada, argumentando, la terminación del nexo contractual suscrito con la Agrupación de Vivienda Francisco José de Caldas. Esgrimió que, durante su vinculación al servicio de la empresa demandada, esta no pagó sus prestaciones sociales, vacaciones y subsidio de transporte, tampoco los salarios del mes de mayo y 16 días de junio de 2014.

(Expediente digital, PDF 01. Cuaderno Principal, pág. 1 a 8).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, a través de Curador Ad Litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que deberán ser probadas, en tanto que no existe copia del contrato de trabajo, tampoco

evidencia prueba sumaria que confirme lo expresado por el actor. No propuso excepciones. (Expediente digital, PDF 01. Cuaderno Principal, pág. 133 a 139).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre del 2020, en la que el fallador declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al actor.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume toda relación de forma personal que está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, para demostrar el vínculo laboral, únicamente se allegó la prueba testimonial del señor Antonio Molina Caicedo, del que no puede verificar su existencia. Refirió que no existe prueba documental del contrato de trabajo a término fijo que se indicó en el libelo incoatorio, tampoco el actor demostró la prestación del servicio, para con la sociedad demandada, de manera que debía absolver a la demanda de todas las pretensiones incoadas en su contra. (Expediente digital, audio 07. Audiencia Fallo)

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que *"el proceso se hizo, se realizó antes de esta emergencia que nos está azotando todos los colombianos, entonces, están en el expediente, ahí se hicieron con las pruebas se lograron pedir interrogatorio a las partes con exhibición de documentos, aunque no tengo conocimiento en el fondo de proceso por estar en Bogotá y estoy en Valledupar creo, no se si en el expediente si esas pruebas se recaudaron o no se recaudaron aunque fuera el interrogatorio de las partes, de ser así, pues no habría mayor cosa que pedir, pero de no ser así de que no se hubieran diligenciado esos interrogatorios a las partes y no se le hubiera pedido la exhibición de los documentos, yo solicitó respetuosamente al superior para que revise la sentencia y de acuerdo al agotamiento del proceso el decida en su mediano juicio a ver que paso con este expediente, con las pruebas que solicitaron."* (Expediente digital, audio 07. Audiencia Fallo)

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en auto anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- i) ¿La sociedad Seguridad el Futuro Ltda, fungió como empleador del actor dentro del lapso señalado en el libelo genitor?

- ii) De ser así, el segundo problema jurídico consistirá en determinar ¿cuál fue el salario que devengaba el demandante en vigencia del nexo contractual y si hay lugar o no al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás pretensiones de orden condenatorio que se solicitó en la demanda?
- iii) Para finalmente establecer ¿Existe o no responsabilidad solidaria de los señores Luis Alfonso Pulido Ávila y Catalina Castañeda Prada conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del CST?

De la relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, 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 exige 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 le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 16 de enero del 2014 al 15 de enero de 2015. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, el Curador Ad Litem, quien representa los intereses de la empresa Seguridad el Futuro Ltda, señaló no constarle ello y por la misma razón se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo.

En ese sentido, aun cuando adujo el demandante la existencia de una relación laboral con dicha sociedad, no arrió ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, dado que en momento alguno demostró la prestación efectiva del servicio a favor de la empresa que aduce ser el empleador. Lo anterior, por cuanto únicamente se allegó al informativo como medio de prueba el testimonio del señor Antonio Molina Salcedo, hermano del aquí demandante, quien, si bien indicó que laboró a favor de la demandada en el cargo de guarda de seguridad, devengando la suma de \$870.000, dentro de los hitos temporales aducidos en la demanda, lo que sería suficiente para demostrar la prestación del servicio a favor de la demandada, lo cierto es que surge para la Sala duda razonable sobre lo dicho por aquel testimonio en la medida que lo hizo con tal precisión que raya con las reglas de la experiencia.

Así, tal como lo expresa el juez de primer grado, las reglas de la experiencia enseñan que no es fácil recordar, al menos con tanta precisión, la fecha de trabajo del mismo, extremos temporales, salario y la vigencia de la relación laboral de un tercero, como sucede en este asunto en particular, máxime cuando no mencionó con detalles de tiempo, modo y lugar la forma en que obtuvo dicha información, al punto que la exposición hecha por el testigo en sentido de indicar la fecha de inicio y finalización del contrato acaeció cinco años atrás de cara a la fecha en que se surtió su declaración, lo que hace aún más su difícil recordación.

Por consiguiente, es claro que se debe descartar el dicho del testigo, a más de que en este asunto no se allegó otro soporte probatorio, con el cual la Sala, en su sana crítica, apoyara la declaración del testimonio y tuviera por sentado la existencia de la relación laboral.

Ahora, si bien el ataque que se dirige en contra de la sentencia de primer grado también se encontraba orientado a que esta Sala revisará el decreto y práctica de pruebas que se surtió en primera instancia, tal petición no puede salir adelante en esta instancia judicial, por no ser la etapa procesal correspondiente, debiéndose en todo caso anotar que el interrogatorio de parte pretendido a los demandados no pudo llevarse a cabo por la potísima razón de aquellos son asistidos por Curador Ad Litem, a quien le está vedado realizar actos que están únicamente reservados a quien concurre, como es la confesión, entre otros.

En el hilo de lo expuesto si lo que pretendió el actor es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente 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.

Ello es así, dado 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.

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, no le queda otro camino a esta Sala que confirmar la sentencia de primer grado.

Costas.

Sin costas en esta instancia judicial. Las de primera se confirman.

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 16 de septiembre del 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

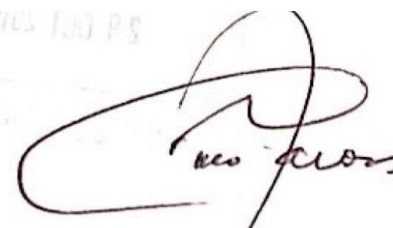
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto)

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: WILSON JAVIER VILLAMIL Y BÁRBARA VILLAMIL
Demandados: ICBF – HEREDEROS INDETERMINADOS Y DETERMINADOS DEL SEÑOR EDUARDO VILLATE BOBADILLA.
Radicado No.: 15-2018-00293-01
Tema: CONTRATO REALIDAD – APELACIÓN - MODIFICA

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º 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. Wilson Javier Villamil y Bárbara Villamil, instauraron demanda ordinaria contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su calidad de heredero determinado del señor Eduardo Villate Bobadilla y demás herederos determinados e indeterminados de aquel, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero de 1994 al 13 de febrero del 2018, en lo que hace al primero de los demandantes; mientras que con la segunda desde el 10 de agosto del 2007 hasta el 13 de febrero del 2018.

En consecuencia, se disponga a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, trabajo suplementario, devolución de pagos realizados al subsistema de seguridad social en salud, en la proporción que le corresponde realizar al empleador, aportes pensionales, indemnización moratoria, indemnización de perjuicios por no suministrar calzado y vestido de labor, sanción por la no consignación de cesantías, indexación y lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que la señora Barbara Villamil fue contratada por el señor Eduardo Villate Bobadilla el 1 de enero de 1994 a través de un contrato verbal, para desempeñar el servicio doméstico, modalidad interna en la casa donde vivía aquel en compañía de otros familiares, devengando en el año 1994 la suma de \$98.700 y, para la fecha en que terminó la relación laboral por causa de muerte de su empleador, esto es, el 13 de febrero del 2018 la suma de \$781.242. Por su parte, el señor Wilson Javier Villamil informó que fue contratado verbalmente el 10 de agosto de 2007, para desempeñar el cargo de oficios varios, devengado un salario al inició de la relación laboral la suma de \$433.700 y al final, esto es, el 13 de febrero del 2018 la suma de \$781.242.

Refirieron que siguen viviendo en el inmueble donde han residido siempre y no conocen parientes dentro de los 4 primeros órdenes hereditarios de su empleador, por lo que su único heredero es el ICBF demandado. Advirtieron que el señor Eduardo Villate Bobadilla no canceló durante el tiempo en que estuvo vigente la relación laboral, las prestaciones sociales, trabajo suplementario, aportes al sistema de seguridad social integral y dotaciones. (Fol. 46 a 56).

2. Contestación de demanda.

2.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, indicando que no se puede probar que existió una relación laboral de tipo contractual o verbal entre los actores y el fallecido, y es con la muerte la que lleva a reclamar algo que debió haberse efectuado en vida del demandado. Señaló que no entiende cómo a la fecha se pueda reclamar la existencia de una relación laboral que, según data del año 1994, además, debía tenerse en cuenta que el reclamante Wilson Javier Villamil es hijo de la también demandante y reclama como empleado sin tener en cuenta que se benefició, según parece de las bondades del demandado German Villate Bobadilla. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, compensación, cobro de lo no debido y buena fe. (Fol. 115 a 121).

2.2. Demás herederos determinados e indeterminados. Al dar respuesta a la demanda, la curadora ad litem de los demás herederos determinados e indeterminados del señor Eduardo Villate Bobadilla, manifestó que no se oponía ni aceptaba las pretensiones de la parte activa, en tanto que debían ser demostradas dentro del proceso. En el mismo sentido, frente a los hechos manifestó que ninguno de ellos le constaba y, por lo tanto, debía probarlos los accionantes. En su defensa propuso como excepciones las de buena fe, prescripción, compensación y genérica. (Fol. 136 a 140 y 166 a 168).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de mayo del 2021, en la que el fallador declaró que entre la señora Barbara Villamil y el señor Eduardo Villate Bobadilla existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1 de enero del año 1994 al 13 de febrero del 2018. Declaró que entre el señor Wilson Javier Villamil y el señor Eduardo Villate Bobadilla existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 10 de agosto del año 2007 al 13 de febrero del 2018.

En consecuencia, condenó a los herederos determinados e indeterminados del señor Eduardo Villate Bobadilla a pagar a favor de los actores auxilio de cesantías y sus intereses, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, todo ello debidamente indexado; sanción por la no consignación de cesantías, aportes al subsistema de seguridad social en pensiones y costas procesales. Preciso que la responsabilidad del pago de estas sumas corresponderá a quien acredite ante el Juez competente o ante la autoridad competente, ser el heredero del señor Eduardo Villate Bobadilla, sea el ICBF o quien se determine.

Para arribar a tal determinación, se propuso verificar si en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas en el artículo 53 de nuestra Constitución política existía entre las partes un contrato de trabajo y, en consecuencia, si eran procedentes las pretensiones condenatorias que se esbozaron en la demanda. Así las cosas, en primer término, trajo a colación los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal de un servicio, la

subordinación y el pago de una remuneración. Además, afirmó que la relación laboral se presumía en los términos del artículo 24 del CST y sobre tal aspecto hizo hincapié en la interpretación que ha realizado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a ello, se adentró al estudio de los elementos probatorios obrantes al proceso, para resaltar que se encontraba demostrada la prestación del servicio personal de los demandantes a favor del fallecido, en especial porque la señora Myriam Aida Saha, deponente al interior del proceso, así lo ratificaba. Indicó que surgía la presunción de existencia del contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, misma que adujo no fue derruida por la parte demandada, y por el contrario todas las pruebas allegadas al plenario daban cuenta del vínculo laboral, además, por la naturaleza de las labores no podía ejercerse de forma independiente y autónoma.

Teniendo en cuenta las señaladas consideraciones, se dispuso entonces a verificar la procedencia de las condenas, para lo cual indicó que debía tener en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente, para su liquidación. Sin embargo, se propuso resolver la excepción de la prescripción formulada y en esa medida aludió a que de conformidad con el artículo 151 del CPT y de la SS y, los artículos 488 y 489 del CST, la prescripción de las acreencias laborales empezaba a contarse a partir de los tres años a su causación. Entonces, aludió a que como quiera que no existe reclamación de los trabajadores, debía tener en cuenta la presentación de la demanda para su interrupción y en esa medida consideró que los derechos laborales causados con anterioridad al 29 mayo del año 2015 se encontraban prescritos, a excepción de las cesantías, en tanto que se hacen exigibles al momento de la terminación de la relación laboral, las vacaciones que debe contarse al cabo de 4 años y los aportes a la Seguridad Social que no prescriben.

En tal virtud, aludió a que debía condenar el pago de prestaciones sociales y vacaciones, en tanto que no existía prueba de su pago. En lo que hace a la sanción por la no consignación de cesantías refirió que el fallecido estaba en obligación de consignar las cesantías a los trabajadores, razón por la cual, y en consideración a que no existía razones atendibles para su omisión, debía disponer su cancelación. Sin embargo, en lo que hace al pago del trabajo suplementario se abstuvo de ordenar su condena, toda vez que no existía prueba de lo realmente trabajado en horas extras y dominicales por aquellos. (Cd. a fol. 180)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación arguyendo que no es de recibo la declaratoria de la excepción de prescripción, en tanto que la relación laboral que quedó debidamente probada se dio sin solución de continuidad, por lo que se debió contar el término prescriptivo a partir de allí y no antes. Refirió que los demandantes manifestaron que como había temor a represalias de los patronos no iniciaron las reclamaciones a tiempo de sus acreencias laborales. Agregó que a folio 24 hubo un reconocimiento de estas por parte del fallecido, luego hubo interrupción de la prescripción, máxime cuando aquel hacía un reconocimiento público de la deuda que tenía por el factor prestacional respecto de sus empleados.

Indicó que la liquidación de la sanción por la no consignación de cesantías debió correr la misma suerte del auxilio de cesantías, es decir, que por su naturaleza no debió aplicar la prescripción. En lo que hace a las horas extras aludió a que si se encontraban debidamente acreditadas en tanto que un testigo dio cuenta de que los actores

laboraban desde las 6:00 am a las 11:00 pm. Además, debía tenerse en cuenta que los demandantes habían señalado que tenía un descanso al mes, por lo que no hubo un descanso como lo exige la norma. (Cd. a fol. 180)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Alegó en su favor que el A quo, de forma equivocada, da aplicación al fenómeno jurídico de la prescripción y en ese sentido reconoce acreencias laborales en los últimos tres años previos a la terminación de la relación laboral, desconociendo el tiempo restante que asciende a 21 años de trabajo, afectando sustancialmente los derechos constitucionalmente reconocidos a los trabajadores, máxime cuando se trata de personas con nivel de baja escolaridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente asunto se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por ser la sentencia de primera instancia desfavorable y no haber apelado. El recurso de apelación interpuesto por la parte actora se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

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

- ✓ ¿El señor Eduardo Villate Bobadilla, fungió como empleador de los aquí actores, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- ✓ De ser afirmativa la respuesta, el segundo problema jurídico consistirá en determinar ¿si hay lugar o no a modificar el valor de las prestaciones sociales, vacaciones y sanción por la no consignación de cesantías a favor de los demandantes, al considerar los apelantes que el A quo erró al declarar parcialmente la prescripción de los créditos reclamados?
- ✓ ¿Los actores tienen derecho al pago del valor de trabajo suplementario?

Relación laboral

Para resolver el 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 CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

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

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

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

"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 los aquí actores acreditaron la prestación de sus servicios en favor de la encartada, encuentra la Sala que se aportó declaración del señor Eduardo Villate Bobadilla, suscrita el 20 de noviembre del 2017 (fol. 24), según la cual, aquel certificó:

"(...) BARBARA VILLAMIL portadora de la cédula de ciudadanía No.21.014.046 desde el primero de enero de mil novecientos noventa y cuatro y su hijo WILSON JAVIER VILLAMIL desde el diez de agosto de dos mil siete, hasta el día de hoy veinte de noviembre de dos mil diecisiete, siguen trabajando en mi domicilio familiar atendiendo oficios domésticos, desde vida de mi madre y de mi hermano GERMAN VILLATE BOBADILLA (...)"

Aspecto fáctico que se corrobora con la prueba testimonial arrimada al proceso, fundamentalmente de lo expuesto de la señora Myriam Aida Saha Hurtado, quien en forma coherente, precisa y sólida indicó que por la cercanía, noviazgo y amistad con el *cujus* y su familia dio cuenta que los actores prestaron sus servicios a favor de aquel, en tanto que la señora Bárbara Villamil lo hizo desde 1994 como empleada del servicio doméstico, el señor Wilson Javier Villamil desde el año 2007, fecha en la que cumplió su mayoría de edad y salió de bachiller, en actividades de oficios varios.

Además, otro aspecto probatorio que debe tenerse en cuenta es la solicitud dirigida a la Personería de Bogotá calendada del 10 de agosto del 2016, suscrita por el señor German Villate Bobadilla, hermano del fallecido, misma de la que se relievra que el citado hizo saber que los aquí demandantes, en las fechas ya referidas, prestaron sus servicios a favor del señor Eduardo Villate Bobadilla, sin que haya liquidado ni pagado sus prestaciones sociales.

Así las cosas, encuentra la Sala que no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios de los señores Wilson Javier Villamil y Bárbara Villamil en beneficio del señor Eduardo Villate Bobadilla, pues, así se predica de los medios de persuasión traídos a colación, que ratifican que los promotores del proceso llevaron a cabo actividades personalmente a favor del difunto, labores que desempeñaron como oficios varios y servicio doméstico; significando de esto que los actores cumplieron con el primer elemento estructurante del contrato laboral, esto es, la actividad personal en favor del señor Eduardo Villate Bobadilla, como bien lo apuntó el A quo.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de los actores al servicio del *cujus*, 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 permita constatar que los actores desempeñaron sus labores de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que los señores Wilson Javier Villamil y Bárbara Villamil hayan desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba, entonces, dada tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación. Y es que, como lo esgrimió el juzgador de primera instancia, dada la naturaleza de la actividad que realizaron los gestores del proceso, no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, en atención a que sus labores no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional.

De hecho, lo que observa la Sala es que todos los medios de convicción allegados a este asunto dan cuenta que entre las partes existió un contrato de trabajo y, por tanto, lejos se encuentran de acreditar que el vínculo fuera ajeno a lo laboral, en la medida que, de acuerdo con el documento que suscribió el mismo señor Eduardo Villate Bobadilla, aquel siempre tuvo la firme convicción de que sus colaboradores siempre estuvieron bajo su poderío y dependencia, al punto de llegar a señalar:

"Me duele tener que reconocer que no le hice caso a mi hermano de ir liquidando los contratos laborales año por año y me opuse a que se les citara a oficinas de conciliación primero porque la deuda es muy grande y porque siempre he pensando en dejarles como pago la casa en donde resido junto con Wilson y Bárbara que son mi única compañía, pero como buen colombiano dejamos todo para última hora y la verdad es que esta situación me tiene acongojado, por eso, estando en mi sano juicio declaro con mi firma y mi huella que a Bárbara Villamil y a su hijo Wilson Javier Villamil les debo todas sus prestaciones sociales desde que iniciaron su trabajo hasta el día de hoy, nunca les he liquidado ni pagado nada de sus prestaciones."

Documento que no sobra precisar viene respaldado con su firma y sobre el cual no se formuló tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo declarado conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

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

primigenio en este punto, además, los extremos temporales de la relación laboral que se determinó, en tanto que así se hallan demostrados de los medios de prueba atrás anotados y del Registro Civil de Defunción que milita a folio 17 del expediente, que señala que el señor Eduardo Villate Bobadilla falleció el 13 de febrero del 2018.

Salario

El salario de base corresponderá al indicado por el A quo, esto es el salario mínimo legal mensual vigente, por así disponerlo el artículo 132 del CST.

Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio, punto sobre el cual la parte actora atribuye un dislate al A quo, considerando que la prescripción no operó en la medida que existió continuidad en los vínculos laborales; la sanción condenada debió correr la misma suerte del auxilio de cesantías y la renuncia de la prescripción que operó respecto de los créditos que reconoció el señor Eduardo Villate Bobadilla en su escrito del 20 de noviembre del 2017.

Respecto de los reproches indicados, tempranamente esta Sala de Decisión Laboral debe señalar que le asiste razón a la censura, no con respecto a que no se debía declarar por la existencia de continuidad e interrupción la excepción, o por el hecho de que la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 debe seguir la suerte del auxilio de cesantía, sino, porque aquí en efecto hubo interrupción natural del deudor, como pasa explicarse:

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

Ahora, si bien existe norma que gobierna el término de la prescripción, no sucede lo mismo con lo relacionado a la interrupción civil o judicial que obra en favor de uno o varios codeudores, por lo que se hace necesario acudir a la disposición del Código Civil que regulan tal cuestión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que no es otra que lo dispuesto en el artículo 2539 y s.s., que indica la procedencia de la interrupción y sus efectos:

"ARTÍCULO 2539. <INTERRUPCIÓN NATURAL Y CIVIL DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA>. La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524."

A partir de la citada disposición, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL5262-2018, que reiteró las sentencias SL9319-2016 y SL624-2017, concluyó sobre tal supuesto normativo lo siguiente:

"En virtud de todo lo expuesto en precedencia, conviene resumir de la siguiente manera las reglas jurisprudenciales reseñadas:

- *La prescripción se puede interrumpir de dos maneras: por el acreedor y por el deudor.*
- *La interrupción de la prescripción contemplada en los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS la hace el acreedor dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho.*
- *El término de prescripción para los derechos de los trabajadores oficiales se comienza a contar una vez transcurran 90 días después de finalizada la relación laboral.*
- *La interrupción que provenga del acreedor puede operar una sola vez y el escrito que presente debe cumplir con unas exigencias mínimas.*
- *Mientras no se agote la reclamación administrativa, en caso de reclamación del trabajador, el término de prescripción se encuentra suspendido.*
- *La interrupción natural de la prescripción, consagrada en el artículo 2539 del CC, es la que realiza el deudor cuando reconoce expresa o tácitamente la deuda, dentro del término trienal.*
- *La renuncia de la prescripción es el reconocimiento de la obligación que hace el deudor, posterior a la consolidación del plazo prescriptivo de los tres años.*
- *Tanto la interrupción natural como la renuncia por parte del deudor generan el efecto de volver a contabilizar de nuevo el término prescriptivo.*
- *La interrupción natural del deudor, a diferencia de la interrupción proveniente del acreedor, se puede producir varias veces.*
- *La interrupción del acreedor y la interrupción natural del deudor no son excluyentes e incompatibles, pues cuando ambas se presentan, para efectos de la prescripción, se toma en cuenta la última de ellas.*
- *Para que la interrupción del acreedor y la interrupción natural puedan confluir, ambas deben producirse con anterioridad a la extinción del término trienal de prescripción.*
- *La interrupción natural del deudor bien puede ser el producto de un reclamo efectuado por el acreedor o surgir voluntariamente, esto es, puede ser espontánea o provocada, solo que si se está frente a situaciones contempladas en el artículo 6° del CPTSS, esto es, ante reclamaciones escritas por parte del trabajador cuando el objeto sea demandar a la Nación o a cualquier entidad de la administración pública, es pertinente también aplicar las reglas relativas a la interrupción del acreedor o trabajador inicialmente explicadas.*

Así las cosas, aplicado al presente asunto el referente normativo y jurisprudencial atrás esbozado, debe decirse que el Juez de primer grado declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, pero de forma parcial, aduciendo que las

prestaciones sociales con anterioridad al 29 de mayo del 2015 se encontraban prescritas, a excepción del auxilio de cesantía, en tanto que se hacía exigible al momento del finiquito laboral; mientras que las vacaciones al prescribir por año causado, operaba en la práctica frente a cuatro periodos.

Lo anterior, dado a la interrupción que se produjo únicamente con la presentación de la demandada, esto es, el 29 de mayo del 2018 (fol. 40), además, porque los demandantes no formularon petición tendiente al reclamo de sus acreencias laborales al fallecido; lo que denota que al momento de indagar la interrupción del término prescriptivo, sólo tuvo a lugar la que pudo hacer el acreedor (artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.) y no la que se habría podido dar de manera natural por el deudor, a través del reconocimiento de la deuda (artículo 2539 del C.C.), de allí que se encuentre un yerro en su intelección.

Así las cosas, claramente le asiste razón a los apelantes en punto a que el Juzgador de primer grado erró al no percatarse del fenómeno denominado interrupción natural de la prescripción previsto en el Código Civil, ello a partir de que el deudor, en este caso, el señor Eduardo Villate Bobadilla, reconoció para el 20 de noviembre de 2017, es decir, previamente a la radicación de la demanda, adeudarle a los accionantes "*todas las prestaciones sociales desde que iniciaron su trabajo hasta el día de hoy*"; de ahí que haya lugar a modificar la condena respecto de estos rubros, es decir, de las prestaciones sociales, dentro de las cuales se encuentran las primas de servicios e intereses a las cesantías y sobre las que equivocadamente recayó de forma parcial la excepción de prescripción por el A quo.

Precisando, que en lo que hace a la prescripción parcial de la sanción moratoria ordenada por el juez primigenio, no habrá lugar a modificación, en tanto que aquella, contrario a lo sostenido por la recurrente, no hace parte de las denominadas prestaciones sociales que fueron interrumpidas por el deudor, a más que no corren la misma suerte del auxilio de cesantías como lo indica los actores, pues es claro que la indemnización tiene una regulación específica y su procedencia depende, entre otras cosas, si el empleador actuó de buena o mala fe en su abstención de consignarlas a un fondo de cesantías, circunstancias que deben ser analizadas indistintamente de la concurrencia del auxilio de cesantía, al punto que debe estar plenamente probado en el plenario.

Ultimando, qué las vacaciones correrán la misma suerte porque aquella prestación económica es apenas un descanso remunerado que ningún modo constituye una prestación social, tal como lo ha repetido en ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 2142-2021 que reiteró la SL 4510-2018).

De lo dicho habrá de modificarse la sentencia de primer grado en lo atinente a la condena de intereses a las cesantías y primas de servicios, debiéndose para tal efecto declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **causados** con anterioridad al **20 de noviembre de 2014**, además, porque al igual que el auxilio de cesantías y vacaciones condenados no se encuentra probado su pago en el plenario; por lo que así se procederá, comenzando por los:

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. 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 parte demandada adeuda las siguientes sumas de dinero por concepto de intereses a las cesantías causados, así:

Barbara Villamil				
Intereses a las cesantías				
Cesantías Causadas año	Intereses a las cesantías exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2014	ene-15	360	\$ 616.000	\$ 73.920
2015	ene-16	360	\$ 644.350	\$ 77.322
2016	ene-17	360	\$ 689.455	\$ 82.735
2017	ene-18	360	\$ 737.717	\$ 88.526
2018	Terminación de la relación laboral	44	\$ 95.485	\$ 1.400
Intereses a las cesantías				\$323.903

Wilson Javier Villamil				
Intereses a las cesantías				
Cesantías causadas año	Intereses a las cesantías exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2014	ene-15	360	\$ 616.000	\$ 73.920
2015	ene-16	360	\$ 644.350	\$ 77.322
2016	ene-17	360	\$ 689.455	\$ 82.735
2017	ene-18	360	\$ 737.717	\$ 88.526
2018	Terminación de la relación laboral	44	\$ 95.485	\$ 1.400
Intereses a las cesantías				\$323.903

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 el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda las siguientes sumas por concepto de prima de servicios causadas.

Barbara Villamil					
Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
dic-14	\$ 616.000	0	\$ 616.000	180	\$ 308.000
2015	\$ 644.350	0	\$ 644.350	360	\$ 644.350
2016	\$ 689.455	0	\$ 689.455	360	\$ 689.455
2017	\$ 737.717	0	\$ 737.717	360	\$ 737.717
2018	\$ 781.242	0	\$ 781.242	44	\$ 95.485
Total Prima de servicio					\$ 2.475.007

Wilson Javier Villamil					
Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
dic-14	\$ 616.000	0	\$ 616.000	180	\$ 308.000
2015	\$ 644.350	0	\$ 644.350	360	\$ 644.350
2016	\$ 689.455	0	\$ 689.455	360	\$ 689.455
2017	\$ 737.717	0	\$ 737.717	360	\$ 737.717
2018	\$ 781.242	0	\$ 781.242	44	\$ 95.485
Total Prima de servicio					\$ 2.475.007

Trabajo suplementario

Sentado lo anterior, recuerda esta Sala que los demandantes pretenden que los llamados a juicio les reconozcan el trabajo suplementario que aduce ejecutaron y, en tal virtud, se liquide sus acreencias laborales con base en un salario superior proveniente de la citada incidencia salarial.

Pues bien, en tratándose de trabajo suplementario cual sea la denominación que se le atribuya, impone a los demandantes 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, dominicales y festivos, 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 CST, todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que

efectivamente lo ha trabajado.¹ (*Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53*)

Conforme a lo anterior y dada la controversia que suscita la atención de la Sala, lo primero que debe anotarse es que, contrario a lo esgrimido por la censura, el A quo no erró al indicar que los trabajadores no cumplieron con su carga procesal, a fin de demostrar con suficiencia claridad lo correspondiente al trabajo suplementario, conclusión a la que se arriba, luego de examinar el acervo probatorio que se arrimó al cartapacio. En efecto, la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo en horas extras y en festivos y dominicales, adolece de la precisión requerida, pues se pretendió demostrar con la testimonial de Myriam Aida Saha Hurtado, quien, indagada sobre el aspecto controvertido en el juicio, afirmó que los demandantes laboraron a partir de las 6:00 am y hasta más tarde de las 10:00 y 11:00 pm; aseveración que no resulta de la suficiencia requerida para acreditar el horario reclamado por los demandantes, pues debe decirse que su conocimiento no fue durante toda la relación laboral, además, porque narra que la citada situación se presentaba en algunas oportunidades porque así se lo comunicaba la demandante.

De lo anterior, surge evidente la improcedencia del reconocimiento de trabajo suplementario peticionado por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud lo correspondiente al trabajo suplementario, por manera que la decisión a tomar por esta Sala ha de ser confirmatoria en este aspecto.

Costas

En segunda instancia no se impondrán costas, por no haberse causado. Las de primera instancia se confirman.

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 b) y c) del numeral tercero de la sentencia proferida el 4 de mayo del 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a los herederos determinados e indeterminados del señor **EDUARDO VILLATE BOBADILLA** a pagar a favor de la señora **BÁRBARA VILLAMIL**, los siguientes conceptos:

- b) **\$323.903**, por concepto de intereses a las cesantías causadas.
- c) **\$ 2.475.007**, por concepto de prima de servicios causadas.

SEGUNDO: MODIFICAR únicamente los literales b) y c) del numeral cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a los herederos determinados e indeterminados del señor **EDUARDO VILLATE BOBADILLA** a pagar a favor del señor **BÁRBARA VILLAMIL**, los siguientes conceptos:

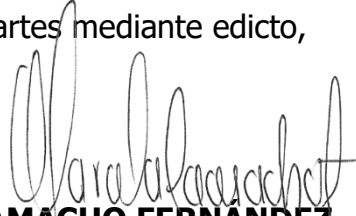
- b) **\$323.903**, por concepto de intereses a las cesantías causadas.
- c) **\$ 2.475.007**, por concepto de prima de servicios causadas.

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>

TERCERO: En lo demás mantener incólume la sentencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia judicial. Las de primera, se confirman.

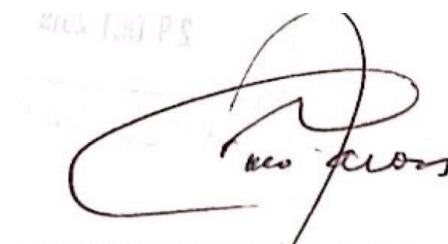
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(*Salva voto*)



LUÍS 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: CIELO ESTERLING LOSADA
Demandado: CAPITAL SALUD EPS SAS Y OTRO
Radicado No.: 14-2018-00021-02
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDADAS - CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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. Cielo Esterling Losada instauró demanda ordinaria contra Capital Salud EPS-S SAS y Opción Temporal SAS, con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral con la primera de las demandadas, misma que fue ocultada mediante contratos de obra o labor contratada celebrados con la segunda de las accionadas, en la medida que se superó el término de ley permitido; que la citada relación fue terminada sin justa causa por culpa del empleador, al finalizar unilateralmente los contratos suscritos el 3 de julio del 2014, 1 de julio del 2014 y 6 de julio del 2015, sin que la obra o labor hubiese culminado.

En consecuencia, solicitó a su favor se condene a Capital Salud EPS SAS el pago de salarios dejados de percibir desde la fecha del despido sin justa causa hasta el momento de la interposición de demanda, a título de indemnización, debidamente indexada; salarios dejados de percibir entre la fecha de interposición de la demanda y aquella en que se acredite que la obra labor contratada culminó o culminará; prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social dejadas de percibir desde el 30 de junio de 2016, hasta la fecha en que se acredite que la obra o labor culminó; indemnización moratoria; que se *"sanciones a Opción Temporal y Cía S.A.S., y a Capital Salud E.P.S., por exceder el término previsto por la ley, para hacer uso de la figura de suministro de personal temporalmente."*; costas del proceso.

Reclamó además en forma subsidiaria que entre la actora y la empresa Opción Temporal y Cía SAS, existió una relación laboral, la cual tuvo duración entre el 3 de julio de 2013 al 30 de junio de 2016, misma que terminó sin justa causa, en tanto que la obra o labor contratada no culminó. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor las pretensiones de orden condenatorio que fueron esbozadas atrás.

Como sustento de las anteriores pretensiones señaló en síntesis que estuvo vinculada en los cargos de Auxiliar de Tesorería y Auxiliar de Archivo y Correspondencia, por intermedio de contratos de obra o labor suscritos con la empresa temporal, desde el 3 de julio del 2013 al 30 de junio de 2016. Indicó que el salario estipulado correspondió para el año 2013 la suma de \$733.000, mientras que para los años 2014 y 2015 el valor fue de \$750.680 y \$1.035.178 respectivamente.

Refirió que en el citado lapso realizó labores propias de Auxiliar de Tesorería y Archivo y Correspondencia para Capital Salud E.P.S., recibiendo órdenes directas de la misma, hasta que sin aviso alguno y no habiendo culminado la obra contratada, la temporal terminó el vínculo contractual por medio de memorando del 30 de junio de 2016, endeudándose la respectiva indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo. (fol. 72 a 82).

2. Contestación de demanda.

2.1. Opción Temporal SAS. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que suscribió tres contratos de trabajo de la siguiente forma:

- Un primer contrato del 3 de julio de 2013 al 30 de junio del 2014, por requisición de la empresa usuaria.
- Un segundo del 1 de julio de 2014 al 28 de junio del 2015, por requisición de la empresa usuaria.
- Un tercer contrato entre el 6 de julio de 2015 al 30 de junio de 2016, por requisición de la empresa usuaria.

Indicó que las relaciones de trabajo fueron autónomas e independientes, para diversas áreas y eventos, luego tenían su propia naturaleza jurídica y fueron concluidas en la forma establecida en la Ley. En esa medida, refirió que no está en la obligación de atender las pretensiones imploradas en el libelo introductor, como quiera que, en el transcurso de cada relación laboral, atendió a cabalidad la obligación salarial y prestacional, además, porque cualquier eventual derecho está “*sofocado*” por la prescripción.

Agregó que el objeto social de la temporal consiste en brindar un apoyo de recurso humano ante la requisición que eleve una empresa usuaria, procediendo a enviar personal en misión y específicamente a la actora en tres oportunidades diferentes, sin que superara el periodo indicado en la ley, en tanto que cada relación de trabajo fue autónoma e independiente. Propuso como excepción previa la de prescripción y de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, pago, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa, carencia de acción y genérica. (fol. 121 a 128).

2.2. Capital Salud EPS SAS. Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los supuestos fácticos indicó que la actora prestó sus servicios en calidad de trabajadora en misión de la EPS, desempeñando el cargo de profesional de tesorería, auxiliar de archivo y correspondencia con ocasión a los requerimientos de suministro de personal, los cuales fueron realizados conforme establece la normatividad que rige la materia y a la empresa temporal codemandada, previa suscripción del respectivo contrato comercial que valida la legalidad del acuerdo.

Agregó que los respectivos contratos de trabajo de obra o labor fueron suscritos directamente por la actora y su empleador, sin que tenga conocimiento que en la celebración se haya incurrido en causal alguna que vicie el consentimiento de la trabajadora, como tampoco se alegó por la misma causal encaminada a desvirtuar el alcance de la relación laboral, ya que desde su inicio conocía el tipo de vinculación que estaba por desarrollar y, por ende, quien sería su empleador para todos los efectos.

Precisó que la empresa de servicios temporales asumió todas las facultades subordinantes y potestades propias de la relación laboral que se tiene con los trabajadores en misión, de tal forma, que retribuye la labor desarrollada mediante el pago del salario y de prestaciones sociales. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia del vínculo laboral con la actora, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, compensación, ausencia de buena fe y genérica. (Fol. 161 a 171).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de julio del 2020, en la que se declaró que Capital Salud EPS obró dentro de la vinculación laboral con la actora como un usuario ficticio, por tanto, como verdadero empleador y la empresa de Servicios Temporales Opción Temporal SAS, como empleador aparente, quien fungió como intermediario de conformidad con el artículo 35 numeral 2 del CST. Así, declaró la existencia de un contrato laboral a término indefinido que se extendió entre el 3 de julio de 2013 y 30 de junio de 2016, mismo que terminó sin justa causa y, en tal virtud, condenó a la EPS a pagar la indemnización consagrada en el artículo 64 de la citada preceptiva; declaró la responsabilidad solidaria de la empresa temporal por la condena e impuso costas a las demandadas.

Para los fines que interesa al recurso de apelación propuesto, tuvo como problema jurídico dilucidar si pese a que la actora suscribió sucesivos contratos de trabajo con la empresa de servicios temporal, para desarrollar labores a favor de Capital Salud EPS, como trabajadora en misión, esta última fungió como su verdadera empleadora, mientras que la otra una simple intermediaria.

Con tal propósito y luego de referirse a lo dispuesto en los artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990, sostuvo que el personal contratado ha de ser temporal y la contratación entre la EST y la empresa usuaria, debe observar y explicarse en función de las posibilidades de provisión de servicios, con un plazo máximo de 12 meses aun cuando existan incrementos en la producción o en los servicios. Explicó que el quebramiento de la disposición legal trae como consecuencia jurídica tener al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculación que se entenderá indefinida y gozará de las prerrogativas que su verdadero empleador tiene para con sus trabajadores. Así, la EST se tendrá como una simple intermediaria con la consecuente obligación de responder solidariamente por todas las obligaciones de aquél.

Conforme a ello, de entrada, apuntó a que la empresa usuaria Capital Salud EPS no acreditó que los servicios que solicitó a la EST hubieran sido en razón a las causales señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, además, excediendo los términos legales autorizados en estos eventos. Además, hizo notar que el contrato de prestación de servicios suscrito entre las demandadas, si bien indica en la cláusula primera que su objeto es el suministro de trabajadores en misión, no especifica concretamente cuál es la necesidad de la empresa usuaria y en esa medida, dijo, que no basta con señalar que lo será para los casos definidos en la ley, toda vez que son tres las hipótesis de la norma, las cuales difieren sustancialmente en cuanto al límite de temporalidad.

Aludió a que, si se hiciera una interpretación muy amplia sobre el nexo contractual celebrado y entender que la necesidad que motivó el servicio temporal es la hipótesis descrita en el numeral tercero del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las mismas no justifican la contratación de trabajadores en misión, como quiera que constituyen meras afirmaciones que no encontraron demostración, pues la pasiva se sustrajo de acreditar que en efecto hubo un incremento en el volumen de trabajo y que se encontraba en ese momento en imposibilidad de contratar de manera directa personal. Y aun cuando se dé por ciertos que de verdad había una necesidad específica originada por incrementos en el servicio, resulta de cualquier modo ostensible la infracción contenida en el artículo 13 del Decreto 24 de 1998, esto es, la de prorrogar el contrato o celebrar uno nuevo con la misma o diferente empresa de servicios temporales, para la prestación del servicio.

De manera que indicó que evidenciaba la existencia de una verdadera relación de trabajo entre la demandante y la EPS, de forma permanente, ininterrumpida y continua desde el 3 de julio de 2013 hasta 30 de junio de 2016, lo cual se corroboraba con el testimonio de la señora Bleidy Lisseth, compañera de trabajo de la demandante, señalando, además, que pese a la forma de vinculación que se muestran en los contratos de trabajo, las liquidaciones de prestaciones sociales, así como las terminaciones de estos, la realidad enseña que la trabajadora fue contratada para cubrir necesidades permanentes de Capital Salud, utilizando indebidamente la Ley para cubrir los derechos de la actora. Así las cosas, advirtió que la EPS pasó a ser el verdadero empleador y la EST como un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35, numeral 2º del CST. (CD a fol. 241).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación de Capital Salud EPS SAS. En su alzada indicó que el suministro que tuvo lugar en su oportunidad lo fue en tanto que hubo un incremento de personal dentro de la entidad, sin que pudiese en ese momento llevar a cabo la contratación directamente en virtud de la medida cautelar de vigilancia especial que decretó la Superintendencia de Salud, además, porque hubo un mayor número de afiliados que no podían solventar con el personal de planta, llevando hacer uso de dicha figura y de la empresa temporal.

Refirió que la trabajadora fue contratada con diferentes frentes de trabajo, funciones y condiciones, de acuerdo con la necesidad que tuvo en su oportunidad, razón por la cual hubo varias relaciones laborales interrumpidas con la EST, mismas que no fueron realizadas de forma permanente, sino, de acuerdo con el requerimiento de la compañía; quienes en su momento también le dieron el manejo correcto, toda vez que se estuvo a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, actuando de manera directa como su empleador, atendiendo los requerimientos y necesidades de la EPS.

5.2. Recurso de apelación de Opción Temporal SAS. Formuló recurso de apelación indicando que desde la demanda se mencionó su condición de empresa de servicio temporal, luego la parte actora desde ese momento aceptó que en ningún momento estaba ocultando su posición que le corresponde, en tanto que era quien pagaba los salarios, contrató, reportaba los aportes a seguridad social y expidió las certificaciones laborales. Denota que el contrato comercial suscrito por las codemandadas se estableció que su condición y calidad de empresa de servicios temporales, de manera que no existe en el proceso ningún indicio mediante el cual se le pueda considerar que intentó desconocer u ocultar su verdadera condición de empleador.

Refirió que tal calidad se encuentra confesada en el interrogatorio de parte que absolvió la demandada, misma que hizo saber que la EST le cancelaba los salarios, prestaciones sociales y suscribió los contratos de trabajo, de modo que no es posible que se considere como un simple intermediario y que esa consecuencia implique el pago de la indemnización. Agregó que celebró tres contratos de trabajo con la demandante, cuyo fin fue procurar el apoyo del área administrativa, archivo y correspondencia, es decir, vínculos laborales totalmente independientes, por manera que el hecho de que la empresa usuaria pudo haber mal utilizado sus servicios, no quiere decir que la temporal procedió con ese mismo fin.

Estimó que el Juzgado confunde cuando considera que entre las personas jurídicas existió un solo convenio comercial para enviar personal en misión en los eventos que puede tener la sociedad usuaria, en tanto que ello no conduce a que se considere la temporal como un simple intermediario, ni que hizo una contratación fraudulenta. Advirtió que dentro del proceso no se evidenció que la EST hubiese intentado siquiera ocultar su condición, de modo que no debe ser sujeto de la solidaridad establecida en el artículo 35 del CST. Además, que si bien el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 castiga a la EST cuando efectivamente el objeto del contrato de trabajo se extiende en el tiempo, no obstante, en la demanda los eventos fueron totalmente disímiles.

Resaltó que, desde la contestación de la demanda, se indicó que ofrecía personal en virtud de la facultad que le fue otorgado para prestar su objeto social, de acuerdo con el requerimiento de la empresa usuaria, situación que no implica que la EST tenga posibilidad de administración de la empresa usuaria, luego aquella es la que dispone en donde, lugar o posición de sus actividades es que necesita personal en misión. Aunado a que el acuerdo de entendimiento entre las dos sociedades hubiese sido uno solo, no implica que la EST pueda tener alguna consideración administrativa o conocer todas las políticas del usuario y así considerar si requiere o no personal para el desarrollo de las actividades de su objeto social.

De otro lado, sostuvo que el Juzgado sin darle paso a la tacha de sospecha del testimonio de la señora Bleidy Lissteh, refirió que los contratos se renovaban, pero también señaló que son eventos totalmente diferentes, por manera que se desvirtuaba el hecho de que la EST hubiere sido un simple intermediario. (CD a fol. 241).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Capital Salud EPS S.A.S. Ratificó lo expuesto en la contestación de demanda, en los aspectos fácticos y jurídicos que sirvieron como argumento para proponer excepciones de mérito.

6.2. Opción Temporal S.A.S. Alegó en su favor que suscribió con la actora tres contratos de trabajo, convenios que fueron autónomos e independientes, para diversas áreas y eventos diferentes, luego tenían su propia naturaleza jurídica y fueron concluidos en la forma establecida en la ley, por ende, no obró en forma fraudulenta, como se intenta hacer ver, pero, ante todo, sin ocultar su verdadera condición frente a la demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- (i) ¿El A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre la actora y Capital Salud EPS SAS, fungiendo la empresa de servicio temporal codemandada como simple intermediaria?
- (ii) Por el contrario, ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con la demandante, quien señala le prestó sus servicios como trabajadora en misión enviada por una empresa de servicios temporales, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

"En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita."

Dicho ello y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su contestación de demanda y de contera en su recurso de apelación, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que la ató

con la aquí demandante, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajadora en misión enviada por la empresa de servicio temporal, ello en atención que la promotora del litigio en el interregno que estuvo vinculada como tal, ejecutó actividades en favor del Capital Salud EPS SAS que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, compartiendo en forma integral las intecciones a las que llegó la sentenciadora de primer grado.

Lo anterior, se explica por cuanto los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que la señora Cielo Esterling Losada, prestó sus servicios a favor de la citada EPS por un lapso superior a 3 años, que según se advierte de los contratos de trabajo allegados al plenario, inicialmente para ejercer el cargo de apoyo área archivo y correspondencia, posteriormente de apoyo área administrativo y finalmente en el área de tesorería, conforme se observa a continuación:

CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO	FOLIO
OBRA O LABOR	03/07/2013 AL 30/06/2014	AUXILIAR ARCHIVO Y CORRESPONDENCIA	109-111
OBRA O LABOR	01/07/2014 AL 28/06/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	112-114
OBRA O LABOR	06/07/2015 AL 30/06/2016	AUXILIAR TESORERÍA	115-117

Y si bien del acopio probatorio se desprende que hubo cambio en el nombre del cargo en diferentes ocasiones, lo cierto es que la prestación del servicio fue siempre de manera continua y, por ende, una necesidad permanente de la usuaria, sin que se hubiera plasmado en el texto de los contratos alguna de las tres causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 a efecto de determinar cuál fue la que originó la vinculación. De hecho, ni siquiera se registró aquello en el contrato de prestación de servicios núm. C-CS-ADMO-2013, en tanto que tal aspecto se dejó de forma vaga, toda vez que en la cláusula primera apenas se indicó “**LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES (...) se obliga a suministrar trabajadores en misión al CONTRATANTE, para los casos y en los términos señalados en el Artículo 77 de la Ley 50 de 1990**”, sin que manera alguna se aluda a una necesidad específica, menos aún de la contemplada en el numeral 3 de la citada disposición, es decir, para atender incrementos en la producción y ventas, como lo pretende hacer ver la censura, en la medida que tampoco se fijó cuál fue ese acrecentamiento, ni mucho menos se probó en este asunto.

A lo que se suma está demostrado en el proceso que la usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, de cara a los citados contratos de trabajo, al punto que llama la atención de la Sala, que las certificaciones laborales adosadas al plenario y que se avizora son expedidas por Opción Temporal y Cía SAS, dejan entrever que las actividades laborales de la trabajadora, esto de auxiliar de tesorería, siempre persistieron y se mantuvieron al cabo de tres años, pese al cambio en el nombre del cargo que se atribuyó, lo que ratifica, sin hacer uso de otro medio probatorio, que era una necesidad imperativa de la empresa usuaria contar con los servicios de la actora, de allí que se hayan quebrantado las disposiciones que rigen la intermediación laboral.

Así las cosas, la juez de primer grado no incurrió en yerro alguno al escatimar que las actividades que desarrollaba la actora no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, en consecuencia, al ser un requerimiento permanente en la entidad usuaria debía ser atendido con un

trabajador directamente vinculado por ella, de tal manera que, aunque en el transcurso de los tres contratos tuvo cambios en la designación del cargo, no se puede perder de vista que las circunstancias que rodearon la prestación del servicio tampoco permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que llevan a concluir que la promotora de la litis continuó vinculada con la accionada ante la necesidad permanente de contar con sus servicios, que se extendió por más tiempo del legalmente previsto para el trabajo en misión.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar a la aquí demandante como trabajadora en misión de la entidad usuaria, la demandada Empresa de Servicios Temporales, pasa a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, el Capital Salud EPS, se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasará a responder solidariamente, solidaridad que nace por mandato legal, sin que de ninguna manera pueda exonerarse por el hecho de que la temporal demandada considere que no medio en la organización empresarial de la usuaria, para efectos de la celebración del vínculo comercial y que dio apertura a la defraudación laboral, pues véase que desde un primer momento, es decir, desde su suscripción, la codemandada debió advertir la transgresión de los principios que rigen la intermediación laboral, pues a simple vista de aquel acuerdo podía avistarse que en aquel acuerdo no mediaron los supuestos temporalidad y especificidad que atañe al suministro de trabajadores en misión, de manera que podría concluirse fácilmente la provisión permanente no solo de servicios, sino de trabajadores para la ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

Ahora, no sobra precisar que en lo que hace a uno de los argumentos expuestos en la apelación de Capital Salud EPS referente a que la prestación de los servicios a través de la empresa de servicios temporales fue interrumpida; para la Sala los medios de convicción conducen a escatimar que la actora trabajó de forma ininterrumpida y permanente, como consecuencia de la unicidad del vínculo laboral, pues no se presentaron periodos de solución de continuidad entre cada uno de los contratos suscritos con las empresas temporales, al menos con la suficiencia requerida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que permitan entender la intención de las parte de no dar continuidad en la relación laboral, pues nótese que entre uno y otro contrato, no mediaron interrupciones superiores a un mes (SL574-2021), de manera que es evidente el desacierto de la censura.

Dichas consideraciones son más que suficientes para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que respecta a que Capital Salud EPS es el verdadero empleador de la aquí demandante y la empresa de servicio temporal actúo como simple intermediaria, la cual está obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales de la trabajadora.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de las demandadas y a favor de la actora, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

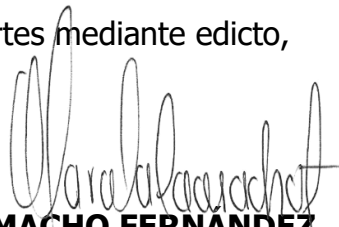
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de julio del 2020, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas Capital Salud EPS SAS y Opción Temporal y CIA SAS. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



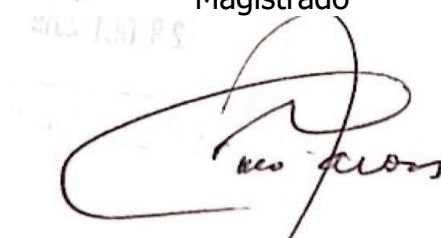
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Cielo Esterling Losada y a cargo de cada una de las demandadas en la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WILDER ALBERTO PANTANO GARZÓN
Demandado: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.
Radicado No.: 19-2015-00630-02
Tema: CONTRATO REALIDAD – APELACIÓN – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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. Wilder Alberto Pantano Garzón, instauró demanda ordinaria contra Alpina Productos Alimenticios S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo realidad desde el 8 de junio de 2007 y, en consecuencia, se dispusiera a su favor las diferencias salariales mensuales causadas y dejadas de pagar desde el 25 de mayo de 2014, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social, sobre la base del salario real devengado durante los 3 últimos años de vigencia de la relación laboral; intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 8 de junio de 2007, la sociedad Ayuda Integral SA vinculó al actor, para laborar al servicio de Alpina Productos Alimenticios SA, afiliándose al sistema de seguridad social integral. Refirió que el cargo del actor fue de ayudante integral en el horario nocturno, de domingo a viernes, desde las 7:00 pm hasta las 10:00 a.m., cuyas funciones radicaban principalmente en separación, alistamiento y carga de pedidos de productos comercializados por Alpina SA, quien en últimas se beneficiaba de su labor.

Agregó que tuvo como jefes inmediatos al director administrativo, coordinador logístico y coordinadores de ayuda integral, recibiendo cada 4 meses dotación de vestido y calzado; que su salario estaba conformado por un básico mensual de \$926.700, más conceptos por trabajo suplementario. Refirió que, en el mes de diciembre de 2010, producto de un dolor de espalda, inició tratamiento médico, expidiéndose recomendaciones médicas, mismas que fueron atendidas por Alpina SA, reubicándolo a partir de diciembre del 2012, ya que, desde diciembre de 2014, la citada sociedad le cambio de turno y horario de trabajo.

Advirtió que cumplió con todas las órdenes dadas por Alpina SA, en cuanto horario y turnos de trabajo, además, cuando fue reubicado se le disminuyó su salario en un 50% del que devengaba. Narró que la citada sociedad el 23 de mayo de 2014, unilateralmente dio por terminado el contrato de trabajo, dado al problema de salud que lo aquejaba; razón por la cual y al continuar su tratamiento médico, presentó acción de tutela contra la supuesta empleadora Ayuda Integral SA, que, en sentencia en segunda instancia, como medida transitoria, el Juez constitucional ordenó a su supuesta empleadora Ayuda Integral SA, su reintegro.

Precisó que la supuesta empleadora dio cumplimiento a la orden judicial, sin embargo, pago como salario el básico, sin tener en cuenta el salario real devengado durante los tres años de la relación laboral, de manera que adeudando las diferencias salariales, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social con la inclusión de trabajo suplementario. (Cuad.1, fol. 4 a 11 y 153 y 154).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo introductor, indicando que nunca sostuvo relación laboral ni contractual de ningún tipo con el actor, aclarando, que el 21 de marzo de 2006, entre Ayuda Integral SA y Alpina SA, celebraron contrato de prestación de servicios independientes de outsourcing, de manera que la relación contractual sostenida fue única y exclusivamente con la citada sociedad, por lo que en el eventual caso de la compañía contratista haya celebrado un contrato de trabajo con el demandante, en nada la involucra ni genera responsabilidad, tampoco solidaridad. Propuso como medios exceptivos las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, prescripción, buena fe y compensación.

(Cuad.1, fol. 178 a 198).

3. Actuación procesal. En auto calendado del 8 de febrero del 2018, se aceptó el desistimiento de las pretensiones frente a la demandada Ayuda Integral SA propuesto por el apoderado judicial del actor, en los términos del artículo 314 del CGP.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de noviembre del 2019, en la que la falladora declaró que el verdadero empleador del actor es la Alpina SA, del vínculo laboral que existió entre el 8 de junio de 2007 hasta el 28 de febrero del 2010 y entre el 1 de marzo de 2010 hasta el 6 de octubre de 2015, a través de dos contratos de trabajo por obra o labor contratada. Sin embargo, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el demandante, condenando en costas.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar si el vínculo que ató a las partes se dio bajo la figura de la tercerización laboral, de manera que debía determinar quién ostentó la calidad de empleador del demandante. Con tal propósito, luego de hacer alusión al referente normativo y jurisprudencial aplicable al caso, señaló que se acreditó la relación laboral con el contrato de trabajo, certificación laboral, liquidación final, carta de terminación del nexo contractual, cuyos extremos se dieron entre el 8 de julio del año 2007 al 28 de febrero del año 2010 y del 1 de marzo de 2010 al 6 de octubre del año 2015, mediante dos contratos de trabajo, por obra o labor contratada con Ayuda Integral SA.

Bajo ese norte dijo que la característica principal de la intermediación en la contratación de los trabajadores a fin de prestar un servicio a un tercero, tal figura podría definirse como aquella que se encuentra en cabeza de las empresas de servicios temporales, agencias de empleo y simple intermediario, con el fin de brindar una labor a persona

natural o jurídica quien en teoría no es el empleador de los trabajadores, siendo el agente intermediario y quien recibe el servicio, la empresa usuaria. Así, luego de hacer alusión a lo dispuesto en los artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990, señaló que la prestación del servicio excedió el término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses, concluyendo que, independientemente de la modalidad contractual que se dio, esto es, outsourcing, el verdadero empleador es la sociedad Alpina SA, siendo la responsable de cualquier derecho laboral a favor del trabajador. (cuad.1, Cd a fol. 317)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación argumentando que el artículo 24 del CST establece una presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, razón la cual la Corporación de cierre ha advertido que los jueces deben procurar desentrañar, con los medios probatorios, la prestación del servicio en un determinado período. Indicó que el origen constitucional de la declaratoria de una relación laboral subyace en lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que enuncia la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos del vínculo laboral. Así luego, de enunciar las reglas jurisprudenciales indicadas para tal efecto por la Corte Constitucional, como también los requisitos establecidos en el artículo 23 del CST, solicitó que se tenga en cuenta en el proceso, de acuerdo con el desarrollo de la audiencia, como los interrogatorios de parte, testimonio y documentación y se considere que realmente existe una vulneración de derechos laborales. (cuad.1, Cd a fol. 317)

5.2. Recurso de apelación de la demandada. En su alzada consideró que es errónea la declaratoria de la relación laboral, bajo lo dispuesto en el Decreto 4369 2006, que señala el límite temporal en que las personas vinculadas por medio de una EST pueden prestar servicios a una empresa usuaria, en la medida que la A quo perdió de vista que se presentó fue un contrato de prestación de servicios celebrado en el mes de marzo del año 2006, mediante cual la sociedad Ayuda Integral no suministró personal, sino, se encargó de la ejecución de servicios de separación. En esa medida, insistió en que la tercerización o subcontratación es legal y constitucional, específicamente cuando se trata de un proceso de externalización, práctica del mundo empresarial y a través de la cual se puede delegar a un tercero experto, determinado proceso dada su actividad comercial.

Expuso que la determinación se fundó en la prueba testimonial y sobre este aspecto dijo que no se hizo una interpretación integral de esta, en la medida que el señor Jeison Cárdenas no fue claro y finalmente aceptó que no prestaba servicio en el mismo periodo o en los mismos turnos del actor. Además, que no fue convincente ni arrojó argumentos contundentes sobre que realmente Alpina SA fuese empleadora de aquel. Esgrimió que no se tuvo en cuenta la declaración de Nelcy Rosso en tanto que aquella explicó en qué consistía la relación comercial con Ayuda Integral SA y los supervisores que coordina la operación, que demuestra que no se trató de un suministro de personal, toda vez que no se delegó subordinación. Sumado al hecho de que no existían cargos similares, es decir, no había personal directo que prestará específicamente esa tarea, tampoco ejerció función disciplinaria.

Advirtió que era fundamental la presencia de Ayuda Integral SA en el proceso, para que ejerciera su derecho de defensa y así diera certidumbre sobre cómo se ejecutó el servicio, si realmente fue el empleador o no, por manera que no se debió emitir un

fallo en contra de la empresa demandada, sin que tal empresa hiciera presencia en el proceso. (cuad.1, Cd a fol. 317)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Alpina Productos Alimenticios S.A. Alegó en su favor que entre las partes no ha existido vínculo contractual alguno, mucho menos una relación laboral, pues conforme se acreditó en el trámite del proceso, el demandante fue contratado a través de la empresa Ayuda Integral S.A., contratista de Alpina Productos Alimenticios S.A.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- ✓ ¿La sociedad Alpina Productos Alimenticios S.A., fungió como empleadora del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- ✓ Por el contrario, ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores bajo la modalidad de outsourcing?

Principio de congruencia

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar de manera preliminar que el A quo fundamentó su decisión en que no existía controversia respecto de la vinculación laboral que ató al demandante con la sociedad Ayuda Integral SA, en tanto que así se predicaba de las pruebas documentales allegadas al plenario por la citada empresa en su momento demandada, entre esas los contratos de trabajo, certificación laboral y carta de terminación. Sin embargo, pese a ello, consideró que al quebrantarse lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la empresa Alpina SA pasaba a ser su verdadero empleador, en la medida que se sobrepasó los límites de temporalidad que rige para las empresas de servicios temporales.

La empresa recurrente considera que desborda su marco de acción la sentenciadora de primer grado, dado que la litis no giró en torno a esa forma de vinculación, sino, en virtud de la figura del outsourcing, misma que dista de los trabajadores en misión enviado por empresas de servicios temporales; mientras que la parte demandante indica en su apelación la existencia de una relación laboral, pero bajo las voces del artículo 23 del CST y artículo 53 de la Constitución Política, con la empresa demandada.

Sobre tal aspecto, como fundamentaron los recurrentes, la litis se trabó en torno a la demostración de la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad Alpina SA, sin que en ninguno de los hechos del libelo o sus pretensiones le asignen o solicite la responsabilidad derivada de intermediación laboral fraudulenta en lo que se refiere a la prestación de servicios a través de empresa de servicios temporales. De esta forma,

la decisión recurrida se encuentra en contravía con el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, preceptiva que dispone que toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."*

De allí que evidencie la Sala un yerro notorio en la sentencia del A quo, en tanto que la discusión no giró en si se contravinieron las disposiciones legales y reglamentarias que rigen el suministro de mano obra temporal a la empresa demandada para el desarrollo de operaciones del proceso comercial, a más porque si se hubiere fijado, del certificado de existencia y representación legal de la empresa Ayuda Integral SA se extrae que aquella no se constituyó como persona jurídica que tenga como único objeto la prestación de servicios a los beneficiarios que lo requieran para colaborar temporalmente en el desarrollo de su actividades, en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 50 de 1990, aspecto de que entrada hubiera permitido inferir que no se trata de empresa de servicios temporales y, por ende, tampoco un suministro de mano de obra.

Así las cosas, resulta evidente el desacierto de la Juez de primer grado, en tanto la sociedad Ayuda Integral SA no es una empresa de servicios temporales y, por tanto, no podía inferirse que el actor fue enviado por ella en misión a prestar servicios a la demandada Alpina SA, de ahí que tampoco hacía viable fundamentar la sentencia bajo las previsiones de los artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990, como pilares principales de su decisión.

Ahora, pese a que le asiste razón a la recurrente en lo que hace a este punto de apelación, la decisión final sería en el mismo sentido a la de la sentenciadora de primer grado, en tanto que es evidente que la demandada Alpina SA fue el verdadero empleador del actor y Ayuda Integral actuó como simple intermediaria en la vinculación de aquel, como pasa a explicarse.

Contrato realidad

La Sala, previo a emprender el estudio sobre tal aspecto, debe dejar claro que no le asiste razón a la accionada recurrente al aducir que para proferir la sentencia en contra de Alpina S.A. necesariamente debe concurrir al litigio la sociedad Ayuda Integral SA, en la medida que en este preciso asunto no se entrará a verificar su responsabilidad como obligado solidario, en los términos del artículo 34 del CST, como quiera que el actor pretende tenerla como verdadero empleador.

Así, si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha exigido la constitución del litisconsorcio necesario entre el contratante y el contratista, ello solo es en el evento de que la primera, específicamente por la condición de beneficiario o dueño de la obra, se demande como deudor solidario. Así, se dijo en sentencia de 10 de agosto de 1994, Rad. N° 6494, reiterada en providencias del 12 de septiembre de 2006, radicación 25323, SL 28, abr, 2009, rad. 29522, SL12234-2014, SL11235-2017, SL1699-2018, SL4407-2018, SL2087-2020, entre otras:

- a) *"El trabajador puede demandar solo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis.*
- b) *El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de una litis consorcio prohijada por la ley, y*

existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente.

- c) *El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente 'existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo'.*

Bajo ese contexto, los argumentos esbozados por la censura no pueden ser acogidos por la Sala, de tal manera que se pasará a fundamentar la inferencia a la que se arribó precedentemente.

Así las cosas, para resolver tal cuestión que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

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

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

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

"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»."

Ahora, la demandada, tal como lo expuso en la contestación de demanda y que ratificó en la apelación, alegó que al amparo del artículo 34 del CST celebró un contrato de prestación de servicios independientes de outsourcing con Ayuda Integral SA, como contratista independiente, misma que se obligó para Alpina SA, realizar algunas actividades en su favor, cuyo objeto quedó definido conforme a lo siguiente:

*"**AYUDA** de manera independiente, es decir sin que exista subordinación jurídica y laboral se obliga con plena autonomía técnica y administrativa a prestar servicios de mercadeo, producción, administración y separación a través de outsourcing para **ALPINA**, en todas las sedes que ALPINA tiene a nivel nacional, dentro de los parámetros y condiciones establecidos en la presente contrato (SIC), con el fin de cumplir con todos los requerimientos"*

Frente a la figura del simple intermediario que regula el artículo 34 del CST, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la explicado así:

(i) quienes se limitan a enganchar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador y, por tanto, la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador; y por otra (ii) quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presente servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se trataba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario.

En este último caso, ha señalado la jurisprudencia del Alto Tribunal, que es la más próxima a la figura del contratista independiente, el cual, dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Entonces, si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios. Empero si a pesar de la apariencia formal de un contratista, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, será éste y no el simple contratista el verdadero patrono. (Sentencia octubre 27/99, Expe. 12.187. M.P. José Roberto Herrera Vergara)

Conforme se observa, para que sea válido la contratación externa, a través de un contratista independiente, la Sala de Casación Laboral ha hecho hincapié:

"en que la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva

propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.”

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de que el contratista, esto es, Apoyo Integral SA, no era el dueño de los medios de producción, para la ejecución de actividades pactadas por esta y Alpina SA, como primer punto que sale a relucir del contrato de prestación de servicios, como quiera que en la cláusula tercera se indicó **"ALPINA** suministrará todos los recursos físicos requeridos por el personal de AYUDA para la ejecución de la actividad contratada.”, aspecto que va en contravía del artículo 34 del CST, en tanto que la actividad comercial contratada no se ejerció con sus propios medios.

Otro aspecto que se destaca es que del referido contrato comercial, se extrae que Ayuda Integral SA no actuaba con plena autonomía e independencia, al punto que sale aflore del nexo contractual el elemento subordinación que ejerció con los trabajadores, que precedentemente se esbozó de forma amplia por esta Corporación, en tanto allí se estipulaba, entre otros aspectos, que la citada empresa debía contratar personal idóneo, debidamente preparado; se exigía *"impartir precisas instrucciones a sus empleados y dependientes respecto a la prohibición expresa de exigir o sugerir al público cualquier contraprestación económica por la entrega de degustaciones, así como las sanciones que tal situación generaría para AYUDA"* y que en la medida de que el persona no estuviere afiliado a una EPS y aseguradora de riesgos profesionales *"no podrá realizar ningún evento a nombre de **ALPINA S.A.** o ingresar a sus instalaciones"*

En esa medida, resulta inconcebible que, aun celebrando dicho acuerdo de orden comercial, la sociedad demandada impusiera al empleador obligaciones de estirpe laboral, siendo que la naturaleza del contratista independiente, según lo dispone el artículo 34 del CST, es la de dar ejercer su poder de dirección, organización y control a los trabajadores, a fin de cumplir con el objeto contractual previamente pactado.

En este punto, en lo que hace a la subordinación ejercida por Alpina SA, específicamente sobre el trabajador hoy demandante, quedó evidenciada en la medida que estaba obligado a cumplir órdenes e instrucciones que provenían directamente de los directores y jefes inmediatos de la citada sociedad, según los dichos de los testigos señores Jeison Cárdenas y Nelson Sánchez, quienes en forma coherente y sin dubitaciones relataron que, como compañeros de trabajo observaron que las labores que ejercía el señor Pantano Garzón estaban atadas al cumplimiento de órdenes, horarios, traslados entre plantas y la utilización de los propios elementos de trabajo que la demandada suministraba, es decir, siempre bajo el poder subordinante del extremo pasivo.

Además, tales declaraciones no pueden ser desvirtuadas por el dicho de la declarante Nelcy Rosso, pues si bien aquella informó puntualmente que la subordinación la ejercía directamente Ayuda Integral SA, también lo es que indicó que el señor Elkin Fernando Molina Celemin ejerció la supervisión como trabajador de Alpina SA, lo cual es

coherente con el dicho de los demás deponentes, en la medida que indicaron que aquel hacía parte de la logística y jefe de personal.

Ahora, llama la atención de la Sala que la labor ejercida por el actor no era extraña al objeto social de la sociedad, ni ocasional en la empresa pues se prestó durante más de 8 años, lo que demuestra, que tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante quien contaba con el perfil para ejercer el cargo de ayudante integral. De hecho, contrario a lo que se pretende demostrar, ello denota la necesidad de contar con esa persona para manejar dicha parte logística, por manera que al pretenderse un modelo de externalización empresarial se contrarían las reglas de la experiencia y sana crítica, que dan cuenta que dicha sección en la realidad no puede separarse y entregarse a un tercero con la pretensión ficticia de que el servicio se preste con total independencia y autonomía, porque esto compromete el desarrollo funcional de la empresa, imagen, y de contera su situación económica.

De allí que es razonable inferir que la usuaria también contaba con la facultad de impartir órdenes e instrucciones al actor y por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fuese desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con Alpina SA., por manera que para la Sala, en realidad, la contratante o usuaria en este asunto adquirió la condición de un verdadero empleador.

Y aquí es importante precisar que, al no ser objeto de cuestionamiento que el actor prestó sus servicios en las instalaciones de la demandada Alpina SA, operaba la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual, conforme se acaba de anotar, no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor desprovista de cualquier elemento subordinante y por el contrario se evidencia que la pasiva ejerció el poderío sobre el trabajador, pese a la existencia del contrato de prestación de servicios outsourcing del que radicada fundamentalmente su defensa.

Razones más que suficientes para confirmar la sentencia confutada, sin embargo, por las razones que fueron anotadas en esta providencia, que son distintas a las realizadas por el A quo; además, porque es claro que no fue objeto de controversia ningún tema de orden prestacional.

Costas

Sin costas en esta instancia judicial. Las de primera se confirman.

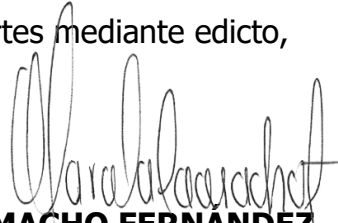
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre del 2019, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: PABLO ELÍAS ORTIZ Y OTROS
Demandado: ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.
Radicado No.: 32-2017-00200-02
Tema: RESPONSABILIDAD CIVIL – APELACIÓN – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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

AUTO

En cuanto a la solicitud de prueba de oficio elevada por la parte demandada, se rechaza de plano en tanto que no cumple con los presupuestos del artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., para ser decretada.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Pablo Elías Ortiz, Karen Yorley Ortiz Pérez, Oswaldo Enrique Ortiz Pérez y Marleny Pérez, instauraron demanda ordinaria contra Positiva Compañía de Seguros S.A., con el propósito de que se declare la responsabilidad de la entidad demandada por el incumplimiento de las normas constitucionales legales y reglamentarias en materia de riesgos laborales; por el no pago de todas las prestaciones asistenciales y económicas a favor de Pablo Elías Ortiz a tiempo conforme ordena la Ley 776 de 2002, así como el daño material e inmaterial causado por no garantizar la prestación oportuna de los servicios asistenciales y económicos requeridos; que es responsable de los intereses corrientes, moratorios y/o reajuste en el pago de las prestaciones económicas y asistenciales a que tiene derecho el citado demandante.

En consecuencia, solicitaron se dispusiera a su favor el pago integral de los daños y perjuicios materiales en lo correspondiente al daño emergente y lucro cesante; daños y perjuicios del orden inmaterial, tales como morales y a la vida en relación; prestaciones económicas y asistenciales a favor del señor Pablo Elías Ortiz, como son: aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, incapacidades médicas, gastos de traslado y demás prestaciones que se originaron y no fueron pagadas por la entidad demandada, desde la fecha que ocurrió el daño y/o accidente hasta la fecha que se hizo efectivo el pago de la pensión de origen laboral; a favor del señor Pablo Elías Ortiz incapacidades o pérdida de capacidad laboral debido a las lesiones y secuelas que se pudieran ocasionar por la negligencia en el tratamiento médico que debió prestar la pasiva; gastos de representación que tuvo que solventar

para interponer varias acciones legales dirigidas a obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas; gastos médicos de consultas con los profesionales médicos particulares que tuvo que costear; que las anteriores condenas sean pagadas junto con la correspondiente indexación, intereses corrientes e intereses moratorios; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que Pablo Elías Ortiz nació el 30 de julio de 1967, tiene dos hijos de nombre Karen Yorley Ortiz Pérez y Oswaldo Enrique Ortiz Pérez y vivía en unión marital de hecho con la señora Marleny Pérez; que era cabeza de familia y proveedor económico de la misma. Refirieron que aquel suscribió contrato laboral a término fijo con la empresa Siervo Avendaño el 20 de septiembre de 2003, para desempeñar funciones como minero dentro de socavones y en oficios varios, devengando un salario de \$1.400.000, aclarando que no obstante de lo anterior las incapacidades le eran pagadas por valor de \$597.959.

Narraron que los días 28 de octubre de 2003 y 18 de mayo de 2004, Pablo Elías Ortiz sufrió dos accidentes laborales, mismos que fueron reportados ante el Seguro Social; entidad que nunca adelantó el estudio de puesto de trabajo que corresponde, ni desarrolló campañas de capacitación de trabajadores. Indicaron que el 18 de mayo de 2004 hizo el reporte de enfermedad profesional "dolor lumbar" ante la EPS SaludCoop; el 14 de julio de 2006 el Instituto de Seguro Social calificó las patologías "hernia de disco operada L5-S1 con secuelas moderadas, artrodesis L3 a L5", con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 15.7%.

Luego de realizar un recuento de su historia clínico señalaron que la EPS SALUDCOOP realizó intervención quirúrgica por la patología "hernia discal L4-L5" y tras su operación, le fueron ordenadas terapias, razón por la cual debía trasladarse por su cuenta propia, donde cancelaba por concepto de transporte en vehículo taxi la suma de \$4.000, por cada ida y vuelta, lo cual equivale para el año 2004 a \$240.000 mensuales. Refirieron que el 27 de abril del 2005 el Seguro Social calificó el origen de la patología "dolor lumbar post esfuerzo", como enfermedad laboral derivada de accidente de trabajo. Sin embargo, sostuvieron que el 10 de octubre de 2005, la citada entidad advirtió que no seguiría reconociendo ni cancelando incapacidades médicas, debido a que en el sistema el trabajador presentaba novedad de retiro, desde el mes de agosto de 2005. Ante dicha negativa, indicaron que radicó acción de tutela, cuyo juez constitucional amparó su derecho fundamental, incurriendo en gastos procesales que tuvo que costear por valor \$600.000 para el año 2006, los cuales pidió prestados a un interés del 4%, pagaderos en cuotas de 10 meses.

Expuso que el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Cúcuta ordenó al ISS seguir cubriendo sin interrupciones las prestaciones asistenciales y económicas, incapacidades que fueron reconocidas mediante Resolución núm. 107/2006. Precisaron que el 20 de febrero de 2007 el señor Pablo Elías Ortiz fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con una pérdida de capacidad laboral del 39.75%, reconociendo la indemnización por incapacidad permanente parcial. Sin embargo, expuso que ante la negativa de proceder con el pago de incapacidades médicas luego de que fuera calificado, nuevamente interpuso acción de tutela en nombre propio, cuyos honorarios ascendieron a la suma de \$800.000, de los cuales tuvo que costear intereses moratorios; tutela que fue negada en primera y segunda instancia.

Luego de realizar una descripción de las inconformidades tenidas en cuanto a la prestación del servicio asistencial y económico brindado por la ARL, los cuales señala fueron llevados ante los entes de control y ante los distintos Jueces constitucionales,

incurriendo en gastos de abogacía, afirmó que fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 53.04%, de manera que el 26 de junio de 2014 la hoy demandada profirió Resolución No. 2014-54-001-016400, por medio de la cual concede pensión de invalidez. No obstante, pese a lo anterior, tuvo que solicitar un crédito bancario ante la cooperativa de ahorro y crédito Fincomercio, por valor de \$12.000.000, para solventar el dinero que debía a aquellas personas que lo habían ayudado a hacer frente a varios gastos económicos, razón por la cual su monto pensional, se encuentra embargo hasta por 8 años más. (Cuad.2, fol. 450 a 497).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a las pretensiones, argumentando que ha dado cumplimiento a sus obligaciones como ARL, prueba de ello es que el señor Pablo Elías Ortiz se encuentra pensionado, además, por cuanto la mayoría de los hechos de la demanda datan de la época en la que ni siquiera se desempeñaba como administradora de riesgos laborales. Aceptó los hechos 11, 15, 34, 39, 60, 61, 67 a 69, 74, 81, 86 a 88, 93 a 97, 99 a 102, 108, 111, 116, 118, 120, 125, 126, 128 a 132, 134, 135, 158, 160 y 167, y frente a los restantes manifestó no ser ciertos o no contarles. Propuso como excepción previa la de prescripción y como de fondo las que denominó causa extraña, taxatividad del régimen objetivo de responsabilidad, inexistencia de la obligación, inexistencia de culpa del empleador, inexistencia de vínculo legal o contractual, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, pago, compensación, buena fe y genérica. (Cuad.2, fol. 499 a 518).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de agosto del 2020, en la que el fallador declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción, en consecuencia, absolvió a la demandada de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por parte de los demandantes, condenándolos en costas con excepción del señor Pablo Elías Ortiz.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar si la demandada es responsable del incumplimiento de sus obligaciones en materia de riesgos laborales y, por tanto, si hay lugar a la indemnización de perjuicios que reclaman los demandantes. Con tal propósito, lo primero que dijo es que no existía controversia respecto de que el actor tuvo dos accidentes de trabajo en los años 2003 y 2004, que le generaron pérdida de capacidad laboral, al punto de que actualmente se encuentra pensionado por invalidez por la accionada.

Así, luego de discurrir sobre las pruebas documentales allegadas al proceso y citar lo establecido en la Ley 776 de 2002, sostuvo que si bien en principio la encartada y en su momento el Instituto de Seguros Sociales, incurrieron en una irregularidad al desconocer el pago de las incapacidades expedidas al actor y que fueron objeto de tutela, donde se ordenó continuar reconociendo tanto las prestaciones asistenciales como las prestaciones económicas, lo cierto es que esa tutela data del año 2005, además, debido que fue calificado para esa época, le correspondía el pago de la indemnización, misma que le fue reconocida y cancelada. Refirió que, a partir de dicha calenda, se interpusieron 4 acciones constitucionales adicionales, que no resultaron avantes, aunado a que luego de ser calificado nuevamente, se estableció su condición de inválido y, por tanto, la ARL Positiva reconoció la prestación económica a partir de la fecha de estructuración, pero efectiva a partir del día siguiente al del último reconocimiento de los subsidios de incapacidad.

Expuso que las pruebas documentales permitían verificar el reconocimiento y pago de las diferentes incapacidades, al punto de que los testigos señalaron que aquellas eran

canceladas cuando se emitían por parte de la ARL, a excepción de las expedidas por médicos particulares, situación que se acompasa y se halla soportada en la normatividad vigente. Aludió a que si bien se pretende como daño emergente los gastos que aduce corrió para formular acciones de tutela, no obstante, dijo que aquellas se resolvieron de manera negativa, por lo que los gastos profesionales debían ser asumidos por la parte vencida, también las costas del proceso. Así mismo, frente al crédito que también se aduce como daño emergente, fue tomado dos años después del reconocimiento de la pensión de invalidez y sin que exista prueba de que el mismo se asumió para cumplir obligaciones financieras adquiridas con anterioridad a la pensión de vejez.

Con todo, manifestó que no existe prueba en el proceso de que el accidente de trabajo se hubiese producido por un actuar descuidado o negligente de la Administradora de Riesgos Laborales o riesgos profesionales y que por la misma razón se hubiese generado un daño y que aún en gracia de discusión los valores que se pretenden como daño emergente, fueron causados con anterioridad por lo menos al año 2012, por lo que de cara a la fecha de presentación de la reclamación administrativa y demanda, esto es, en el año 2017, es claro que ya habían transcurrido más de tres años, operando el prescriptivo contemplado en los artículos 488 del Código Sustantivo y 151 del Código Procesal del Trabajo de la Seguridad Social, salvo a lo que respecta al crédito del año 2016 que no tiene relación con lo que aquí se reclama. Aunado a que, en lo que hace a los daños morales y las pretensiones elevadas por los demandantes Marleny Pérez, Karen Ortiz Pérez y Osvaldo Ortiz Pérez no existe prueba alguna en el proceso de los perjuicios causados en su contra. (cuad.2, Cd a fol. 749)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación argumentando que cuando se habla de un tratamiento, debe ser integral a cargo de todas las aseguradoras de salud, en este caso las aseguradoras del sistema general de riesgos laborales antiguamente profesionales, mismo que no fue abordado de forma íntegra. Refirió que si bien no se allega prueba de lo sucedido es porque no tenía con qué pagar los tratamientos médicos, más los que podía darle la EPS o la ARL, máxime cuando la accionada allegó un listado de incapacidades, que fueron canceladas con posterioridad y luego de varias investigaciones que la Procuraduría General de la Nación inició en contra de esta, y que da cuenta de la demora de tratamientos médicos que tenía el señor Pablo Ortiz.

Agregó que la patología en su columna vertebral originó el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin embargo, durante el tiempo que no accedió a la prestación económica, las incapacidades le eran emitidas por parte de un médico particular; que estando aun incapacitado y con la situación anómala quedó sin trabajo sin que la ARL hiciera los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo o enfermedad. Expuso en tal sentido que la ARL no hizo el seguimiento respecto de su tratamiento médico, solo hasta que fue intervenida la Procuraduría General de la Nación, reiterando, entidad que abrió investigación, sin que a la fecha haya obtenido respuesta.

Aludió que debido a las mesas de trabajo y concertaciones se le hizo su calificación integral; que frente a los perjuicios que emitieron los familiares, la encartada no tomó las declaraciones de parte, además, aquella no prestó atención a la familia, dada la tendencia suicida de uno de los familiares, de manera que también debió avisar al sistema de salud, dado que el Estado debe proteger la vida. Señaló que las obligaciones

existen y están amparadas, no solo bajo los criterios legales, sino, además por criterios constitucionales, en la medida que debió asegurar un acceso efectivo a la Seguridad Social, al punto que fueron pagadas incapacidades prescritas por médicos que no eran del sistema.

Insistió en que la encartada incumple la atención a los familiares del señor Ortiz, cuando se habla del derecho a la vida en condiciones de dignidad, aunado a que la mayoría de sus patologías son de origen laboral, acaecidas bajo el mismo accidente de trabajo, que hasta hoy no se les ha hecho una verdadera atención conforme a los protocolos establecidos. Advirtió que la ARL reconoce que no contaba con una red amplia, se demoraba en dar citas y en el tratamiento respectivo, de manera que no puede ser normal la negligencia y la demora de todos los servicios médicos de salud, porque está en juego la vida y el verdadero derecho a estar dentro de un sistema que cubra las necesidades reales y en el debido tiempo.

Por último, solicitó que se compulse copias para que se investigue y se determine la responsabilidad de los funcionarios que tuvieron a cargo allegar las respuestas por parte de la Procuraduría y del Ministerio de Trabajo y nuevamente se solicite con carácter urgente y con copia a la Personería o quien investigue a los agentes de la Procuraduría o los superiores para que se alleguen dado que se necesitan.

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en auto anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- ✓ ¿Se cumplen los presupuestos o elementos estructurales de la responsabilidad civil o de acción indemnizatoria total y ordinaria de perjuicios, esto es, el daño padecido, la culpa del agente y el nexo causal entre lo primero y lo segundo y, por ende, los demandantes tienen derecho al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales en la forma como fuese pedida en la demanda?

Elementos estructurales de la responsabilidad

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso recordar de manera preliminar que los demandantes persiguen se declare civilmente responsable de los perjuicios o daños materiales e inmateriales derivados del incumplimiento en la prestación asistencial y económica de la Administradora de Riesgos Laborales, frente a lo cual la parte demandada se niega a resarcir tales perjuicios, aduciendo que los hechos corresponden a una data en la que ni siquiera se desempeñaba como administradora de riesgos laborales, aunado a que ha cumplido con sus obligaciones que le corresponden como ARL.

Conforme a lo anterior, bien es sabido que quien pretende atribuir responsabilidad debe probar la culpa del agente, como también la relación causal entre ésta y el daño

cuyo resarcimiento se pretende. En ese sentido para hablar de responsabilidad civil es fundamental que la parte actora acredite los elementos estructurales de la responsabilidad en general, esto es, el daño por parte de quien reclama la indemnización, la actuación culposa o dolosa de parte de la demandada en el proceso y la existencia de la relación de causalidad entre el perjuicio sufrido por la víctima, en este caso, el afiliado, y la actuación reprochable de las entidades demandadas. Elementos que son considerados como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que se debe acreditar en cualquier reclamación de esta naturaleza.

Ahora, debe decirse que el presupuesto estructural del daño corresponde a todo menoscabo o detrimento de un interés jurídico lícito, que impone la necesidad de probar su detrimento en concreto. Por su parte el presupuesto estructural de la culpa o el factor subjetivo de atribución de responsabilidad en la irrigación del perjuicio, de lo cual, se puede inferir en el presente caso, es la demostración de una actuación negligente, imperiosa, o incluso dolosa de la entidad demandada en la realización o intención de su actuar en el cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios, en virtud de la afiliación que hace el trabajador y las responsabilidades que se derivan de ella. Finalmente, se hace necesario probar que esa actuación culposa o dolosa fue la causa del perjuicio sufrido, es decir, se trata de la verificación del vínculo causal que, por regla general, fluye de la acreditación de los dos primeros elementos.

Así las cosas, en el caso en concreto la parte demandante imputa a la demandada su responsabilidad en los siguientes términos:

Se mencionaron dos accidentes de trabajo acontecidos el 28 de octubre de 2003 y 18 de mayo de 2004, que fueron reportados ante el entonces Instituto de Seguros Sociales, como administradora de riesgos laborales; recibiendo prestaciones asistenciales de SALUDCOOP EPS y calificados por su ARL el 14 de julio de 2006 mediante dictamen núm. 1633 del 14 de julio de 2006, con una pérdida de capacidad laboral del 15.7%; aludiendo que los servicios asistenciales y económicos no fueron debidamente prestados, tampoco garantizados en tiempo, pues en varias ocasiones la ARL se abstuvo de reconocer las incapacidades laborales, prestaciones asistenciales y gastos médicos, al punto que tuvo que acudir al Juez Constitucional y a otras instancias del orden disciplinario, tales como Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación y Superintendencia Nacional de Salud, a fin de que fueran protegidos sus prerrogativas constitucionales y se ordenarán los tratamientos médicos respectivos y pago de incapacidades. Seguidamente se indica que debido a estos hechos se le generó al señor Pablo Elías Ortiz desmejora de sus condiciones no solo físicas, sino económicas, dado que, al no ser sufragadas las incapacidades laborales, tampoco cancelados los gastos médicos y de transporte, ni los honorarios profesionales de abogacía que se causaron por la interposición de las acciones de tutela, pese a que existía obligación, se le originó un daño tanto en su vida propia como familiar.

Con base en las circunstancias fácticas, evidencia la Sala que, si bien existió un telar de trámites entre la calificación en primera oportunidad realizada por la ARL, la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, misma que forjó la obligación de cubrir contingencias derivadas del accidente laboral, tales como prestaciones asistenciales y económicas, y finalmente la calificación de la mengua laboral que se realizó por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, misma que estableció el grado de invalidez como presupuesto para adquirir la pensión de invalidez, lo cierto es que ello en nada denota y tampoco tiene la suficiente virtud para encausar y probar la negligencia que acusan los demandantes a la ARL Positiva

Compañía de Seguros SA, mucho menos que aquello ocasionará un perjuicio, lo que rompe de plano los elementos estructurales de la responsabilidad que se demanda.

Lo anterior si se tiene en cuenta que, aunque la seguridad social en riesgos laborales está en el plano de los derechos fundamentales, cuyo marco general de regulación se encuentra, entre otras, en la Ley 100 de 1993, Decreto Ley 1295 de 1994, Ley 776 de 2002 y Ley 1562 de 2012, preceptivas que consagran los principios que la rigen, obligaciones, coberturas y derechos que emanan de la relación afiliado-entidad, como esgrime los apelantes, lo cierto es que los medios de convicción no prueban en nada el actuar doloso o culpable de la entidad en la prestación del servicio asistencial y económica para el que fue destinada y, que en todo caso que le ocasionará un perjuicio.

En efecto, se allegaron al plenario los formatos únicos de Reporte de Presunto Accidente de Trabajo, donde se comunica los accidentes laborales acontecidos el 28 de octubre de 2003 y 18 de mayo de 2004, por lo que dado a tales siniestros y al dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por el entonces Instituto de Seguros Sociales el 14 de julio de 2006, mismo que determinó que los diagnósticos Hernia de Disco Operada L5-S1 con Secuelas Moderadas y Artrodesis I3 A 15 le forjaron una mengua laboral del 15.7%, el señor Pablo Elías Ortiz recibió asistencia médica por parte de la entonces EPS SALUDCOOP, tal y como se observa en las historias clínicas obrantes a folios 69, 71, 72, 77 a 87 del Cuad.1, aspecto que permite inferir que los accidentes de trabajo fueron cubiertos asistencialmente, en los términos dispuestos en los artículos 5 y 6 del Decreto 1295 de 1994, al punto de que recibiera tratamiento médico, y el entonces Instituto de Seguros Sociales el 26 de julio de 2005, expidió recomendaciones específicas para efectos de la rehabilitación profesional, teniendo en cuenta las limitaciones funcionales, quedando a cargo del empleador, ajustar las labores para tal efecto.

En tal sentido, no se demuestra que el proceder de la ARL se haya ajustado en un accionar negligente o descuidado, pues con las pruebas documentales, contrario a lo que se pretendió, demuestran que fueron prestados los servicios del orden asistencial requeridos, siendo ello obligatorio en armonía con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 1295 de 1994 y el artículo 1 de la Ley 776 de 2002, lo cual fue cumplido, como se esbozó, por la ARL demandada. De tal suerte, si lo que pretendía los demandantes era probar que aquella atentó con las obligaciones legales y reglamentarias que tenía para con su afiliado, debió allegar los elementos persuasivos que dieran cuenta de la existencia de un actuar reprochable e injustificable en lo que hace a la prestación del servicio médico, siendo precisamente lo que en este asunto en comento brilla por su ausencia.

Ahora, en lo relacionado con las prestaciones económicas a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales demandada y que señala la parte actora no fueron cumplidas en oportunidad, únicamente fue allegado el fallo de primera instancia proferido por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mismo que resulta evidente insuficiente para demostrar que el actuar de la demandada fue doloso o culposo en detrimento de su interés jurídico.

Lo anterior, en razón a que, aunque el Juez Constitucional ordenó en una única oportunidad que la ARL continuará cubriendo las prestaciones asistenciales y económicas del señor Pablo Elías Ortiz, no obstante, nótese que, según se esgrimió en la parte considerativa de esta sentencia, el no pago de las incapacidades laborales por parte de la entidad demanda se fundamentó básicamente en que de conformidad con la Ley 776 de 2002, esta *"establece que por incapacidad temporal se cancelará al afiliado a*

*un subsidio equivalente al 100% del salario en los periodos en que el trabajador reciba regularmente su salario, y que el **I.S.S.** dando aplicación a lo señalado en la normatividad actual, establece un procedimiento estándar para el pago de las incapacidades y dentro del cual se señala que el pago de las temporales se efectuaría en los periodos en que el trabajador reciba regularmente su salario, y en consecuencia no reconocerá incapacidades a personas desvinculadas laborales, por lo que la administradora no puede autorizarle el pago de éstas”;* lo cual denota que la negación no se justificó por el hecho de desconocer la prestación económica, sino por un entendimiento equivocado de la norma en comento.

Cabe anotar que si en gracia de discusión se admitiera que hubo un grado de culpa en la decisión tomada sobre el no pago de las incapacidades laborales prescritas, sea por un actuar negligente o falta de impericia de la demandada, lo cierto es que no por ello se acredita el nexo causal entre ese actuar culposo y el daño causado, pues este último tópico tampoco se encuentra probado en el plenario, es decir, el detrimento, daño o perjuicio que le causó ese actuar culposo, siendo insuficiente para este fin el dictamen pericial allegado, tal como lo señaló el A quo, dado que, a más de lo considerado por aquel y que comparte íntegramente la Sala, ha de tenerse en cuenta que aquella prueba es un criterio auxiliar y, por tanto, de conformidad con lo establecido en el art. 61 del C.P.T. y S.S., la Sala no está atada a su contenido, en la medida que formará libremente su convencimiento con otros medios de convicción.

Medios probatorios de los cuales tampoco se logra demostrar que se causó un perjuicio o daño, que hubo una actuación culposa o dolosa, ni mucho menos la existencia de una relación de causalidad entre lo primero y lo segundo. En este punto llama la atención de la Sala, que a propósito de los argumentos esbozados por la censura, si se observa la respuesta al requerimiento que se hizo por parte de la Defensoría del Pueblo a Positiva Compañía de Seguros SA, esta última expuso en comunicación del 28 de septiembre de 2010 con suficiencia el tratamiento médico que se surtió como consecuencia del accidente laboral, el pago de incapacidades e indemnización por pérdida parcial permanente, oportunidad en la que se le expidió autorización de servicios en la especialidad Neurocirugía, sin que a fecha el señor Pablo Elías Ortiz tuviese solicitudes pendientes de autorizar con ocasión al criterio médico o a causa de órdenes de tutela.

De hecho, también indicó que reconoció 20 incapacidades laborales por un total de 599 días, dejando entrever que el motivo para negar el reconocimiento y pago de algunas de las incapacidades expedidas, consistía en que provenían de un médico particular y no de una IPS ni de un médico adscrito a la red de servicios; aspecto que no raya con las previsiones del Sistema de Seguridad Social, pues es claro que no existe fundamento normativo que de forma expresa regule la obligación de cubrir incapacidades expedidas por médicos particulares. Entonces, nótese que las incapacidades a que hace referencia el actor y que no fueron reconocidas por parte de la ARL, son originadas en un concepto médico particular no adscrito a la red de servicios de la demandada, cuyo pago no está obligada en principio a asumir la encartada, además, por cuanto no se demostró que aquella negará el servicio de salud, para que esta, debido a su negligencia, se hiciera responsable de las prestaciones económicas generadas a favor del señor Pablo Elías Ortiz, y tampoco se demostró que hubiesen sido presentadas a la administradora para que indicara las razones de naturaleza técnica y científica que conllevaran o no a su aceptación.

Además, se evidencia que respecto de la mesa de trabajo que fue precedida por el Ministerio de la Protección Social de la que la censura fundamenta también su apelación, está en nada indica un actuar caprichoso de la entidad demandada, en tanto que en dicha diligencia únicamente se impartió instrucciones al actor de afiliarse al

sistema de seguridad social en salud, ya sea en el régimen contributivo o en su defecto en el subsidiado, dado que Positiva Compañía de Seguros continuaría con la prestación del servicio de salud por las patologías de origen profesional a través de la Junta Interdisciplinaria, dejándose claro por la encartada que remitirá al actor a la Clínica del Dolor, para que una vez contara con todos los exámenes y conceptos, pudiese ser valorado por medicina laboral, insistiendo, sin que de manera alguna se dejará por sentado negligencia en su actuar. Valoración médica que originó finalmente que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 27 de febrero de 2014, calificará su pérdida de capacidad laboral en un 53.04% y que de contera diera paso a que la encartada reconociera pensión de invalidez, por accidente de trabajo.

De lo anterior, no se vislumbra la existencia de un acto reprochable, menos aún que hubiera un daño o perjuicio, menos de índole extrapatrimonial, acotando, que, si bien se armaron al cartapacio dos valoraciones por la especialidad en Psiquiatría, en la que de cierta forma se indica un estado depresivo del actor con ideas “*de muerte*”, tal valoración no deja entrever que tal padecimiento haya sido como consecuencia del descuido, impericia o negligencia de la demandada y, por el contrario, lo que deja en evidencia es que la citada patología surgió por circunstancias familiares y económicas.

No sobra precisar que la carga de la prueba, en términos del artículo 167 de C.G.P., recaía en la parte activa quien debía demostrar la responsabilidad que demanda, situación que no se entrevé en el presente asunto, ya que no se logró probar el menoscabo o detrimento del interés jurídico, es decir, la irrogación del perjuicio o daño, tampoco la conducta reprochable de la entidad, lo que supone que al no estructurarse uno o más de los dos presupuestos, es decir, el daño y/o culpa, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende.

Lo anterior por cuanto a que debe recordarse que el daño debe ser cierto y susceptible de identificarse, que afecte el patrimonio del demandante y que este tenga su fuente inmediata en el hecho antijurídico o un obrar negligente. Aspectos que no se pueden colegir de la denuncia presentada por el actor ante la Procuraduría General de la Nación, pues, contrario a lo dicho por la apelante, aquella en nada dice ni mucho menos es soporte sobre tal situación. Razones más que suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, en tanto que, es claro que no incurrió en ningún desacierto en las intelecciones que llevaron a determinar la absolución de las pretensiones incoadas en contra de la demandada.

Finalmente, en lo que respecta a que se compulse copias a la Personería, para que dicha investigue y determine la responsabilidad de los funcionarios de la Procuraduría y del Ministerio de Trabajo al no arrimar respuesta de los oficios; basta con decir que, si la censura estima que los funcionarios de tales entidades incurrieron en conductas disciplinarias, deberá por sí misma ponerlas en conocimiento ante el ente correspondiente, asumiendo la responsabilidad derivada de ello.

Costas

Sin costas en esta instancia judicial. Las de primera se confirman.

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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

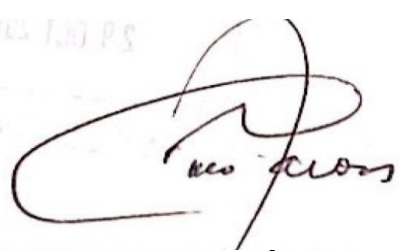
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: ARTURO JOSÉ MALKUM MALKUM
Demandada: ALTENESOL COLOMBIA SAS
Radicado No.: 14-2017-00251-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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. Arturo José Malkum Malkum, instauró demanda ordinaria contra Altesol Colombia S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 5 de mayo al 30 de agosto de 2014, el cual terminó por causas imputables al empleador. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el pago de cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, salarios, aportes pensionales, indemnización moratoria y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 1 de mayo de 2014, el señor Rafael Sierra, inversionista de la empresa demandada, le informó que el 5 del mismo mes y año, tenía entrevista laboral con el señor Nelson de La Nuez, dueño de la sociedad demandada, en el Hotel Royal Park; misma que se surtió, decidiendo aquel contratarlo verbalmente a partir de dicha fecha, para desempeñar el cargo de Ingeniero encargo del Área Ambiental y Seguridad industrial del proyecto *"construcción de una planta de Gas Natural Licuado – GNL en Sahagún, Córdoba"*, acordando un salario de \$5.000.000 mensuales.

Narró que ejerció su cargo de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y dado que se trata de un funcionario de dirección y manejo desarrollaba sus funciones desde su casa en la ciudad de Bogotá D.C., sin embargo, se le exigía en oportunidades visitar entidades del orden municipal y estatal, además, ejerciendo actividades de supervisión en las oficinas de la Corporación Bioparque y AB Proyectos SA. Refirió que renunció a partir del 1 de septiembre de 2014, ante el no pago de sus salarios y demás acreciones laborales, comunicándole tal decisión a Rafael Sierra y a Nelson De La Nuez, quienes le informaron que le cancelarían las mismas, sin que a la fecha hayan procedido de conformidad. (fols. 90 a 111).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, a través de Curador Ad Litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que deberán ser

definidas de conformidad a derecho y al resultado de lo probado. En lo que hace a los supuestos fácticos indicó no constarle ninguno de estos y en su defensa propuso como medios exceptivos la de prescripción y genérica. (fols. 314 a 136).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de febrero del 2021, en la que se declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al actor.

Para arribar a tal decisión, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante en el escrito de demanda, para lo cual trajo a colación lo señalado en los artículos 22, 23, 24 del C.S.T. y 27 del C.P.T. y de la S.S., indicando sobre esta última preceptiva que quien deprecia la existencia del contrato de trabajo, debe dirigir la demanda en contra de su empleador, pues quién formular aquella pretensión debe tener posibilidad sustancial para reclamar un derecho o una obligación y quien es demandado debe tener las condiciones para que sea exigible, es decir, quien acciona debe tener legitimación en la causa por activa y quien es demandado la debe tener por pasiva.

Así las cosas, aludió que, para demostrar la prestación del servicio se allegaron correos electrónicos, los cuales, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 527 de 1999, previó que los mensajes de datos serán admisibles como medios probatorios, indicando que su fuerza probatoria es la otorgada por las disposiciones del estatuto procesal civil, sin embargo, para que el documento electrónico ostente tal fuerza, pende de los criterios señalados en los artículos 11 y 12 de la citada ley, por manera que, indicó que de los emails remitidos 7 de abril, 1 y 14 de mayo, 17, 19, 25 y 30 de julio y 25 de agosto de 2014, se advertía de su contenido quien los remite, responde, el dominio, identificación de su iniciador y se encuentra reproducido en el formato que se generaron, razón por la cual colegia que los mensajes de datos aportados gozan de plena validez probatoria, además, porque el extremo demandado no desconoció su contenido, ni alegó su falsedad.

Bajo ese contexto, luego de citar el contenido de los citados correos, además, del interrogatorio de parte surtido al demandante, sostuvo que quien contrató sus servicios para participar en el proyecto de gas natural licuado en el municipio de Sahagún Córdoba, previa intermediación de Rafael Sierra, fue el señor Nelson De la Nuez a quien señaló como dueño de la empresa, quienes se pusieron de acuerdo, tal como lo señala el artículo 38 del CST, sobre la índole del trabajo y el sitio donde se realizaría, remuneración y la duración del contrato. No obstante, de cara al certificado de existencia y representación legal, concluyó que se instauró la acción legal en contra de una persona que no fungió como empleadora, en tanto que no se acreditó el vínculo o relación del citado señor De La Nuez con la sociedad demandada, es decir, la condición de representante legal para el momento de verificarse la contratación laboral, ni que aquel fungiera como accionista y que estatutariamente se reservara a los accionistas la facultad de celebrar contrataciones de índole laboral. (CD a fol. 148)

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que se encuentra demostrado dentro del proceso los elementos suficientes para determinar que efectivamente el actor laboró para la sociedad demandada y afirmar que lo contrató una persona que no estaba autorizada a celebrar contratos dado que esa facultad estaba otorgada al representante legal es contraria a derecho, en tanto que ello no anula el vínculo laboral ni que sus labores no se tendrán en cuenta, como quiera que el artículo 35 del CST indica solidaridad del que no

contaba con facultades para hacerlo en nombre del patrono, lo cual no inhibe la relación laboral existente y, por tanto, tendrá derecho al pago de prestaciones a que hubiere lugar.

Insistió en que el hecho de que el representante legal quien estaba facultado para celebrar contratos no lo hubiere realizado, no quiere decir que no hubo contrato de trabajo, en tanto que tal intelección va en contravía del artículo 24 del CST, máxime cuando el actor estaba desarrollando labores a nombre y a favor de Altenesol Colombia, como lo indican los correos electrónicos y el acuerdo de confidencialidad, empresa que no es distinta a la que contrató, como quiera que *"Una cosa es la empresa a nivel internacional, pero en Colombia se llama Altenesol Colombia SAS, está en la Cámara de Comercio (...) estamos hablando de una filial en Colombia, de una compañía en Colombia que por obvias razones no puede llamarse igual (...)"* (CD a fol. 148)

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en auto anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- i) ¿La sociedad Altenesol Colombia S.A.S., fungió como empleador del actor dentro del lapso señalado en el libelo genitor?
- ii) De ser así, ¿cuál fue el salario que devengó en vigencia del nexo contractual y hay lugar o no al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás pretensiones de orden condenatorio que se solicitó en la demanda?

De la relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, 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 exige 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 le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 5 de mayo al 30 de agosto de 2014. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, el Curador Ad Litem,

quien representa los intereses de la empresa Altenesol Colombia S.A.S., señaló no constarle ello y por la misma razón se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo.

La Juzgadora de primer grado sobre tal aspecto indicó que, pese a que los correos electrónicos allegados por la activa cumplen con los requisitos señalados en la Ley 527 de 1999, para que estos puedan ser valorados y los mismos daban cuenta de quien contrató sus servicios para participar en el proyecto de gas natural licuado en el municipio de Sahagún – Córdoba, previa intermediación de Rafael Sierra, fue el señor Nelson De la Nuez; no obstante, no podría colegir que este último hubiere fungido como representante legal de la empresa demandada, ni como accionista y, por tanto, al no tener facultad para celebración de contrataciones en nombre de la empresa demandada, aquella no podía verse obligada con respecto al vínculo laboral que aduce el accionante.

En lo fundamental el recurrente sostiene que la A quo no valoró lo dispuesto en el artículo 35 del C.S.T., asegurando tergiversar el verdadero sentido de la citada disposición, pues, aunque el señor Nelson De La Nuez no ostentaba la facultad para celebrar el vínculo laboral con el actor, tal aspecto no podía desvirtuar la relación laboral que existió con la empresa Altenesol Colombia S.A.S., a más porque de cara a la citada regulación, de ella dimana la responsabilidad solidaria de aquel en lo que hace a las obligaciones laborales de la sociedad enjuiciada.

Bajo ese contexto, aun cuando adujo el promotor de la litis la existencia de una relación laboral con dicha sociedad, no arrimó ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, tampoco en momento alguno demostró una prestación efectiva del servicio a favor de la empresa que aduce ser el empleador. Lo anterior, por cuanto únicamente se allegó al informativo como medio de prueba los correos electrónicos enviados entre los señores Arturo José Malkum Malkum, Rafael A. Sierra y Nelson De La Nuez, mismos en los que dan cuenta en primera medida de la conversación sostenida con el señor Rafael A. Sierra y el actor, oportunidad en la que comunicó la entrevista laboral que habría de surtir con el señor Nelson De La Nuez; posteriormente, las indicaciones que este último dijo sobre su contratación, naturaleza de labor a ejercer y remuneración, para finalmente reflejar las actividades que ejerció; sin que de dichos documentos sea posible colegir la existencia del vínculo laboral entre el accionante y la sociedad enjuiciada, pues no se observa, que estos últimos, es decir, Rafael A. Sierra y Nelson De La Nuez hubiesen tenido la facultad para actuar en representación de la encartada frente al actor.

Así, tal como lo expresa la juez de primer grado, al detener la mirada en los citados correos electrónicos, que valga decir cumplen con los parámetros normativos para ser valorados como medios de prueba, en tanto que aquellos no solo permiten identificar su autoridad, iniciador y firma, en términos de la Ley 527 de 1999, sino, porque detallan que fueron impresos en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, de conformidad con el artículo 247 del CGP, a más de que en momento oportuno nunca se alegó que se le hayan hecho supresiones, cambios, alteraciones o adiciones, suplantación de alguna firma o en su defecto hayan sido tachados de falsos, de manera que conforme a lo dispuesto en el artículo 244 del mismo estatuto procesal ha de tenerse en cuenta como documentos auténticos, dan cuenta que si bien Nelson De La Nuez fue la persona que contrató al demandante, empero no indica que tal actuación de aquel haya sido ejercida en representación a la empresa, máxime cuando no existe medio de convicción fehaciente en el expediente y que dé cuenta que aquel mantuvo una relación con la empresa demandada o, sí por lo menos, fue socio de la misma, pues al respecto solo obra la declaración de parte, que indicó que aquel era socio y representante legal, medio de convicción que no es apto para demostrar dicha calidad, pues a la parte actora le está vedado fabricar su propia prueba.

Aunado a ello, otro aspecto que llama la atención de la Sala, es que al igual como lo concluyó la sentenciadora primigenia, aquel no funge como gerente o suplente de la empresa de cara al certificado de existencia y representación arrimado al plenario, quienes, sí cuentan con la facultad para celebrar contratos y ejecutar actos que obligan a la sociedad frente a un tercero como era el actor, sin que logre evidenciarse en dicho documento que tuviera delegada tal facultad.

Y no está de más hacer hincapié en que aquellos mensajes de datos son firmados por Nelson De La Nuez en calidad de *"president and CEO"* de la sociedad Altenesol, LLC, empresa distinta a la que hoy se demanda. En este punto, a propósito del elemento de juicio que el recurrente señala como mal valorado por la A quo, es decir, el escrito de confidencialidad que obra a folios 58 a 61 del cartapacio, es evidente que allí solo se señala que entre *"ALTENESOL LNG Colombia S.A.S. y Altenesol, LLC ("ALTENESOL") han entablado conversaciones con Arturo José Malkum ("ARTURO"), poseedor de la matrícula No.: 25202097272CND, respecto a una transacción (la "Transacción") relacionada con el proyecto de Gas natural Licuado (GNL) que Altenesol está desarrollando en la región del Viajano, municipalidad de Sahagun en Colombia y la posibilidad de empleado en ALTENESOL."*; lo que descarta con claridad que tal acuerdo haya sido celebrado por la empresa demandada y el actor, sino por dos sociedades distintas a la que hoy es llamada a juicio, misma que también deja entrever con suficiencia que el señor Nelson De La Nuez, de quien se dice en principio contrató al demandante, no tenía ninguna relación con la sociedad encartada, pues allí se anotó que este ejerció la representación en la citada estipulación como presidente de Altenesol, LLC.

De ahí que tampoco se demuestre con el citado documento la prestación personal del servicio que es eje central de la argumentación de la alzada para concluir la existencia de un contrato de trabajo, pues en últimas no aporta ningún elemento de juicio en aras de demostrar que los mensajes de datos a los que alude la censura, hayan sido elaborados por el señor Nelson De La Nuez, en representación de Altenesol Colombia S.A.S., en tanto que allí se colige, que aquel lo hizo en su carácter de presidente de Altenesol, LLC, sociedad distinta a la que se llamó a juicio.

De esta suerte, la Sala no vislumbra que la Juzgadora incurriera en un desacierto al entender que se instauró la acción legal en contra de una persona que no fungió como empleadora del aquí actor y, en este punto, cumple destacar que esta Corporación no comparte la afirmación de que Altenesol Colombia S.A.S. y Altenesol, LLC son personas jurídicas iguales, en tanto que esta última no se constituyó como establecimiento de comercio abierto por la sociedad extranjera, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de aquella, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad, en los términos del artículo 263 del Código de Comercio, lo anterior en virtud del certificado de existencia y representación legal de la primera de estas que nació como persona jurídica.

En el hilo de lo expuesto si lo que pretende el actor es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente 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.

Ello es así, dado 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.

Por manera que, no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual, se reitera, 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, no le queda otro camino a esta Sala que confirmar la sentencia de primer grado, a más de que la censura realiza un argumento no relacionado en la demanda, en la medida que pretende del señor Nelson De La Nuez su responsabilidad solidaria en los términos del artículo 35 del C.S.T., aspecto que, como se dijo, no se aludió en el libelo incoatorio, ni siquiera en forma subsidiaria, sumado a que tampoco aquel se demandó en este proceso.

Costas.

Sin costas en esta instancia judicial. Las de primera se confirman.

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

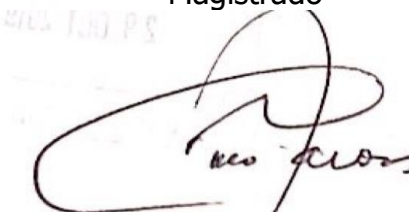
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de febrero del 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS 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: SANDRA DEL PILAR HERNÁNDEZ RIVERA
Demandada: UGPP
Radicado No.: 14-2017-00553-02
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sandra Del Pilar Hernández Rivera, instauró demanda ordinaria contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 2 de julio del 2013 al 31 de octubre de 2014, el cual terminó por causas imputables al empleador. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el pago de cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, reintegro de las sumas de dinero que asumió por concepto de seguridad social en salud y pensión, salarios adeudados a título de sanción por la terminación anticipada del contrato por culpa del empleador, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que inició a laborar desde el 2 de julio de 2013, de manera continua al servicio de la UGPP mediante sendos contratos de prestación de servicios, labor que ejecutó de forma ininterrumpida, sin solución de continuidad, prestando el servicio de manera personal y bajo la supedita subordinación, en el área de jurídica, dependencia trascendental para el cumplimiento del objeto social de la entidad. Sostuvo que para el desempeño de labores le fue asignado un correo institucional y se le brindó un usuario para ingresar a aplicaciones de uso exclusivo de los trabajadores de la entidad; además, se le exigió producción diaria en iguales condiciones que los demás empleados vinculados directamente con aquella. Refirió que el respectivo contrato de trabajo fue finalizado el 31 de octubre de 2014, de manera unilateral por el empleador argumentando por parte de éste expiración del nexo contractual. (fols. 90 a 111).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, la entidad accionada se opuso a la prosperidad de las pretensiones esgrimidas en ésta, aduciendo que celebró dos contratos de prestación de servicios con el propósito de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, y frente aquellas actividades que no podía realizar con el personal de planta y/o porque se requería de conocimientos especializados.

Sostuvo que en ningún caso los citados contratos generan relación laboral, ni el pago de prestaciones sociales, además, porque se celebraron por el término estrictamente indispensable para el desarrollo de la actividad contratada, atendiendo el incremento del volumen de expedientes sobre los cuales debía realizar el estudio sobre el reconocimiento o ajuste de prestaciones económicas de acuerdo con las obligaciones específicas acordadas en desarrollo del objeto contractual; lo anterior con ocasión del recibo en masa de los expedientes pensionales de las entidades liquidadas cuya función pensional fue trasladada a la UGPP.

Propuso como excepciones previas las de falta de jurisdicción y caducidad de la acción y como de fondo las que denominó imposibilidad jurídica que entre la UGPP y la demandante Sandra del Pilar Hernández Rivera exista un vínculo enmarcado en las reglas de un contrato de trabajo, inexistencia del derecho y de la obligación de pago de diferentes de los pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos, cobro de lo no debido, ausencia del vínculo de carácter laboral, inexistencia del personal de planta que pueda desarrollar la labor objeto de los contratos de prestación de servicios suscritos, contratación enmarcada dentro de los parámetros y bajo las condiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, temporalidad de la actividad desarrollada sin vocación de permanencia, cláusula contractual de exclusión de relación laboral, buena fe, prescripción y genérica. (fols. 190 a 209).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de junio del 2021, en la que se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal decisión, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar si la demandante estuvo vinculada a la UGPP mediante un contrato de trabajo a término fijo desde 2 de julio de 2013 hasta 31 de octubre del 2014 o si por el contrario la relación invocada estuvo regida por contrato de prestación de servicios regulados por Ley 80 de 1993. No obstante, a fin de desatar la controversia y atendiendo a las documentales adosadas a folios 2 a 18 del plenario, así como la aceptación de este hecho en la contestación de demanda, que entrega certeza que la demandante prestó servicios a la Unidad demandada desempeñando funciones de abogada en el área jurídica de la entidad, necesario resulta establecer en primer término la naturaleza jurídica de accionada, para determinar la condición de trabajadora oficial o empleada pública que pudo haber ostentado, en tanto que de esta circunstancia prende el análisis de fondo de las pretensiones por el Juzgado.

Bajo ese norte, hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, artículo 38, numeral 2 de la Ley 489 de 1998, artículo 8 del Decreto 168 de 2008 y Ley 906 de 2004, para significar que al ser la UGPP un establecimiento público, sus servidores por regla general son empleados públicos y por excepción trabajadores oficiales quienes se dediquen a la construcción y sostenimiento de obras públicas, tal como lo prevé el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 y en la medida que así lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL10610 de 2014.

Así las cosas, refirió que no fue objeto de controversia que la actora ejecutó funciones en el área jurídica de la entidad como abogada, cargo que ninguna relación guarda con la excepción a que se refiere el artículo 5 del citado Decreto, por lo tanto, indicó que en caso de acreditarse alguna relación laboral entre los contendientes, esta sería de naturaleza legal y reglamentaria que es propia de los empleados públicos y no tendría la calidad de trabajadora oficial, concluyendo que no se demostró el contrato de trabajo, tal y como se invocó en la demanda y, por tanto, debiéndose absolver a la encartada de las pretensiones de la demanda. (CD a fol. 248)

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que laboró desde el día 2 de julio del año 2013 al 31 de octubre del 2014 y que a pesar de que existieron intervalos en los contratos de prestación de servicios, la función fue de manera continua y subordinada en tanto que cumplía un horario estipulado por el ente accionado y efectuaba labores bajo la supeditada subordinación de dos trabajadores de planta. Preciso que en virtud de la primacía de la realidad existió un contrato de trabajo, como quiera que el nexo civil está desdibujado y cumplen otras funciones totalmente distintas a las que fueron establecidas. Así luego de citar el precedente constitucional, coligió que la actora realizó labores subordinadas. (CD a fol. 248)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que prestó sus servicios en forma ininterrumpida a la UGPP, como abogada, en el área de jurídica de lesividad, a través de supuestos contratos de prestación de servicios profesionales suscritos a partir del 30 de octubre del año 2012 y hasta 31 de octubre del 2014. Agregó que la prestación del servicio fue sujeta a subordinación y dependencia, en tanto que recibía órdenes directas de la demandada.

5.2. Parte demandada. Alegó en su favor que no es posible declarar la existencia de relación laboral atendiendo a que la excontratista demandante no ostentó la calidad de trabajador oficial dada a la naturaleza de la UGPP y que el vínculo que existe entre esta y sus servidores se da a través de una relación legal y reglamentaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- i) ¿El conocimiento de las pretensiones enarboladas por la accionante, es de competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral?
- ii) De ser positiva la respuesta ¿La sociedad Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -

UGPP, fungió como empleadora de la actora dentro del lapso señalado en el libelo genitor?

Competencia de la jurisdicción ordinaria – especialidad laboral.

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que el ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por la apelante se encuentra orientado a que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo de manera ininterrumpida, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Ahora, como se vio la juzgadora de primer grado destacó la falta de demostración de la existencia del contrato de trabajo, al considerar que las labores ejercidas por la trabajadora estaban relacionadas con funciones de abogada del área jurídica de la entidad enjuiciada, por lo que bajo dicha circunstancia de cara a la naturaleza jurídica de esta, evidenciaba su carácter de empleada pública en tanto que ninguna relación guardó con la excepción contemplada en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, esto es, que su cargo estuviese relacionado con la construcción y sostenimiento de obra pública, para de esa forma, catalogarla como trabajadora oficial; aspecto que incidía en las resultas del proceso, como quiera que no se apuntaba a demostrar el contrato de trabajo, sino la naturaleza legal y reglamentaria del vínculo que es propia de los empleados públicos.

Entonces, lo primero que se advierte, es que no es posible emprender el estudio del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como lo pretende la censura, ya que como se vio la sentenciadora de la existencia de la relación laboral bajo tal aspecto, sino se ocupó en definir la naturaleza jurídica del cargo que pudo ostentar la demandante, para establecer su competencia en la definición de la Litis y, cómo encontró que no fue trabajadora oficial, no le quedó otro camino sino el de absolver de las pretensiones esbozadas en contra de la entidad accionada; determinación que no fue objeto de ataque por la recurrente, por manera que en lo que a ello concierne, la sentencia de primer grado debe quedar en firme.

En efecto no se atacaron los fundamentos del fallo de primer grado, pues se reclama la existencia de una relación laboral bajo la égida del principio de la realidad sobre las formalidades, sin que en nada se indique acerca de las intelecciones que llevó a la A quo absolver de las pretensiones de la demandada, relacionadas con la imposibilidad de resolver de fondo el asunto al no hallar probado la calidad de trabajadora oficial de la demandante, sino de su carácter de empleada pública, todo lo cual de llegarse a demostrar el vínculo laboral con la entidad del orden pública, de manera que manteniendo incólume la decisión de primer grado.

Ahora bien, si con laxitud la Sala abordará el análisis de la censura, siguiendo las reglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que hace al alcance que se le debe dar a las materias objeto del recurso, como lo fue precisamente en sentencia SL3978-2020, y de esta forma entendiera que con la apelación se busca la revocatoria de la sentencia primigenia, considerando la existencia de la relación laboral y apuntando a que se conserve la competencia para definir este asunto, habría que decir que a la misma conclusión se arribaría por esta Corporación a la que llevó al A quo para absolver las pretensiones de la demanda, como pasa a explicarse:

Debe dejarse claro que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral conoce de los conflictos jurídicos derivados directa o indirectamente del contrato de trabajo, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2º numeral 1º del C. P. del T. y de la S. S., siendo por tanto necesario establecer en el asunto de marras, si la parte actora acreditó su calidad de trabajador oficial, pues tal como se dijo en sentencia SL1274-2016 "(...) *la jurisdicción laboral está instituida para conocer de los conflictos jurídicos emanados directamente del contrato de trabajo, sean de carácter particular o de carácter oficial*".

De otra parte, se precisa que de vieja data la Corte Suprema de Justicia sobre este tópico ha adoctrinado que:

"...Por otra parte, la competencia de que trata el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo no se puede determinar por la demostración que en el curso del juicio se haga del contrato de trabajo, sino por la afirmación que de la existencia de tal vínculo proponga el actor, puesto que la competencia ha de determinarse por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso. El apoyo que el demandante dé a sus pretensiones en un contrato de trabajo, determina la competencia del juzgador y no es posible decidir como excepción previa lo que es precisamente el fundamento del fondo de la controversia. Por ello no es admisible lo planteado en el cargo, ya que el juez del trabajo es competente para conocer de los juicios que se inicien con base en un contrato de trabajo, y debe absolver de las peticiones que tengan tal apoyo, cuando no se establezca esa clase de relación laboral". (CSJ, Cas. Laboral, sent. mar. 14/75).

Y recientemente en sentencia SL2603-2017, preliminarmente aborda el estudio de falta de jurisdicción o competencia, y, en lo que interesa al tema *decidendi*, precisa:

"En efecto, la jurisprudencia tiene dicho que, para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar si existió o no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de ese contrato.

(...) Y ha precisado la jurisprudencia esa particular manera de desarrollarse la relación procesal que vincula a los servidores de la administración pública con ella misma, para poner de presente que la decisión que declare la existencia del contrato, como la que lo niega, es de fondo, con lo cual ha rechazado como previas las excepciones de falta de jurisdicción o competencia.

(...)

La sentencia reseñada sirve para precisar que en estos eventos la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública, bien sea con miras a obtener el reconocimiento de beneficios y derechos legales o extralegales exclusivos de los trabajadores oficiales o discutir sobre los ya existentes, pretensiones que obviamente invitan al juez a razonar sobre la categoría laboral del funcionario como requisito sustantivo previo a resolver cualquier punto relacionado con el contrato de trabajo".

Bajo tal contexto jurisprudencial, un primer aspecto que advierte la Sala es que no es desacertada la posición de la juez primigenia cuando emprendió el conocimiento de la demanda, pues nótese que desde el libelo genitor se atribuyó a la jurisdicción laboral competencia cuando instan a la Judicatura la declaratoria de existencia de la relación laboral.

En ese sentido, señala la promotora del proceso que se desempeñaba como abogada en el área jurídica de la entidad accionada, aspecto no controvertido por esta última, por manera que debe definirse en segundo lugar la naturaleza jurídica de la pasiva, así como la legislación aplicable que contenga la clasificación de los servidores públicos. Bajo tal contexto, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece que la UGPP es una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Por su parte, el Decreto 575 de 2012, en su artículo 1º, dispone que aquella es una entidad administrativa del orden nacional en los términos de la disposición a la que se hizo antes referencia.

Bajo ese orden es claro que la llamada a juicio integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, en tanto que hace parte del sector descentralizado por servicios, en armonía con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y, por tanto, según el artículo 82 de esa misma disposición estará sujeta al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos; por manera que dada a esta última condición las personas que prestan sus servicios a su interior serán empleados públicos, mientras que los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas lo serán trabajadores oficiales, a las voces del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, concordante con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1950 de 1973.

En atención al marco normativo que regula la naturaleza jurídica de la entidad y de sus empleados públicos y trabajadores oficiales, se concluye como lo hizo la falladora de primera instancia, que los servidores de la UGPP son por regla general, empleados públicos y, solo aquellos que se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas, son trabajadores oficiales, aspecto que no logró demostrar la demandante, en la medida que no discute que se desempeñó como abogada al interior del área jurídica de la entidad, actividad que es dable catalogarla como propia de un empleado público, conforme a la clasificación legal de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial a que se hizo referencia.

Así las cosas, no merece ningún reproche la intelección que llevó a la absolución de las pretensiones del libelo incoatorio en cuanto tienen como soporte la existencia de una relación laboral, dado que la actividad de abogada desempeñada por la promotora del litigio, no se enmarca en los cargos catalogados como aquellos cuya vinculación es dable efectuarse a través de un contrato de trabajo, por lo que sin más consideraciones que hacer por la Sala, se sigue confirmar la sentencia de primer grado.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la actora y a favor de la UGPP, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

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 24 de junio del 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandada y a cargo de Sandra Del Pilar Hernández Rivera. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

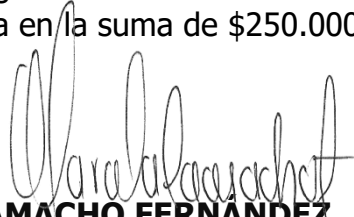


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la UGPP y a cargo de Sandra Del Pilar Hernández Rivera en la suma de \$250.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MIGUEL ANGEL MEDIAN MARIN
DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.
RADICACIÓN: 1100131050-10-2018-00709-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: DERECHO CONVENCIONAL – QUINQUENIO-

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre del dos mil veintiunos (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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. JUAN SEBASTIÁN GUTIÉRREZ MIRANDA, identificado en legal forma, como apoderado de la demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Miguel Ángel Medina Marín instauró demanda ordinaria contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. con el fin de que se declare que el actor tiene derecho al pago de una prima quinquenal o quinquenio de conformidad con lo establecido en el art. 23 de la Recopilación de Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. y la ASOCIACION NACIONAL DE TECNICOS EN TELEFONIA Y TELECOMUNICACIONES AFINES -ATELCA- con vigencia 1996-1997. Solicita se condene a la demandada a pagar el sexto quinquenio el cual se causó desde el 20 de octubre del 2017 fecha en la cual completó 30 años de labor. Que para la liquidación se tenga en cuenta lo dispuesto en la tabla de liquidación definida por SINTRATELEFONOS. Que se pague la suma adeudada de manera indexada, junto con las costas del proceso. (fol. 24 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el actor nació el día 10 de mayo de 1962; que el día 20 de octubre de 1987 el señor **MIGUEL ÁNGEL MEDIAN MARÍN** se vinculó laboralmente con **ETB S.A. ESP**, para prestar servicios; que como trabajador de dicha entidad ha sido beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas por la Organización Gremial **ASOCIACIÓN NACIONAL DE TÉCNICOS EN TELEFONÍA Y TELECOMUNICACIONES AFINES – ATELCA**; que por reglamentación de la recopilación de convenciones colectivas dispuesta según el Art. 23 de la Recopilación de Convenciones Colectivas de Trabajo suscrita entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** y la

ASOCIACIÓN NACIONAL DE TÉCNICOS EN TELEFONÍA Y TELECOMUNICACIONES AFINES - ATELCA- con vigencia inicial 1996 a 1997 que prevé el reconocimiento del pago de una prestación por el cumplimiento de 5 años de servicio; que la prestación descrita se liquida según lo dispuesto en la tabla de liquidación que tiene definida **SINTRATELEFONOS** y que pactó ese Sindicato en la convención de 1974 en su cláusula 20, contenida en la recopilación de convenciones colectivas con vigencia 1994-1995 suscritas entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** y el **SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ - SINTRATELEFONOS-**; que al señor **MIGUEL ÁNGEL MEDINA MARÍN** se le pagó la prestación en comento hasta el año 2012; que para el 20 de octubre de 2017, cuando cumplió 30 años de labores, la entidad accionada dejó de pagar la prima quinquenal o quinquenio sin justificación alguna; que mediante petición del 31 de enero de 2018 el actor reclamó el reconocimiento de la prima quinquenal por su sexto quinquenio laborado; que en respuesta a la petición anterior **ETB S.A. ESP** negó lo deprecado por mi mandante, indicando que la norma que regulaba el tema sólo prevé el pago de 5 quinquenios.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que lo que acordó la empresa demandada convencionalmente con el sindicato fue el pago a sus trabajadores únicamente de 5 quinquenios, luego de ahí en adelante no hay lugar al pago de un sexto quinquenio como lo pretende la parte actora. Propuso como excepciones previas las de inexistencia de fuente normativa que imponga la obligación a la demandada, cobro de lo no debido, buena fe de la entidad, pago, compensación, prescripción y la genérica. (fol. 41 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de enero del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró probadas las excepciones propuestas y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 154)

Su decisión se basó en que revisadas las convenciones colectivas se observa que lo pactado por el empleador y el sindicato convencionalmente era el pago de 5 quinquenios en favor del trabajador los cuales ya fueron pagados, por lo que al no haber pactado el pago de un sexto quinquenio no puede condenarse conforme lo pretende el actor.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que, si bien no fue consagrado de manera expresa, se debe tener en cuenta que el actor tiene más de 30 años de servicio; que en las convenciones están plasmados los quinquenios; que en las convenciones no se previó que los trabajadores fueran a durar más de 25 años. Indicó que se demostró que los quinquenios aún se encuentran vigentes. Que la intención de la convención fue dar una prima cada 5 años a sus trabajadores, por lo que se debe reconocer la prima solicitada. Que se tenga en cuenta lo plasmado en la demanda y en los alegatos.

5. Alegatos parte demandada. En su escrito de alegaciones expuso que al interior de la compañía existen diferentes organizaciones sindicales, a partir de las cuales surgen distintas convenciones colectivas, las cuales deben ser estudiadas de forma armónica, pues si bien son independientes, en muchos de sus apartes se hace referencia a las demás convenciones, especialmente en lo que refiere a los beneficios

convencionales otorgados y la forma de aplicarlos. Así, en cada una de las citas de los escritos convencionales que fueron aportados, se manifiesta la cuantía y la forma en que serán calculados el primero, segundo, tercer, cuarto y quinto quinquenio, sin hacer referencia alguna a un sexto o posteriores quinquenios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consiste en establecer, ¿Hay lugar al reconocimiento y pago del sexto quinquenio según la recopilación de Convenciones Colectivas de Trabajo suscrita entre la ETB S.A. ESP y la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Telecomunicaciones Afines- ATELCA?

Existencia de contrato de trabajo

No existe controversia en cuanto a que el actor ha prestado sus servicios para la empresa demandada desde el 20 de octubre de 1987 como Técnico y que a la presentación de la demanda se encontraba laborando en dicha entidad, lo cual es aceptado por la empresa accionada al contestar la demanda y se corrobora con la certificación suscrita por la Líder de centro de Servicios al Trabajador de la Gerencia de Gestión de Talento Humano de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (fol. 4).

Valor probatorio convenciones colectivas

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 469 CST el cual establece que *"La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de estos requisitos la convención no produce ningún efecto"*.

Frente al valor probatorio que se debe dar a las convenciones colectivas la CSJ en sentencia SL 1322-2019 señaló que no es posible exigir que se alleguen en copia auténtica, pues esto contraría el art. 54A del CPTSS, norma que dispone que los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios, se reputan auténticos; sin embargo, afirma que esto no es excusa para no incorporarse con la respectiva nota de depósito en término ante el Ministerio de Trabajo, al tratarse de un requisito *sine qua non* previsto en el art. 469 del CST.

Al revisar las convenciones colectivas de trabajo allegadas en el CD visible a folio 75, 78 y 132 encuentra la Sala que todas aparecen con el correspondiente sello de depósito. Por tanto, es claro que al tener el correspondiente sello de depósito pueden ser valoradas tal y como lo hizo la falladora de primera instancia.

Sexto quinquenio

Es necesario precisar que tal y como lo aceptan las partes, el demandante es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el sindicato y la empresa demandada y la empresa accionada le pagó cinco quinquenios al actor.

Para resolver el problema jurídico planteado es necesario remitirnos a las convenciones colectivas de trabajo en las cuales se señaló lo siguiente:

- En la recopilación de convenciones colectivas celebrada con el sindicato ATELCA para la vigencia 1996-1997 en su artículo 46 se estableció: *"La Empresa extenderá a los afiliados de la Asociación los puntos de la Convención Colectiva suscrita con el SINDICATO DE BASE, que no estén contemplados en el Capítulo de ATELCA y que favorezcan a los técnicos, incluidos los aumentos de salarios y la vigencia del presente Acuerdo"*.
- Por lo anterior, nos remitimos a las convenciones celebradas con el sindicato de base "SINTRATELEFONOS" entre las que se encuentran la vigente para 1970-1971 en la cual en su artículo 19 se estableció que la empresa pagara a los trabajadores los quinquenios de la siguiente forma:
Primer Quinquenio: el valor de dos y medio sueldos
Segundo Quinquenio: El valor de tres sueldos
Tercer Quinquenio: El valor de tres y medio sueldos
Cuarto Quinquenio: El valor de cuatro sueldos
Señalando que para la liquidación de los quinquenios se tomará como base el promedio mensual de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios en que se cause e derecho, teniendo en cuenta para este promedio los mismos factores que se aplican en la liquidación de la cesantía.
- Posteriormente, en la convención 1972-1973 suscrita entre la empresa demandada y el sindicato de base "SINTRATELEFONOS" se estableció en la cláusula vigésima que la empresa pagara a los trabajadores los quinquenios en la siguiente forma:
Primer Quinquenio: el valor de dos y medio sueldos
Segundo Quinquenio: El valor de tres sueldos
Tercer Quinquenio: El valor de tres y medio sueldos
Cuarto Quinquenio: El valor de cuatro sueldos
Quinto Quinquenio: El valor de cinco sueldos
Señalando que para la liquidación de los quinquenios se tomará como base el promedio mensual de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios en que se cause e derecho, teniendo en cuenta para este promedio los mismos factores que se aplican en la liquidación de la cesantía.

Esta última cláusula se vuelve plasmar de la misma manera en las convenciones colectivas 1974-1975 y de ahí en adelante se hace remisión a las convenciones colectivas anteriores en lo que tiene que ver con los quinquenios.

Igualmente, es oportuno traer a colación lo establecido por la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (SL4982-2017) respecto de la naturaleza y alcance de las disposiciones convencionales, a saber:

"De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo, conclusión que también encuentra asidero en los Convenios 98 y 154 de la OIT, en los que se define el derecho de negociación colectiva como uno de los procedimientos voluntarios idóneos de reglamentación, a través de acuerdos colectivos. Así, lo ha sentado en múltiples

oportunidades la doctrina de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9561-1997; SL15987, SL16556 y SL16944, todas de 2001, CSJ SL15605-2016, y más recientemente en sentencia CSJ SL4934-2017.

Entonces, como el contrato colectivo producto de la autonomía de la voluntad de las partes mediante el cual sus suscriptores dictan disposiciones que constituyen verdadero derecho objetivo con efectos vinculantes -como bien lo entiende el recurrente según lo expuesto en el eje central de su ataque-, sus contenidos rebasan las facultades del juez del trabajo a quien le está vedado desconocerlos”.

Ello así, desconoce la apoderada judicial de la parte actora que en lo relacionado con el quinquenio solicitado debe necesariamente remitirse a lo que establezca la norma de carácter convencional, y no como lo esgrime en el libelo genitor y en la alzada, peticionando que se abra paso a una interpretación del “espíritu”, alcance y finalidad de la norma convencional para luego dar paso al reconocimiento del sexto quinquenio, pues al ser la convención colectiva un cuerpo normativo que es considerado ley para las partes y de obligatorio cumplimiento tanto para los trabajadores como para el empleador (Sentencia C-009 de 1994), debe estarse a lo allí pactado, esto es, que solo se previó el pago de cinco quinquenios, independiente de que el funcionario siga vinculado con la entidad después de los 25 años de servicios.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido que:

“Desde esta perspectiva, los contenidos normativos de la convención no implican ni pueden conducir a la negación de los derechos legalmente consagrados en favor de los trabajadores, pues como se dijo a espacio, dichos acuerdos están previstos para mejorar y superar los mínimos establecidos en el ordenamiento laboral en favor de los trabajadores, más no para establecer expresa o tácitamente su extinción” (SL-4982-2017)

Lo anterior para decir que, el beneficio convencional de quinquenios en la empresa demandada surgió producto de la negociación colectiva desde 1972, pero solo limitó su reconocimiento hasta el quinto quinquenio, y no puede estudiarse su procedibilidad con la simple circunstancia de que el trabajador debió continuar vinculado a la entidad con posterioridad a los 25 años de servicios, pues nada se dice en los textos convencionales al respecto, e incluso, en la nueva negociación colectiva se pretendió extender el sexto quinquenio sin resultados positivos entre las partes (empleador-sindicato) para su procedencia, aspecto que imposibilita por la vía judicial entrar a suplir el ámbito de negociación entre las partes, además que, tal como lo dijo la a quo, no se evidencia discriminación o vulneración al principio de igualdad, ya que a ningún otro trabajador se le ha reconocido el sexto quinquenio, precisamente porque no se estipuló en la convención colectiva, y asimismo, porque solo se determina la forma de liquidación hasta el quinto quinquenio, es decir, que si en gracia de discusión se diera vía libre a la procedencia del sexto quinquenio, no habría manera de establecer los parámetros para su liquidación, otra razón más para considerar que el querer de las partes solo fue limitar el reconocimiento del quinquenio hasta el quinto.

Finalmente, no se desconoce que el actor lleva trabajando para la empresa más de 30 años, ello no es óbice para darle una interpretación diferente a la norma convencional, ni para extender los beneficios acordados entre la empresa demandada y el sindicato, más allá de lo allí previsto, por la voluntad unilateral de uno de los trabajadores, pues es claro que la intención que se tuvo al establecer los quinquenios no fue la de pagar una prima a los trabajadores cada 5 años como lo pretende hacer ver el promotor del

litigio, por el contrario, se reitera lo que se deduce de la lectura de la cláusula convencional es que se otorgarían durante la relación laboral 5 quinquenios a los trabajadores de la ETB, los cuales como lo acepta la actora ya le fueron pagados.

Razón por la cual no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada ETB S.A. ESP, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

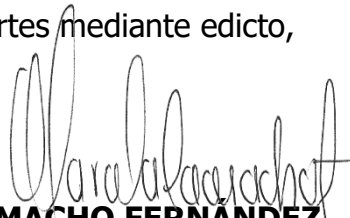
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de enero del 2020, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS a cargo del demandante, y a favor de la parte demandada. Las costas de primera instancia se confirman.

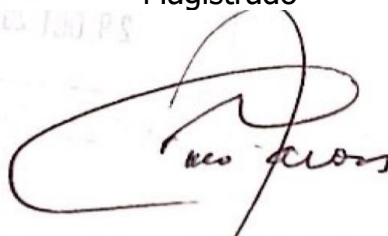
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

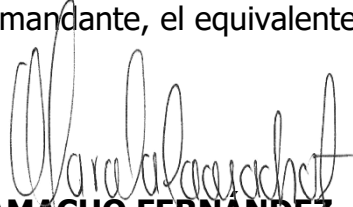


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandada ETB S.A. ESP y a cargo del demandante, el equivalente a 1/3 del SMMLV, esto es, la suma de \$ 302.842.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada