



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 20 de enero de 1952; refiere que mediante la Resolución No. 06944 del 29 de junio de 1993, el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL le concedió una pensión mensual de jubilación a partir del 1° de mayo de 1993, en cuantía de \$145.382,65, la cual fue concedida con ocasión de los servicios prestados a las Fuerzas Militares.

El 29 de junio de 1993, ingresó a laborar como particular y efectuó su afiliación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, entidad a la que efectuó cotizaciones hasta el 31 de julio de 1998.

Posteriormente se afilió a PROTECCIÓN S.A. y el 18 de febrero del 2014, elevó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante la AFP, entidad que denegó su solicitud con misiva el 2 de abril del 2014 por no cumplir con el capital requerido para acceder a la prestación económica, accediendo en su lugar a reconocer la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual en cuantía de \$70.532.683, no obstante, no se incluyó lo atinente al bono pensional.

Finalmente relata que el 21 de septiembre del 2015, elevó petición ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO con el objeto de solicitar el pago del bono pensional, la cual se desató de manera desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones argumentando que la redención y pago del bono pensional es una obligación que no le compete a la AFP.

Propone como medios exceptivos los que denominó buena fe y la genérica.

A su turno, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se opone a las pretensiones alegando que el demandante no tiene derecho al bono pensional por hacer parte del régimen exceptuado de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Propone la excepción de inexistencia de la obligación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida del 28 de septiembre del 2020, condenó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a emitir, liquidar y redimir el bono pensional del demandante, correspondiente al tiempo que estuvo vinculado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, depositándolo en la cuenta de ahorro individual que posee en PROTECCIÓN S.A., teniendo en cuenta la normativa propia de los bonos pensionales en cuanto a su actualización y capitalización; de igual manera a PROTECCIÓN S.A. a que una vez recibido el respectivo bono pensional, estudie nuevamente la viabilidad de la pensión de vejez del demandante o, en su defecto, efectúe la devolución de los saldos correspondientes al valor del bono pensional emitido, junto con los respectivos rendimientos financieros, autorizando realizar los descuentos de los valores ya reconocidos; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Como sustento de su decisión indicó que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido que el hecho pertenecer a un régimen especial, no constituye una incompatibilidad para acceder a otras prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, toda vez que estas tienen una financiación distinta, lo cual acontece en el plenario, en tanto los aportes que darían lugar a la emisión del bono pensional, corresponden al sector privado.

Refiere que tal criterio se ha adoptado, entre otras, en la sentencia SL461 de 2006, atinente a la compatibilidad entre el régimen del magisterio y el pago de bonos pensionales, provenientes de recursos distintos a los que sirvieron para financiar la pensión, lo cual *mutatis mutandi*, resulta aplicable al presente evento, en el cual la pensión se reconoció por la prestación de servicios a la Fuerzas Militares, y el bono proviene de aportes privados.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO formuló recurso de apelación, en el que indicó que la sentencia se fundamentó en las providencias de la Corte Suprema de Justicia, las cuales no resultan aplicables al *sub-lite*, toda vez que el actor accedió a la pensión desde el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

año 1993, la cual proviene del erario público, lo cual también se predica del bono pensional.

Aunado a lo anterior, el bono pensional no corresponde a cotizaciones privadas, sino que refleja las que en un momento se hicieron al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, los cuales hacen parte del fondo común, actualmente a cargo de COLPENSIONES; de tal manera, que el bono pensional se financia con recursos públicos, lo cual se acompasa además con lo regulado en el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, al regular que La Nación emitirá un título de deuda pública, por lo cual la prestación resulta incompatible con el bono pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho a que la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, emita el bono pensional por los tiempos privados durante los cuales cotizó para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, en aras que se reliquide la devolución de los saldos o la pensión de vejez a que tiene derecho como afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así mismo, se debe determinar si dicho bono resulta compatible con la pensión de jubilación que le fuere concedida en 1993, con cargo a los tiempos prestados a las Fuerzas Militares.



c. De la calidad de pensionado, su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y los aportes efectuados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que el libelista fue pensionado por parte del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL mediante Resolución No. 06944 del 29 de junio de 1993, a partir del 1° de marzo de 1993. Así mismo, que desde el 29 de junio de 1993, se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y realizó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, con cargo a servicios prestados en el sector privado hasta el mes de julio de 1998, procediendo a trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1° de junio de 1999, entidad que a su turno accedió a efectuar la respectiva devolución de aportes en el año 2014.

Lo anterior, en la medida en que los precitados supuestos de facto se encuentran plenamente acreditados en el plenario, mediante la copia de la Resolución No. 06944 del 29 de junio de 1993, el resumen de semanas cotizadas a COLPENSIONES, el certificado de afiliación a PROTECCIÓN S.A. y la comunicación del 2 de abril del 2014, mediante la cual la AFP reconoce que el demandante tiene derecho a la devolución de los saldos.

Así las cosas, queda por determinar de forma exclusiva si dicha devolución de saldos debe ser reliquidada teniendo en cuenta el bono pensional que reclama el promotor con cargo a los aportes efectuados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

d. De los bonos pensionales:

De esta forma con el fin de desatar el punto del debate que nos concierne, resulta necesario efectuar un análisis en torno a la naturaleza jurídica de los bonos pensionales, su origen y finalidad, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Así, tenemos que tras la expedición de la Ley 100 de 1993 en materia de Seguridad Social en Pensiones, surgieron dos regímenes, el de Prima Media con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Prestación Definida, en cabeza de COLPENSIONES, y el de Ahorro Individual con Solidaridad a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, cuyo origen se cimienta en la misma normativa.

Ahora, el legislador ante los problemas de financiación de las pensiones, en especial de quienes se trasladaran al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, concibió una figura legal que permitiera efectuar el traslado de los recursos por las cotizaciones realizadas hasta dicha data por el afiliado, la cual denominó bono pensional. De esta forma de conformidad con el literal h) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1299 de 1999, cuando una persona se traslada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tiene derecho al reconocimiento del bono pensional, siempre y cuando haya efectuado aportes o cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a cajas, fondos o entidades del sector público, cuente con tiempos de servicio público, o trabaje en empresas del sector privado que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores. Siendo única limitante, que al momento del traslado haya cotizado por lo menos 150 semanas de forma continua o discontinua, según lo erige el parágrafo del artículo 2º del Decreto 1299 de 1994.

Ahora, en el caso particular de las personas cuya primera vinculación laboral haya sido efectuada con posterioridad al 30 de junio de 1992, tienen derecho a la emisión y expedición de los Bonos Pensionales Tipo A Modalidad 1, acorde lo indica el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, los cuales fueron inicialmente regulados por el Decreto 1299 de 1994.

Con todo, justo resulta recabar que la redención del bono pensional normalmente se hará cuando quiera que se dé alguna de las fechas de referencia a las que alude el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, esto es, cuando el afiliado cumple 62 años, o luego de haber cumplido 500 semanas después del traslado de régimen si a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones tenía 55 o más años de edad si es hombre o 50 o más si es mujer, o en la fecha en que completaría las 1000 semanas de vinculación laboral válida, suponiendo que trabajara ininterrumpidamente desde la fecha del traslado. Sin embargo, hay lugar a la redención anticipada del bono, acorde lo prevé el artículo 16 del Decreto 1748 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1995, modificado por el artículo 5º del Decreto 1513 de 1998, en el caso de fallecimiento o declaratoria de invalidez del beneficiario del bono o cuando se den los presupuestos previstos en los artículos 72 y 78 de la ley 100 de 1993, para la devolución de saldos.

Ahora, recordemos que los bonos pensionales según el Decreto 1299 de 1994, artículo 1º, constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y este mismo Decreto define quienes son los emisores y contribuyentes, además de las obligaciones de las entidades pagadoras de pensiones a las cuales estuvo afiliado el beneficiario del bono de contribuir con la cuota parte correspondiente al valor de la redención, que corresponde al tiempo aportado en cada entidad:

“Artículo 14º.- Emisor y contribuyentes. Los bonos pensionales serán emitidos:

“a) Por la Nación en los casos de que trata el artículo 16 del presente Decreto;

“b) Por el Instituto de Seguros Sociales en los casos de que trata el artículo 17 del presente Decreto;

“c) Por las cajas, fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional;

“d) Por empresas privadas o públicas, o por cajas o fondos de previsión del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, y

“e) Por las cajas, fondos y entidades territoriales que tengan a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones. (...)

A su turno el artículo 16 de la precitada norma establece:

“Artículo 16. Bonos Pensionales y Cuotas Partes a Cargo de la Nación. La Nación emitirá el bono pensional a los afiliados al Sistema general de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de Seguros Sociales, a la Caja nacional de Previsión Social, o cualesquier otra Caja, Fondo o entidad del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y a sumirá el pago de las cuotas partes a cargo de esta entidad.

“Los bonos a cargo de la Nación se emitirán con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuvieren vinculados con anterioridad a 1º de abril de 1994.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En el *sub-lite*, es patente que la última entidad a la cual estuvo afiliado el demandante antes de realizar el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad lo fue al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y dicha afiliación operó antes del 1° de abril de 1994, lo que de contera nos lleva a colegir que le corresponde a La Nación emitir el respectivo bono pensional por los tiempos cotizados por el promotor del litigio a COLPENSIONES, durante el interregno de tiempo que laboró y cotizó en el sector privado entre junio de 1993 y el 1° de julio de 1998.

Bono pensional que en principio debe ser cancelado a la AFP PROTECCIÓN S.A. a la cual se encuentra afiliado el libelista, con miras a financiar su derecho pensional.

Sin embargo, en el caso puntual que hoy nos convoca nos resta establecer si el precitado bono es compatible con la pensión concedida por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a través de la Resolución No 06944 del 29 de junio de 1993.

e. Sobre la compatibilidad.

Sabido es que, por mandato Constitucional, ninguna persona tiene la facultad de percibir más de una asignación del erario público; así quedó consagrado en el artículo 128 de la nuestra Carta Política.

Ahora bien, vale la pena recordar en lo tocante a la naturaleza jurídica de las semanas cotizadas al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, que dicha entidad se encarga de administrar un fondo común que no hace parte del tesoro público, como lo explicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 5183 del 2019, en la que estableció:

“[...] esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

“De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 mayo 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 nov. 2013, Rad. 41306”.

En igual sentido, en la sentencia SL 5118 de 2019, precisó:

*“No implicaba alguna vulneración de la prohibición constitucional de recibir dos o más asignaciones del tesoro público, pues, como ha explicado la Sala, «...los dineros con que se sufragan las pensiones de vejez otorgadas por el ISS proceden de un fondo común, **que no ostenta naturaleza pública**, luego entonces no se configura la prohibición de que da cuenta el artículo 128 de la CN, siendo totalmente procedente la compatibilidad de ambas prestaciones”. (Negrilla fuera del texto original).*

Conforme lo hasta aquí enunciado, diáfano resulta colegir que la pensión de jubilación concedida por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL al promotor del litigio en el año de 1993, por los servicios prestados a la Fuerza Pública, *a contrario sensu* de lo alegado por la parte recurrente, resulta compatible con el bono pensional hoy reclamado, con fundamento en los aportes a seguridad social en pensiones realizados a COLPENSIONES por los servicios prestados en el sector privado, como de forma acertada lo determinó el fallador de primera instancia.

De esta forma no son de recibo los argumentos expuestos como soporte del recurso de alzada, y como quiera que en la presente providencia tan solo se analiza en consulta a favor del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, así como con ocasión al recurso de apelación formulado por dicha entidad, la Sala no efectuara pronunciamiento alguno en contra de las demás condenas impartida en contra de la AFP demandada, en la medida en que esta última no las debatió.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como corolario de lo anteriormente expuesto, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

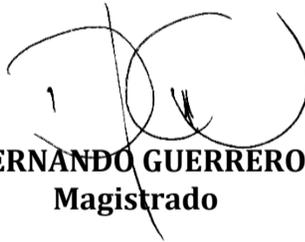
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

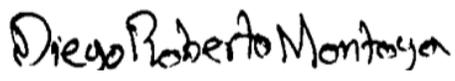
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

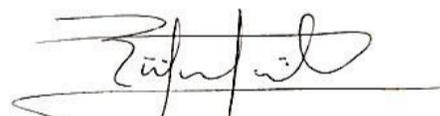
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 39 2016 00926
Demandante: MARIA EFIGENIA CASTRO BONILLA,
PATRICIA MIREYA VILLANUEVA Y LAURA
CRISTINA LONDOÑO
Demandado: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A Y
FINDO NACIONAL DEL AHORRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por las demandantes, en contra de la sentencia proferida el 2 de marzo del 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señoras MARÍA EFIGENIA CASTRO BONILLA, PATRICIA MIREYA VILLANUEVA Y LAURA CRISTINA LONDOÑO, presentaron demanda ordinaria laboral en contra de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, con el objeto que se declare que existió una relación laboral entre las demandadas y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., omitiendo la empleadora realizar el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema General de Seguridad Social, por lo que solicita sea condenada al pago de las mismas, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*. A más de declarar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como solidariamente responsable.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Subsidiariamente, depreca que se declare que el verdadero empleador lo fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, siendo OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. un intermediario y en consecuencia se debe condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a cancelar las acreencias laborales dejadas de percibir y a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. de forma solidaria.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. suscribieron los contratos de prestación de servicios Nos. 275 del 2014 y 147 del 2015. En el marco de estos contratos el FONDO NACIONAL DEL AHORRO contrató a las demandantes, mediante contrato por duración de obra o labor.

De tal manera que LAURA CRISTINA LONDOÑO ALZATE, laboró en el cargo de Comercial III, con una asignación salarial de \$1.750.000 del 6 de agosto del 2015 al 30 de septiembre del mismo año; PATRICIA MIREYA VILLANUEVA DURAN, laboró en el cargo de Comercial II, con una asignación salarial de \$3.000.000 del 1º de diciembre del 2014 al 30 de septiembre del 2015; y, MARÍA EFIGENIA CASTRO BONILLA, laboró en el cargo de Comercial III, con una asignación salarial de \$1.750.000 del 19 de enero del 2015 al 30 de septiembre del mismo año.

Indican que las labores desarrolladas no eran de carácter temporal, y debían cumplir un horario de trabajo; que la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se sometió a un proceso de reorganización empresarial ante la Superintendencia de Sociedades y reconoció dentro de su pasivo la liquidación de las demandantes, pero no ha presentado fórmula de pago alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en su escrito de contestación admitió las relaciones laborales y sus extremos temporales, oponiéndose a los demás pedimentos señalando que el pago de la liquidación final no se ha realizado debido a que la entidad entró en liquidación y por tanto, dichos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

montos serán cancelados dentro del proceso de liquidación y llama en garantía a FINANZAS S.A.

Propuso como medios exceptivos los que denominó existencia del proceso concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por las demandantes, existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales objeto de la demanda, existencia de afectación de póliza para el pago de las prestaciones sociales y la genérica.

A su turno, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, indicó en la contestación que no había lugar a declarar la solidaridad en su contra toda vez que la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. reconoció las acreencias laborales en el marco del proceso de reorganización. Así mismo, llama en garantía a LIBERTY SEGUROS.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de las demandantes, buena fe, compensación e improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de marzo del 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la pasiva OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y las demandantes así:

Entre la demandante LAURA CRISTINA LONDOÑO ÁLZATE y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el 6 de agosto de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015; entre la demandante PATRICIA MIREYA VILLANUEVA DURAN y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el 1º de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015; y entre la demandante MARÍA EFIGENIA CASTRO BONILLA y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el 19 de enero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Condenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero:

A favor de LAURA CRISTINA LONDOÑO ÁLZATE la suma de \$23.741.666, a favor de PATRICIA MIREYA VILLANUEVA DURAN la suma de \$40.700.000, a favor de MARÍA EFIGENIA CASTRO BONILLA la suma de \$23.741.666, debidamente indexadas al momento de su pago; a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA al reconocimiento y pago de las sumas de dinero mencionadas en el numeral 2º en virtud de la póliza DL 007987 con vigencia entre el 1º de enero de 2015 y el 1º de enero de 2016 y hasta el monto máximo de esta, advirtiendo que en caso de no tener los fondos suficientes para cumplir la obligación le corresponde a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. asumir la deuda.

Declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO; absolvió a dicha entidad y a LIBERTY SEGUROS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la parte demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y a las demandantes en costas a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Como sustento de su decisión indicó que al momento de fijar el litigio se estableció que el problema jurídico principal, se contrae a determinar si procede la sanción contemplada en el artículo 65 del C.S.T y establecer la solidaridad, así como si los llamados en garantía deben responder por las acreencias laborales adeudadas; y solo de manera subsidiaria, esto es, en el evento que no proceda esa pretensión principal, determinar si existe un contrato realidad con FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

En lo tocante a la relación laboral y los extremos alude no existió controversia, por cuanto OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., en la contestación de la demanda aceptó el vínculo laboral, por lo que procede a su declaratoria.

En lo tocante a la indemnización moratoria alude que la empleadora adeuda a los demandantes los valores correspondientes a prestaciones sociales, tal como fue aceptado en su contestación de la demanda, soportándose en el hecho de haber iniciado un proceso de reorganización empresarial el cual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

culminó con la liquidación judicial de la empresa, no obstante, el trámite de reestructuración económica no constituye una premisa definitiva que excluya definitivamente la imposición de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso, e incluso la conducta del empleador dentro de los presupuestos de reestructuración y reliquidación.

Así las cosas, se tiene que la demandada inició el proceso de reorganización empresarial el 26 de noviembre de 2015, mediante escrito 201501463948, esto es, después de la finalización de los contratos con las demandantes, y de conformidad con el auto del 17 de noviembre de 2016, emitido por la Superintendencia de Sociedades, la demandada no cumplió con sus obligaciones en el proceso de reorganización empresarial, y no formuló acuerdos o allegó los requerimientos contables y financieros, lo cual evidencia su mala fe en el pago de las prestaciones sociales que le adeudaba a los demandantes.

Ahora bien, dentro del proceso se encuentra acreditado que la compañía aseguradora efectuó el pago correspondiente de las prestaciones sociales a las demandantes, en virtud de la Resolución 03863 del 30 de diciembre de 2016 expedida por el Ministerio de Trabajo que declaró el siniestro de las pólizas de incumplimiento de disposiciones legales DL07987 del 5 de enero de 2015, DL08460 del 4 de enero de 2016, expedidas por la compañía aseguradora, pagos que se efectuaron a favor de las actoras el 24 de noviembre de 2017, 31 de octubre de 2017 y 14 de diciembre de 2017, fecha posterior al auto que decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de la demandada, por lo que hasta esa última fecha condenó al pago de la indemnización.

Finalmente, en lo tocante a la solidaridad refiere que teniendo lo previsto por la Corte Suprema de Justicia frente al análisis del artículo 34 del C.S.T., la misma no opera frente a las obligaciones de los trabajadores en misión.

Por otra parte, frente al llamamiento en garantía de la compañía de aseguradora FINANZAS S.A. CONFIANZA, advierte la existencia de la póliza DL8460 con vigencia entre el 1º de enero de 2016 y el 1º de enero de 2017, así como la póliza DL7987 con vigencia entre el 1º de enero de 2015 y el 1º de enero de 2016, en las cuales figura como tomador OPTIMIZAR SERVICIOS



TEMPORALES S.A. y como asegurado y beneficiario los trabajadores en misión, y en las que se amparan el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló. Como fundamento de su recurso indicó que quedó demostrado de manera clara con las versiones expuestas por los testigos que las accionantes habían prestado sus servicios de manera continua al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como trabajadoras en misión y por tiempo superior a un año, trasgrediendo así la normativa que autoriza la contratación con Empresas de Servicios Temporales, de conformidad con el Decreto 4369 de 2006, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1072 de 2015, máxime que las labores ejecutadas se relacionan directamente con el objeto social de la empresa usuaria.

De la misma manera, no se demostró por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO que hubo un incremento de producción, luego, tanto la prestación del servicio como la necesidad de la misma se perpetuó en el tiempo más allá del término que establece la ley.

A su turno OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. presenta recurso de apelación contra la sentencia en lo tocante a la indexación, señalando que el pago de las acreencias laborales a las trabajadoras no fue posible solucionarlo una vez terminó el contrato de trabajo, por cuanto estaba la empleadora inmersa en un proceso de reorganización, razón por la cual fueron incluidos o todos los pasivos en dicho proceso, en cuyo trámite solo fue posible la afectación de la respectiva póliza.

De igual manera, que no es dable acceder a la pretensión de la indemnización moratoria, toda vez que si bien los representantes legales incumplieron el acuerdo de reorganización, el pasivo se había establecido y posteriormente fue solucionado por conducto de las pólizas.

Finalmente, que las demandantes se consideraban que se les adeudaban acreencias laborales, debieron hacerse parte dentro del proceso



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reorganización que cursaba en la Superintendencia de Sociedades, siendo que a la fecha el proceso de calificación y graduación de créditos ya se encuentra aprobado.

V. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala por metodología en la resolución del caso que nos ocupa, y atendiendo los recursos de apelación interpuestos por las partes, procederá a establecer en primer lugar si hay lugar a fulminar condena en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en la medida en que las labores desarrolladas por las demandantes eran de carácter permanente y excedieron del término previsto en la ley.

De otra parte, resta por establecer si en el *sub-lite* no hay lugar a fulminar condena por concepto de la indemnización moratoria e indexación, en la medida en que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., se encuentra en proceso de liquidación.

c. De la relación laboral

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre las demandantes y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. existió una relación laboral, durante los siguientes periodos: (i) entre la demandante LAURA CRISTINA LONDOÑO ÁLZATE y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el 6 de agosto de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015; (ii) entre la demandante PATRICIA MIREYA VILLANUEVA DURAN y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el 1º de diciembre de 2014 hasta el 30 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

septiembre de 2015; y (iii) entre la demandante MARÍA EFIGENIA CASTRO BONILLA y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el 19 de enero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015. Por cuanto así se solicitó en la demanda, lo aceptó la demandada y lo encontró probado el fallador de primer grado.

En claro lo precedente, resulta imperioso recabar en que el recurso de apelación formulado por la parte actora en la alzada no guarda congruencia con el *petitum* de la demanda.

Lo anterior, en consideración a que alega en la alzada en que se debió fulminar condena en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, por cuanto se acreditó que las demandantes laboraron para la entidad por periodos superiores al año y la encartada no acreditó que estuvieran cubriendo ciclos de producción, lo que en suma implica que no se cumplió con lo establecido en el Decreto 4369 de 2006, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1072 de 2015.

Siendo ello así, basta indicar que en la demanda las pretensiones principales estuvieron encaminadas a que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las demandantes y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. durante los periodos de tiempo previamente enunciados.

Así pues, solo de forma subsidiaria, esto es, en el evento de no prosperar la pretensión principal, se solicitó la declaratoria del contrato directamente con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y la condena solidaria a la Empresa de Servicios Temporales por fungir como simple intermediaria. Siendo esta la única óptica, bajo la cual sería plausible entrar a establecer si realmente el FONDO NACIONAL DEL AHORRO fungió como verdadero empleador, siempre que se lograra acreditar que los servicios prestados a través de la temporal no se dieron bajo el marco de los presupuestos legales entronizados por el artículo 77 de la ley 50 de 1990, reglamentado por el Decreto 1707 de 1991

Bajo estos presupuestos, soslaya la parte demandante que las pretensiones subsidiarias, se estudian en el evento que no prosperen las principales. De esta forma, dado que se accedió a los pedimentos iniciales, esto es a que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

declarara el contrato directamente con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y en virtud del mismo, se condenara a dicha entidad al pago de las acreencias laborales adeudadas, claramente no había lugar al estudio de las pretensiones subsidiarias, en el marco de las cuales se pretendía la declaratoria del contrato de trabajo con la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, luego es patente que abordar el punto de apelación en los términos que se alude en la apelación, comporta una clara transgresión al principio de la congruencia y el derecho al debido proceso.

Trazados estos lineamientos, vale la pena indicar que no es esta la oportunidad procesal correspondiente, para corregir las pretensiones de la demanda, e incluso consentir lo que acorde a la mismas se fijó como objeto del litigio en la audiencia de trámite de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., siendo que bien pudo incluso reformarla en la oportunidad legal correspondiente y no lo hizo.

Corolario de lo expuesto, ante la evidente prosperidad de las pretensiones principales, la única condena que podría fulminarse en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en concordancia con el *petitum* de la demanda sería la condena de forma solidaria. Misma que como bien lo explicó el *a-quo* no se predica del presente asunto, pues bien ha dicho la Corte que las empresas usuarias de Empresas de Servicios Temporales, no son solidariamente responsables de las acreencias laborales, pues tal figura jurídica solo se predica respecto de aquellos casos en que se logre acreditar que la vinculación se dio bajo una clara transgresión de las reglas atinentes al servicio temporal, y por ende, se declare que el trabajador en misión como trabajador directo de la usuaria, de tal manera, que sería la empresa temporal la que responda de forma solidaria por las obligaciones laborales, como se indica en la sentencia SL-2838 del 2018, en la cual explicó la corte que *“de manera alguna esta se pueda trasladar a la empresa usuaria, puesto que las entidades de servicios temporales son verdaderos empleadores, sin que haya lugar a predicarse solidaridad y muchos menos que sea la compañía en donde el trabajador presta sus servicios en misión, la llamada a responder de estas obligaciones”*.

Mucho menos podría predicarse la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T, pues es patente que, por la naturaleza misma de la Empresa de Servicios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Temporales, su objeto social es ajeno al del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, motivo por el cual no se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

d. Indemnización moratoria e indexación:

Frente a la indemnización moratoria debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 CST.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias SL 10632 de 2014, SL 2958 de 2015, SL 8216 de 2016 y más recientemente en la sentencia SL 1682 de 2019.

Es justamente este elemento el que solicita valorar la recurrente, pues alega que existieron circunstancias que incidieron en el no pago de las acreencias laborales y, por ende, la suspensión de los pagos devino en su estado de insolvencia, al haber entrado en proceso de reorganización y posterior liquidación judicial, debiéndose someter con ello a las reglas de concurso, que prohíben realizar pagos a sus acreedores.

No obstante, debe señalarse desde ya, que no son de recibo los argumentos de la demandada, en la medida que en el presente evento no se acredita que la encartada actuara de buena fe a la terminación de la relación laboral que le exonere de dicha indemnización prevista por el no pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato.

Ello en tanto encuentra la Sala que si bien a través del auto del 15 de febrero de 2016, inscrito el día 29 del mismo mes y año, como se puede constatar en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Certificado de Existencia y Representación Legal, se dispuso la admisión del proceso de reorganización de la demandada, solo es hasta dicha data que se verificó el cumplimiento de los presupuestos para tal efecto, debiéndose haber solucionado la liquidación de las demandantes desde el día siguiente de la culminación de su vínculo laboral, sin que se tenga certeza del estado financiero de la demandada para esa fecha, por cuanto la pasiva no aportó prueba alguna sobre este aspecto.

Además, la empresa empleadora no se encontraba limitada por el trámite de reorganización para pagar las acreencias laborales de las actoras, pues el parágrafo 3° del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 estableció que *“Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores”*, esto es, la norma no limita los pagos que se pretendieron en el presente asunto.

Por otro lado, dicha situación no demuestra la buena fe de la entidad, pues de vieja data tiene asentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la falta de liquidez no exime a la empresa del pago de la sanción moratoria, aunado al hecho que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas. Así en sentencia del 16 de noviembre de 2016, SL16884-2016, Radicación No. 40.272, señaló:

“Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:

“[...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo. [...]”

“La Sala también ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Por dicha razón, la Corte ha sido clara en definir que la mora no puede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta observada por el deudor en el momento en que tenía que pagar.”

En otro giro, frente al tema concerniente al proceso que se suscitó ante el Ministerio de Trabajo, para obtener la declaratoria del siniestro de la póliza, en modo alguna comporta una razón suficiente para tener por acreditada la buena fe de la demanda. Mucho menos, cuando ni siquiera existe certeza de la data en la cual inició el referido proceso o si en el curso del mismo la entidad le prohibió tajantemente a la demandada, cumplir con el pago de sus acreencias laborales.

De otra parte, no es de recibo que la demandada alegue la buena fe, con fundamento en el pago de realizó la aseguradora frente a las acreencias laborales adeudadas a los libelistas, cuanto este pago, se dio primero por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Empresa de Servicios Temporales, y en segundo lugar, fue posterior a la fecha de terminación del contrato de trabajo, ello por cuanto las acreencias de LAURA CRISTINA LONDOÑO se cancelaron hasta el 24 de noviembre de 2017, tal como consta a folio 425, y 426, para PATRICIA MIREYA VILLANUEVA el 31 de octubre de 2017 tal como obra a folio 423 y para MARIA EFIGENIA CASTRO BONILLA, el 14 de diciembre de 2017, folio 424.

Así las cosas, debe confirmarse la condena respecto de la indemnización moratoria, al considerarse que, la actuación de la encartada se encontraba enmarcada en la ausencia de buena fe por no proceder con las obligaciones legales a la finalización del vínculo laboral. Lo anterior implica además la procedencia de la indexación hasta la fecha de pago. Sobre tal tópico, en reciente pronunciamiento SL359-2021, Radicación No. 86405, del 3 de febrero de 2021, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló:

“En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

[...]

“Sobre esta materia, la Sala de Casación Civil de esta Corte, en sentencia CSJ SC6185-2014, a través de la cual reiteró la CSJ SC, 18 dic. 2012, rad. 2004-00172, adoctrinó: (i) la indexación no pedida en la demanda, pero concedida por el juez de segundo grado, no trasgrede alguna disposición sustantiva, «dado que en verdad, en ésta (sic) no se concedió más de lo requerido, sino la misma cantidad, pero traída a valor presente [...]»; (ii) ello no excede el orden legal o constitucional, sino que, contrario, «lo respeta y preserva, mayor aún, si se tiene en cuenta que la actualización del monto del perjuicio, lo que comporta es desarrollo del principio de equidad y plenitud del pago implícitamente solicitado»; y (iii) la consecuencia de esto es que el referido ajuste deba entenderse «[...] como un factor compensatorio, con el que se mantiene el poder adquisitivo de la moneda, cuando por el transcurso del tiempo, ésta (sic) se devalúa».

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 2 de marzo del 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2019 00585 01
Demandante: GELBER CARO RODRIGUEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada con cédula de ciudadanía 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 1º de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta, como quiera que las pretensiones fueron adversas a los intereses de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GELBER CARO RODRÍGUEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, para que se la condene al reconocimiento y pago de



pensión de vejez, desde el momento en que cumplió con los requisitos de ley, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre e incrementos anuales, y se condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, subsidiariamente a la indexación de las condenas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 17 de marzo de 1954, cumpliendo 60 años de edad en el año 2014. Informa, que se encuentra afiliado a COLPENSIONES, contando con una densidad de 1627.43 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, de las cuales 999.98 semanas las aportó hasta el mes de julio de 2005.

Señala que solicitó reconocimiento de su pensión de vejez en el año 2016, sin embargo, mediante resolución No. GNR 158 164 del 26 de mayo de 2016 se negó lo pretendido, acto administrativo que recurrió, lo que fue desatado de forma desfavorable mediante la Resolución No. VPB 45957 del 16 de diciembre del 2016.

Lo anterior, en tanto la encartada argumentó que no cumplía con la densidad de semanas requeridas, y pese a existir mora patronal por parte del empleador ARANDA PABLO ANTONIO, COLPENSIONES no realizó acción alguna de cobro, por tanto, está llamada a responder por la prestación solicitada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, por cuanto al 25 de julio de 2005, no contaba con 750 semanas cotizadas, según lo estipulado por el Acto Legislativo 01 de 2005. Expresa, que al estudiar la solicitud de conformidad al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, el actor no cumple con la densidad de semanas exigidas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por otro lado, alega que al no existir una obligación principal, tampoco procede la condena a intereses moratorios, máxime cuando se negó la prestación pensional soportada en las previsiones legales.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de marzo del 2021 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de GELBER CARO RODRÍGUEZ pensión de vejez en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente a partir del 17 de marzo del 2014, más la mesada adicional anual y los reajustes legales correspondientes. Autorizó, a la encartada a realizar el descuento de los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud del importe de las mesadas pensionales retroactivas.

Además, condenó a la accionada a pagar al demandante intereses moratorios sobre las mesadas pensionales causadas desde el 17 de marzo de 2014 al 31 de julio del 2016, a partir del 1º de agosto de 2016, y mes a mes respecto de las causadas con posterioridad a dicha data, canceladas a la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento que se efectúe el pago de las mesadas respectivas.

Absolvió a COLPENSIONES de la pretensión alusiva al reconocimiento de mesada 14. Declaró no probadas las excepciones propuestas sobre las condenas deprecadas y se consideró relevado del estudio frente a la absolución. Condenó en costas y agencias en derecho a la pasiva y ordenó el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta.

Como sustento de su decisión expuso que, revisado el reporte de semanas cotizadas en pensiones, se acreditó que COLPENSIONES admite que el actor cuenta con 1200,71 semanas aportadas en entre el 6 de febrero de 1973 y el 30 de septiembre del 2019. Ahora, destacó que el demandante aduce que no se le contabilizaron los tiempos laborados para el empleador PABLO ANTONIO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ARANDA, teniendo en cuenta el no pago de aportes por parte del mismo, a pesar que la administradora contaba con la posibilidad de realizar los cobros respectivos.

Así, indicó que por cuenta del citado empleador se registra en la historia laboral anotaciones de periodo en mora de cotizaciones, sin que exista solución de continuidad en la vinculación que se refleja por cuenta del patrono, tanto así que para el 1º de noviembre de 1994 al 31 de diciembre de 1994 se refleja pago aplicado al periodo declarado, sin que en periodos anteriores, por ejemplo, se refleje una eventual novedad de retiro que permitiera deducir que se trataba de una desvinculación, amén que en el reporte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y COLPENSIONES se registra dichos periodos en mora.

Por lo anterior, afirmó que al contabilizar los tiempos que se encuentran en mora por parte del empleador y que no se acreditó que hubieren sido cobrados por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES o por COLPENSIONES, se encontró por lo menos 1722,42 semanas de cotización a favor del accionante.

Expresó que estudiada la solicitud de conformidad al Acuerdo 049 de 1990, el afiliado tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 17 de marzo del 2014, pues en esa data arribó a los 60 años de edad, ya que nació el 17 de marzo de 1954 y cuenta con una densidad 1722,42 semanas cotizadas, con las cuales cumple para el año 2014 el presupuesto de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, inclusive antes del cumplimiento de la edad mínima contaba con 863.70 semanas, evidenciando que cuenta con más de 500 en los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

Advierte, que si bien el actor cuenta con cotización con posterioridad a la fecha del reconocimiento, no es menos cierto que las mismas habrían sido realizadas bajo el convencimiento de que en su historia laboral no contaba con la densidad de aportes correspondientes en el lapso comprendido entre noviembre de 1984 y octubre de 1994, que habrían sido dejados de verificar por parte del empleador, lo que implica que no es admisible tomar en cuenta una fecha distinta a la de causación de la prestación para efectos de entrar al disfrute



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondiente, pues si el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES o COLPENSIONES hubieren adelantado las acciones de cobro coactivo, es a partir de la causación que se habría generado el disfrute, además que si bien es cierto el accionante con posterioridad aumenta la densidad de semanas no supera la pensión mínima legal, por lo que no tendrían una verdadera incidencia de cara a mejorar la prestación respectiva.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, adujo que se elevó el 1º de abril de 2016 LA solicitud de prestación pensional, esto es dentro de los tres años siguientes en que el accionante arribó a los 60 años de edad, la cual fue resuelta de forma definitiva el 28 de diciembre de 2016, ya que la demanda se interpuso el 26 de agosto de 2019 no operó el fenómeno prescriptivo.

En relación con las mesadas adicionales de junio y diciembre que se reclaman, argumenta que con fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante solo tiene derecho a una mesada adicional, en tanto la causación de su derecho pensional se configuró el 17 de marzo de 2014.

Finalmente, frente a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indicó que el accionante solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez el 1º de abril de 2016, y los 4 meses iniciales se cumplieron el 1º de agosto de 2016, por lo que COLPENSIONES deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima al momento en que se efectuó el pago, desde el 1º de agosto de 2016, respecto de las mesadas causadas desde el 17 de marzo del año 2014 y hasta el mes de julio del año 2016, de allí en adelante mes a mes respecto de cada una de las mesadas que se han causado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a la decisión proferida sobre la condena de intereses moratorios, alegó que si bien la entidad no reconoció la pensión de vejez para el momento que el demandante cumplió 60 años de edad, se debe a que no estaba la totalidad de las semanas pagas por parte del empleador del accionante, razón que es admisible para determinar que no se trató de incurrir en algún perjuicio en contra del actor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así, en virtud de la pérdida del valor adquisitivo del dinero, se debería haber condenado a la indexación de las sumas y no al pago de intereses moratorios.

Igualmente, solicita revocar la condena en agencias en derecho impuesta en su contra, toda vez que no quiso causar perjuicios a la parte actora y como consta en el expediente administrativo, la entidad realizó los llamamientos a que el empleador renuente pagara la mora en que incurría.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala estudiará si el aquí demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo anterior con ocasión de la imputación de las semanas en mora reprochadas; en caso afirmativo, si COLPENSIONES deberá reconocer y pagar la prestación pensional de conformidad a lo estipulado en el Acuerdo 049 de 1990; si procede o no condena a intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y si procede la condena en agencias en derecho a cargo de la pasiva.

c. Del caso en concreto:

Se pretende por activa el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, aduciendo para el efecto que es beneficiario del régimen de transición y cumple con las semanas exigidas, frente al incumplimiento del deber de cobro que le asistía a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES por los periodos insolutos, particularmente del empleador PABLO ANTONIO ARANDA.

Ahora bien, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del actor (Fl. 26), el demandante al 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, sujeto del Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso se extiende hasta el año 2014.

A su turno, el artículo 12 del referido Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

Por otro lado, alega el demandante que no fueron tenidas en cuenta en su totalidad las cotizaciones realizadas mediante el empleador PABLO ANTONIO ARANDA de 1° de noviembre de 1984 al 31 de marzo de 1994, situación que es dable corroborar con el resumen de historia laboral del accionante (Fl. 21), en el cual se evidencia que la fecha de afiliación mediante dicho empleador lo fue el 15 de febrero de 1983 y la de su retiro el 31 de diciembre de 1994, en donde aparece como efectivamente cotizado un total de 98 semanas, aunado a ello, en el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 1984 al 31 de octubre de 1994, se avizora que no se efectuó aporte alguno, encontrándose la anotación de mora realizada por la administradora de pensiones, sumado a que existen distintas novedades de cambio de salario (Fl.18) sin que se acredite un retiro o solución de continuidad, inclusive se hizo un último aporte en el lapso del 1° de noviembre de 1994 al 31 de diciembre de 1994, sin ninguna cotización para periodos anteriores.



Así, en el *sub-lite* al revisar el expediente administrativo del libelista, constata la Corporación que en el resumen de semanas cotizadas del demandante únicamente aparece el registro de 1200,71 semanas cotizadas, por su parte, las semanas en mora equivalen a 514.

Siendo del caso acotar que los periodos en mora no fueron tenidos en cuenta por parte de COLPENSIONES en la historia laboral del actor, frente a este punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos ha señalado que las administradoras de pensiones deben cumplir puntualmente sus obligaciones legales, dentro de las cuales está la de cobrar a los empleadores aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque en principio dicha obligación es del empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, se debe examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el deber que a ellas les concierne en cuanto a llevar a cabo las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes.

Posición que fue reiterada en reciente sentencia SL984-2019, Radicación No. 72468 del 13 de marzo de 2019, en la que indicó:

“[...] Así entonces, tal y como acertadamente lo sostuvo el Tribunal, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.

“Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario”.

De igual manera, para que se active la obligación de la administradora pensional de cobrar los periodos en mora, debe existir una afiliación por parte del empleador, y de no ser así, este debe realizar el pago de un cálculo actuarial para



subrogar su obligación en cabeza de COLPENSIONES. Al respecto, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4103-2017:

“[...] sin convalidación de tiempos ni subrogación del riesgo, ante la comprobada falta de afiliación [...] al Instituto de Seguros Sociales, la sociedad demandada debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes, como se ha definido en sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40575; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587.

“Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.

“No obstante, para la Corte es necesario aclarar que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «...el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015). Con razón en estas decisiones se ha hecho uso, principalmente, de las normas relacionadas con el cómputo de las semanas necesarias para la causación de una pensión de vejez, como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones”.

En esa medida, al encontrarse acreditada la fecha de afiliación y de retiro por parte del empleador, y no existir evidencia que COLPENSIONES adelantó en debida forma el proceso de cobro de los aportes a seguridad social en pensiones, respecto del empleador PABLO ANTONIO ARANDA, resulta lógico deducir que deben ser tenidas en cuenta todas las semanas durante las cuales estuvo afiliado por dicho patrono.

Siendo ello así, el demandante cumplió la edad exigida el 14 de marzo de 2014, pues se itera, nació el mismo mes y día del año 1954, y al confrontar los tiempos cotizados, incluyendo el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1984 y el 31 de octubre de 1994 por el empleador PABLO ANTONIO ARANDA, se tiene que antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ya contaba con más de 750 semanas cotizadas, conservando el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, inclusive para dicha data ya cumplía con la densidad de semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, siendo esto acorde al análisis realizado por el fallador de instancia.

TIEMPO IZGA TEX LTDA		
DESDE	HASTA	SEMANAS
06/02/1973	25/09/1973	33.14
TIEMPO DANARANJO S.A.		
DESDE	HASTA	SEMANAS
22/03/1977	10/07/1978	68
TIEMPO HERRERA CARRILLO LUI		
DESDE	HASTA	SEMANAS
02/05/1979	20/10/1982	181.14
ARANDA PABLO A.		
DESDE	HASTA	SEMANAS
15/02/1983	31/10/1984	89.29
01/11/1994	31/12/1994	8.71
TOTAL SEMANAS		98
ARANDA PABLO A-(MORA)		
DESDE	HASTA	SEMANAS
01/11/1984	31/10/1994	514
ETIFLEXA LTDA.		
01/10/2000	30/04/2003	133
TOTAL SEMANAS		1027,28

Así las cosas, se concluye que el aquí demandante es beneficiario del régimen de transición, y por consiguiente merecedor de la pensión en los términos del Decreto 758 de 1990.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, en lo que respecta a la fecha de disfrute se tiene que la tesis del Juzgado consiste en que el reconocimiento pensional se debe efectuar desde la data en que el actor arribó a sus 60 años de edad, esto es el 14 de marzo del 2014, momento desde el que se concedió la pensión pretendida, pese a que existen cotizaciones posteriores, inclusive hasta el año 2019.

En este punto, debe recordar esta Corporación que de vieja data se tiene establecido que en materia pensional la fecha de causación de la pensión difiere de la fecha de disfrute de la misma, tratándose la primera, de la calenda en la cual el afiliado acredita los requisitos de edad y densidad de semanas exigidos por el legislador para acceder al derecho pensional y la segunda, del momento a partir del cual tiene derecho a entrar a percibir dicho monto, como quiera que para ello se requiere tener en cuenta hasta la última semana de cotización.

Al margen de lo enunciado, también debe recordar la Sala que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, tiene puntualizado que la fecha de disfrute puede ser anterior al momento en el cual se efectuó la última cotización, en aquellos casos en que se logre corroborar que el afiliado continuó realizando el pago de los aportes por un error de la Administradoras, ante la negativa de conceder el derecho pensional. Criterio, vertido entre otros en sentencia SL-5603 del 2016, indicó:

“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

“No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

“En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

“Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

“En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

“Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).”

Bajo este contexto, con ocasión al parámetro jurisprudencial previamente aludido, e igualmente, con arreglo a los supuestos de facto ya enunciados, para la Sala es claro que cuando el demandante radicó la solicitud pensional primigenia el 1º de abril del 2016, demostró su clara intención de obtener la pensión anhelada y al ser evidente que las cotizaciones efectuadas con posterioridad se realizaron en atención a la negativa de COLPENSIONES, inclusive a partir del 2 de mayo de 2016 se encuentran aportes de manera independiente por el afiliado, es palpable que el reconocimiento pensional se dé a partir del 1º de abril del 2016.

En ese orden de ideas, no es dable otorgar la pensión desde el 14 de marzo de 2014, ello por cuanto el actor presentaba cotizaciones posteriores y solo vino a radicar la solicitud de pensión, y exteriorizar así su voluntad hasta el 1º de abril de 2016, por ende en atención al grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada, habrá de ser modificado en este sentido la providencia de primer grado.

d. De los intereses moratorios.

Respecto a los intereses moratorios se debe señalar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió *“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”* Imposición que, en todo caso, debe respetar el término de gracia de 4 meses previsto en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 tratándose de la pensión de vejez.

Por manera que al haberse presentado la respectiva reclamación administrativa el 1º de abril del 2016, fecha para la cual, se itera el demandante ya cumplía la densidad de semanas cotizadas, diáfano resulta colegir que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de los respectivos intereses moratorios reclamados a partir del 1º de agosto del 2016, máxime que se



evidencia que la negativa de reconocimiento se dio en virtud del incumplimiento de COLPENSIONES de adelantar las respectivas acciones de cobro, manteniendo la postura de no reconocer el derecho aún en el transcurso del proceso, motivo que impele a confirmar la condena por este aspecto.

e. Costas procesales.

En lo que respecta a las cotas procesales, basta indicar que las mismas operan de forma objetiva, acorde las reglas previstas en el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T. y la S.S. norma esta, en la que se precisa que las costas deberán ser asumidas por la parte vencida en juicio.

Siendo ello así, dimana lógico afirmar que al ser fulminada la condena en contra de la pasiva, es esta quien debe asumir el valor de las mismas, tal como lo determinó el juez de instancia.

f. Prescripción:

Finalmente, en la medida en que la presente providencia se analiza en el grado jurisdiccional de consulta, recuerda la Sala que por disposición del artículo 151 del C.P.T y la S.S, en material laboral el término de prescripción es trienal, siendo dable interrumpirlo por una única vez, mediante la respectiva reclamación.

De cara a lo indicado, al haber sido presentada la reclamación primigenia el 1º de abril del 2016, que fue desatada de forma negativa mediante Resolución GNR 158164 del 26 de mayo del 2016, sobre el cual se interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, y que fuere confirmada mediante Resolución GNR 328129 del 3 de noviembre de 2016 y Resolución VPB 45957 del 28 de diciembre de 2016, tal y como consta en el expediente administrativo, se procedió a radicar la presente demanda el 26 de agosto de 2019 (Fl. 27) resulta lógico afirmar que no alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción.

Efectuado el análisis precedente, se tiene que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde el 1º de abril



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del 2016 hasta la calenda en la cual se proceda a cancelar al demandante la pensión reclamada.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 la sentencia proferida el 1º de marzo del 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de la referencia, en el sentido de precisar que la pensión de vejez del demandante debe ser concedida a partir del 1º de abril del año 2016.

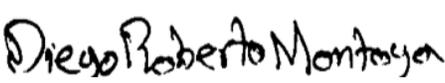
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis por esta Corporación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

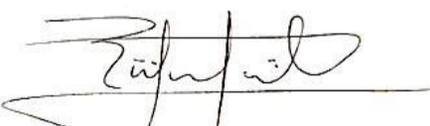
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **38 2019 00031 01**
Demandante: OMAR PATIÑO SERNA
Demandado: JAIME URIEL ARANGUREN LÓPEZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de marzo del 2021.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor OMAR PATIÑO SERNA, presentó demanda ordinaria laboral en contra del señor JAIME URIEL ARANGUREN LÓPEZ, con el objeto que se declare que entre las partes existió contrato de trabajo a término indefinido del 17 de febrero del 2016 al 18 de junio del 2018.

En consecuencia, se condene a la pasiva al pago de la diferencia de salarios no cancelados, así como lo adeudado por la construcción de tres cabañas, reconocimiento y pago de prestaciones sociales, compensación de vacaciones, descansos compensatorios, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T, indemnización por despido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sin justa causa, indemnización por no pago de intereses sobre las cesantías, sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indexación de las sumas adeudadas más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que se vinculó al servicio del señor JAIME URIEL ARANGUREN LÓPEZ mediante contrato verbal de trabajo, desde el 17 de febrero de 2016 al 18 de junio de 2018, desempeñando el cargo de administrador y oficios varios, en actividades relacionadas con la tala de árboles en un bosque de propiedad del accionado, oficio que efectuó de lunes a domingo, en horario de 6:00 a.m. a 6:00 p.m., devengado \$80.000 por metro cúbico en el proceso de madera, recibiendo un promedio mensual de \$2.000.000.

Aduce que, adicionalmente realizó a favor del demandado la construcción de tres (3) casas, pactando de manera verbal una retribución por una de ellas de \$12.000.000 y el valor de las dos restantes \$3.000.000 cada una, sin embargo, solo se le canceló \$6.700.000, adeudando el saldo.

Alega que en vigencia de la relación laboral estuvo bajo continuada subordinación y dependencia del demandado, quien además le suministró vivienda dentro del lugar de trabajo para que habitara con su familia; señala que el encartado dio por terminado su contrato de trabajo sin justa causa, no realizó afiliación y pago al Sistema Integral de Seguridad Social, omitió cancelar prestaciones sociales, compensación de vacaciones, día compensatorio de descanso y además, adeudó un valor de \$4.845.000 por conceptos de salarios.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El demandado, en su escrito de contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones, indicando que entre él y el accionante no existió contrato laboral alguno, por ende tampoco subordinación, a lo sumo de existir un vínculo, el mismo sería mediante un contrato de prestación servicios, consistente en la tala y aprovechamiento de madera, actividad para la cual el actor subcontrató a los señores JOSÉ GARCÍA y YIMMY ALEXANDER GARCÍA, además que nunca le suministró vivienda al demandante, solo le arrendó un inmueble para vivienda familiar.

La pasiva formuló como medio exceptivo el que denominó inexistencia del contrato de trabajo.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de marzo del 2021, absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, se consideró relevado del estudio de la excepción propuesta y condenó en costas a la parte actora.

Como sustento de su decisión manifestó que, para efectos de acreditar la existencia de un contrato de trabajo, le corresponde a quien aduce su condición de trabajador, demostrar el desarrollo de una actividad personal al servicio de otra persona, y con base en ello, operaría la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., esto es, que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Expuso que resulta indispensable la acreditación de la prestación personal de servicio, sin que la misma pueda implicar que se delegue o envíe a tercero para desarrollar las actividades contratadas, hecho que desnaturaliza el contrato de trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Afirma que, valoradas las pruebas particularmente la declaración rendida por la compañera permanente del demandante y por lo sostenido por el accionante en su interrogatorio de parte, se reconoció la condición de contratista independiente, pues se admitió que el actor tenía trabajadores a su disposición y era él quien efectuaba la contratación a efectos de vincular personal para desarrollar la actividad para la cual fue contratado por el convocado a juicio.

Adujo que el hecho de que el demandante desarrollara las funciones con sus trabajadores denota que la actividad no la realizaba de forma eminentemente personal, desvirtuándose la presencia de ese elemento, por lo cual no se acreditó una prestación personal del servicio *intuitu personae* a favor del demandado JAIME URIEL ARANGUREN.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión emitida en primera instancia, el demandante formulo recurso de apelación en el que indicó que laboró para el accionado y efectivamente se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues prestó personalmente el servicio entre el 17 de febrero de 2016 y el 18 de junio de 2018, aunado a ello que siempre se encontró bajo la subordinación del demandado, de quien recibía un salario como retribución de su labor que era proporcional a las funciones que realizaba.

Ello en tanto, además de la tala de árboles, también se desempeñó como cuidador del bosque y de la casa donde habitaba, igualmente fue contratado en el cargo de administrador y de oficios varios, actividades que efectuó de manera personal.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si entre las partes existió una relación laboral.

c. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, tal como la ha adoctrinado entre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

otras, en las sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, señaló:

“La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

“En relación con el criterio de la integración en la organización de la empresa, acogido en la Recomendación n.º 198 de la OIT, la Sala ha destacado su importancia en las dinámicas productivas actuales (CSJ SL4479-2020), dado que se trata de un indicador abierto, complejo -aglutina otros indicios- y relevante para resolver casos dudosos, como aquellos que se presentan en sectores económicos fragmentados por prácticas de tercerización laboral o de subcontratación en las que el juez se enfrenta a una pluralidad de empresas (relaciones multipartitas o redes empresariales) o trabajos caracterizados por el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

“Este criterio da por descontado que la empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de su titular. Cuando el empleador organiza de manera autónoma sus procesos productivos y luego inserta al trabajador en ese ámbito para dirigir y controlar su labor, según esos fines empresariales, se estará ante un indicio claro de subordinación. El trabajador que no tiene un negocio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

propio, una organización empresarial suya con su propia estructura, medios de producción, especialización y recursos, sino que se ensambla en la de otro, carece de autonomía. No se trata de una persona que desarrolla libremente y entrega un trabajo para un negocio, sino que su fuerza de trabajo hace parte del engranaje de un negocio conformado por otro.

“Sobre el particular, la doctrina autorizada ha señalado que el criterio en cita tiene la peculiaridad de englobar una tríada de conceptos: integración, organización y empresa. De modo tal que este indicio se traduce «en la inserción o disponibilidad del prestador de servicios dentro del ámbito de dirección y organización del beneficiario, esto es, en la esfera de la empresa a su cargo», premisa de la que se deriva suficientemente «el carácter dependiente o subordinado de la prestación de servicios».

d. Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si entre las partes existió una relación laboral.

Para tales efectos, se procede a analizar el material probatorio arrimado al proceso, en donde fueron evacuados los correspondientes interrogatorios de parte. En el curso de los mismos, el demandado indicó que conoció al señor OMAR PATIÑO SERNA cuando adquirió un inmueble en Sibaté para su explotación. Afirma que acordó con el actor la tala de un bosque, y que le pagaría dependiendo de la cantidad de madera que se extrajera, labor que inició en marzo de 2017 cuando la CAR autorizó dicha actividad; con tal fin el accionante contrató a terceros como los señores JAIME NAPOLEÓN MARTÍNEZ y CARLOS ANDRÉS SAAVEDRA, además que la extracción de madera no era continua y no impartía órdenes, por lo cual el actor era autónomo en el ejercicio de la labor contratada.

Informa que el servicio contratado se solucionaba semanal o quincenalmente, por valor aproximado de \$2.000.000 o \$2.500.000, y frente a lo cual el actor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sufragaba a quienes contrataba; aduce que el demandante construyó un campamento en madera, en donde se alojaba junto con sus empleados, y que en ningún momento edificó tres casas.

Expone que el señor OMAR PATIÑO SERNA realizaba oficios para otras personas en la misma data en que se efectuó la tala; y que una vez se finalizó la tala del bosque, aproximadamente para octubre del 2018, se dio por terminado el acuerdo existente entre las partes.

A su turno, el demandante admitió que comenzó a trabajar con el encartado el 17 de febrero de 2016, permaneciendo hasta el 18 de junio de 2018; asevera que inicialmente se desempeñó en la tala de un bosque en Sibaté, y después en Tota Boyacá, en donde el demandado tenía un bosque en sociedad con el señor JAIME MARTÍNEZ. En su explotación se utilizaba motosierras, tractores y cables de alta tensión, herramientas que operaba junto con sus trabajadores, dicha labor la realizaban los siete días de la semana y el señor JAIME ARANGUREN le cancelaba \$90.000 por metro cúbico, y no se pactó un plazo determinado para culminar la tala.

Alude que tenía entre 4 o 5 trabajadores diarios a su cargo y que él les pagaba por sus labores, previniendo los recursos del demandado, quien debía solucionar por el metro cuadrado que se produjera. Dicho personal era seleccionado por el actor, por ser sus amigos o conocidos en el oficio de tala de bosques, y que en otras oportunidades el encartado los enviaba de su bodega ubicada en Patio Bonito. A las personas en mención, el accionante les cancelaba aproximadamente cada semana, la suma de \$38.000 y les proporcionaba además la alimentación.

Indica que él les daba instrucciones a los terceros, sobre lo que tenían que hacer, el tipo de la motosierra o el tipo del cable. Igualmente que sus trabajadores interactuaban con el demandado los días que este iba a la finca;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que no conoce ni trabajó con el señor ANDRÉS SAAVEDRA MORENO; que el demandado participaba en la asignación de instrucciones que impartía, e igualmente influía en la determinación del número de personas que se vinculaba. Pese a que el actor, era el contratado para extraer la madera, el encartado estaba pendiente de lo que allí se hacía, porque él recibía la madera, debía enviar el combustible, tenía que mantener las motosierras con cadena porque los equipos eran de él, incluyendo el tractor y los cables.

Por otro lado, que el señor JAIME NAPOLEÓN MARTÍNEZ MAYORGA era socio del señor JAIME ARANGUREN, al haber adquirido de manera conjunta el bosque en Tota (Boyacá), para explotarlo; que en el año 2017 realizó algunos oficios para el señor MARTÍNEZ MAYORGA, en tanto era socio del demandado. Además, que en el momento que se finalizó la tala del bosque en Sibaté, se trasladó para Tota (Boyacá), ya que una vez que se extraía toda la madera de un bosque, el demandado compraba otro y le proponía a él realizar su explotación, ya sea por el mismo porcentaje o distinto, dependiendo de su ubicación.

De otra parte, fue evacuado el testimonio de la señora ERIKA TATIANA CHÁVEZ, compañera permanente del actor, quien relata que conoció al señor JAIME URIEL ARANGUREN LÓPEZ, en tanto le propuso al señor OMAR PATIÑO trabajar con él, quien laboró entre el 17 de febrero de 2016 hasta el 18 junio del 2018; que su compañero era contratista del señor JAIME ARANGUREN desempeñándose en la tala de árboles y transporte de madera; que para el desarrollo de esa labor se requerían entre 4 o 5 personas, que las enviaba el demandado del depósito ubicado en Patio Bonito o el señor OMAR PATIÑO los contrataba, en este caso, les cancelaba \$38.000 y les otorgaba la alimentación.

Refiere que por las funciones realizadas cada quincena el encartado le sufragaba al actor dependiendo de los metros cúbicos, a su vez, el accionante les pagaba a sus trabajadores por el día laborado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Expone que aproximadamente cada 15 días el accionante recibía dinero del señor ARANGUREN LÓPEZ, y a su vez el actor le cancelaba a ella y a sus trabajadores de forma proporcional por los días trabajados; refiere que adicionalmente a la explotación del bosque, el señor OMAR PATIÑO SERNA construyó tres cabañas, en una de ellas residía ella y su compañero, para lo cual el demandado suministró la madera y el actor la mano de obra, adeudando el accionado dinero por dicho concepto; finalmente, menciona que el señor OMAR PATIÑO definía el horario de trabajo, condicionado a cuando el accionado le advertía que debían entregar un pedido.

Por otra parte, se escuchó la declaración de JAIME NAPOLEÓN MARTÍNEZ MAYORGA, quien asevera que conoce al señor JAIME ARANGUREN al haber sostenido relaciones comerciales. Expresa que conoció al actor en Sibaté, en la finca que explotaron con el encartado en el año 2017. Expone que el señor OMAR PATIÑO SERNA se encargaba de talar un bosque de propiedad del demandado, y para desarrollar dicha actividad contrataba a terceros, entre 4 a 6 personas; refiriendo que cuando el deponente asistía al bosque, por ejemplo para cargar su camión, veía que el actor disponía del tiempo, daba todas las órdenes y tomaba las decisiones.

De igual manera, milita declaración juramentada No. 124 (Fl 17) del 4 de marzo de 2019, rendida por el mismo deponente, en la que manifiesta que conoce de vista trato y comunicación al señor OMAR PATIÑO SERNA y que en el mes de diciembre de 2017 lo contrató para arreglar un tractor en la ciudad de Duitama- Boyacá, y entre los meses de abril y mayo de 2018 le pagó 26 jornales por el trabajo de tensionar una guaya en el municipio de Tota (Boyacá).

Así mismo, se escuchó el testimonio de ARLEX ANDRÉS SAAVEDRA, quien refiere que conoció al señor JAIME ARANGUREN LÓPEZ cuando laboraba como ayudante del señor OMAR PATIÑO SERNA en la explotación de un bosque en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sibaté, aproximadamente para el año 2017; señala que desarrolló dicha actividad por un término de 5 o 6 meses, desde el mes de marzo del año en mención; que el señor OMAR PATIÑO SERNA le cancelaba por día trabajado la suma de \$30.000; que dicho vinculó terminó cuando se explotó la totalidad del bosque; que también participaba en esa actividad la compañera del actor, quien se encargaba de halar la madera. Afirma que se laboraba de lunes a viernes, pero que solamente trabajaban tres días a la semana, que no existía un horario determinado, no obstante, en ocasiones iniciaban su jornada a las 8:00 o 9:00 a.m. hasta las 2:00 o 3:00 p.m., siendo era el señor PATIÑO SERNA quien lo decidía. Finalmente, que vio en dos oportunidades al señor JAIME ARANGUREN y el actor dialogando, pero no sabe si existía alguna relación entre ellos.

Por otro lado, se arrimó al proceso declaración juramentada No. 1196 (FL. 15) del 28 de febrero de 2019, realizada por el señor ARLEX ANDRÉS SAAVEDRA MORENO; en ella advierte que trabajó con el señor OMAR PATIÑO desde marzo 20 de 2017 a octubre 15 de 2017, desempeñándose como ayudante en actividades de tala de bosque, en la finca ubicada en Sibaté denominada Las Delicias, propiedad del señor JAIME ARANGUREN, expone que también laboraban en ese sitio otros trabajadores, con quienes se construyeron los campamentos en los que pernoctaban, esa actividad la canceló el señor ARANGUREN LÓPEZ; recibía como remuneración la suma de \$30.000 diarios, y que no trabajaba los domingos ni festivos.

Siendo ello así, de cara al material probatorio recaudado no se evidencia que el demandante hubiere prestado sus servicios de manera personal a favor del demandado, ello en tanto, si bien se practicó interrogatorio de parte al accionado, este no confesó el vínculo laboral alegado.

Por otro lado, aunque todos los testigos escuchados aluden a que el señor OMAR PATIÑO SERNA desarrolló la explotación de un bosque ubicado en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

municipio de Sibaté de propiedad del encartado, ninguno de ellos da fe que dicha actividad se realizara directamente por parte del accionante, por el contrario, son contestes en afirmar que el actor ejecutaba su labor conjuntamente con sus trabajadores, era él quien les impartía órdenes y fijaba eventualmente un horario de trabajo, así como que realizaba los pagos a sus colaboradores y les proporcionaba la alimentación.

Aunado a ello, el mismo demandante en su interrogatorio de parte confesó que la tala del bosque que realizaba a favor de la pasiva, la desarrollaba en compañía de 4 o 5 trabajadores que estaban a su cargo; que él les pagaba por su oficio la suma de \$38.000 diarios; que en ocasiones también los seleccionaba, ya sea de sus amigos o conocidos; que les proporcionaba la alimentación y daba las instrucciones sobre el trabajo y el tipo de la motosierra o el tipo del cable a utilizar.

Lo anterior se confirma con los dichos de la señora ERIKA TATIANA CHÁVEZ compañera permanente del accionante, quien relata que el señor OMAR PATIÑO era contratista del señor JAIME ARANGUREN, efectuando principalmente la actividad de tala de árboles; que para el desarrollo de esa labor se requerían entre 4 o 5 personas, que en ocasiones su compañero los contrataba, cancelándoles \$38.000 por día laborado. Adicionalmente, que era el demandante quien definía los horarios y jornadas de trabajo, además que les proporcionaba a sus trabajadores la alimentación.

En igual sentido el testigo ARLEX ANDRÉS SAAVEDRA refirió que fue contratado por el señor OMAR PATIÑO como su ayudante en la explotación de un bosque ubicado en Sibaté, era este quien le cancelaba la suma de \$30.000 por día trabajado, también que el actor fijaba los horarios de la jornada de trabajo y quien daba las directrices, dichos que son coherentes con su declaración extrajuicio arrojada al plenario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, además se allegó por el demandado distintas declaraciones juramentadas (Fls 15 a 18 y 22 a 23), pero de las mismas tampoco es posible encontrar acreditada la prestación personal del servicio por parte del señor OMAR PATIÑO a favor del señor JAIME URIEL ARANGUREN.

Por lo anterior, resulta lógico concluir que el accionante no cumplió la carga probatoria que se le exige a luz del artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., específicamente la acreditación de haber desarrollado una actividad de forma personal al servicio del encartado, para que se configure a su favor la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., tal y como lo consideró el juez de primera instancia.

Ahora bien, afirma el *a-quo* que la relación existente entre las partes se desarrolló bajo los presupuestos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual estipula:

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.”

De lo dicho con precedencia, se avizora que en efecto el demandante contrató con el accionado, la tala de un bosque ubicado en Sibaté, en donde la contraprestación era proporcional a la cantidad del bosque explotado, con tal fin el actor empleó a terceros a quienes les pagaba por día laborado, proporcionaba la alimentación y les daba órdenes, además, desarrolló dichas funciones con total autonomía e independencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De lo anterior, se sigue que el señor OMAR PATIÑO SERNA efectivamente desempeñó sus funciones como contratista independiente y no mediante un contrato de trabajo como se indica desde el escrito demandatorio, máxime que no logró probar la prestación personal del servicio. No debe soslayarse que la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL201-2021, Radicación No. 77120 del 2 de febrero de 2021, señaló:

“Desde esta perspectiva conviene recordar que la legislación laboral se ha ocupado de regular en el artículo 23 del CST, los elementos esenciales del contrato de trabajo, así, en el literal b) se define lo que se entiende por actividad personal como aquella «realizada por sí mismo»; de igual manera se tiene que el extinto Tribunal de Trabajo, en proveído del 26 de marzo de 1949, precisó el concepto de servicio personal, definiéndolo como:

«[...] aquella labor realizada por el mismo trabajador que se comprometió a ejecutarla y no por otro (...). No es un servicio personal el que se desarrolla por intermedio de terceras personas o el que se acepta sin consideración a la persona que ha de suministrarlo y puede, por lo tanto ser ejecutado indistintamente por cualquiera».

En ese orden de ideas, se tiene que no se acreditó la prestación personal del servicio por parte del actor, en los términos regulados en el ordenamiento jurídico laboral, por lo que le asiste razón al fallador de primera instancia al absolver al convocado a juicio de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

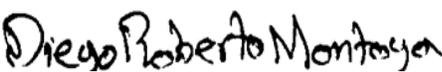
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de marzo del 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

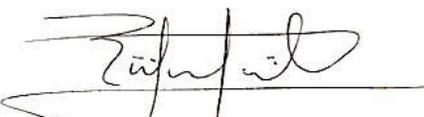
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2018 00411 01
Demandante: MARÍA DEL PILAR PEÑA MILLÁN
Demandado: FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A.
 – FINDETER
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 26 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA DEL PILAR PEÑA MILLÁN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER, con la finalidad que se declare ineficaz o ilegal la terminación unilateral del contrato de trabajo suscrito con la demandada por desconocimiento del fuero circunstancial que la favorecía.

Por consiguiente, se condene a la encartada a reintegrarla a un cargo de similares o mejores condiciones con las que contaba anteriormente sin solución de continuidad, junto con el pago de salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta que se haga efectivo dicho reintegro, con la respectiva indexación de cada uno de ellos.



Que se condene al pago de la prima técnica, auxilio de alimentos, auxilio educativo, prima de antigüedad, prima de vacaciones, beneficios de la convención colectiva y aportes al fondo de empleados dejados de percibir desde el momento del despido y hasta cuando se produzca el reintegro.

Así mismo, al pago de la prima de servicios, compensación de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, sanciones moratorias correspondientes al periodo comprendido entre el despido y el momento del reintegro, al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el 1º de septiembre de 2011 suscribió contrato de trabajo a término fijo de un año con la demandada, desempeñando el Cargo de Profesional III categoría 32, con una asignación mensual de \$4.831.426; que el 31 de agosto de 2012, suscribieron un otrosí al contrato de trabajo modificando la modalidad a término indefinido, así como que desde el 27 de noviembre de 2013 se desempeñó en la Jefatura de la Banca Internacional de la entidad.

Relató que el 31 de enero de 2014 el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – SINTRAFINDETER y la demandada suscribieron una Convención Colectiva de Trabajo, la cual, de acuerdo con su cláusula tercera, aplicaría para todos los trabajadores de la entidad encartada con anterioridad al 3 de noviembre de 2011, por lo que a pesar de que no estuviese afiliada a esa organización sindical, era beneficiaria de las prerrogativas convencionales tales como beneficios de estabilidad y mayor indemnización ante una terminación unilateral del contrato de trabajo, reajustes salariales más altos que el fijado legalmente, préstamos para vivienda, vehículo, estudio o libre inversión, entre otros.

Que en tal sentido, al tener la calidad de beneficiaria se le descontaba un aporte para dicha organización sindical hasta el momento de terminación del contrato de trabajo, al igual que la Convención Colectiva de Trabajo tenía



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vigencia hasta el 31 de diciembre de 2016. Argumentó que durante el desempeño de sus funciones nunca tuvo un llamado de atención, memorando o situación semejante.

Sostuvo que el 10 de noviembre de 2016 el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – SINTRAFINDETER radicó pliego de peticiones ante la demandada, dando inicio al periodo de fuero circunstancial para todos los trabajadores que fuesen beneficiarios de dicha convención, siendo notificada el 11 de noviembre de 2016 de la carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa, indicándole que debía cumplir sus labores hasta ese mismo día.

Derivado de eso, el 25 de noviembre de 2016 se procedió a la liquidación final de su contrato y pago de las acreencias laborales, por lo que el 23 de noviembre de 2017 solicitó a la demandada el reintegro y pago de sus derechos laborales, lo cual fue negado mediante respuesta del 29 de noviembre de 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el despido de la demandante se ajustó a lo preceptuado en la ley y la Convención Colectiva de Trabajo vigente, al igual que con causa de su desvinculación se le reconoció la indemnización de carácter convencional por despido sin justa causa.

En lo que atañe al reintegro pretendido por la demandante argumentó que, si bien la cláusula tercera de la Convención Colectiva de Trabajo señaló que la misma aplicaría a todos los trabajadores de la entidad en los términos previstos en la ley, no es cierto que en la misma se haya dispuesto que se aplicaría a los trabajadores vinculados con anterioridad al 3 de noviembre de 2011.

Que la accionante no es beneficiaria del fuero circunstancial ya que no hacía parte de los trabajadores que presentaron el pliego de peticiones, por lo que no existe fundamento para el reintegro deprecado.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la garantía foral alegada, buena fe y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de marzo de 2021, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que en primer lugar que no fue objeto de controversia la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, quedando plenamente establecido que en inicio la demandante se vinculó a través de un contrato de trabajo a término fijo por un año para desempeñarse como Profesional III Categoría 32, el cual se modificó por un acuerdo de voluntades entre las partes sometiéndola a las reglas de los contratos a término indefinido.

Que también se acredita que la demandante al momento de la desvinculación no se encontraba afiliada a la organización sindical SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – SINTRAFINDETER, que era beneficiaria de las prerrogativas convencionales por extensión, por lo que al ser beneficiada por extensión debía efectuar el correspondiente aporte con destino a la organización sindical, al igual que la Convención Colectiva de Trabajo se encontraba vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, así como que la actora fue despedida por justa causa a partir del 11 de noviembre de 2016.

Seguidamente, expuso que de conformidad con la documental acreditada en el plenario, particularmente la comunicación de terminación del contrato de trabajo que fuese expedida el 8 de noviembre de 2016 y que no tiene constancia del día específico en que se le comunicó a la actora, concluyó que si bien la misma tuvo efectos de culminación del vínculo el 11 de noviembre de 2016, lo cierto es que fue el 8 de noviembre de esa misma anualidad en la que se le notificó el despido pues no obra prueba que acredite lo contrario, y al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

haber presentado el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – SINTRAFINDETER el pliego de peticiones a la encartada el día 10 de noviembre de 2016, la actora no se encontraba amparada por el fuero circunstancial.

Que si en gracia de discusión pudiera afirmarse de manera categórica que fue el 11 de noviembre de 2016 en que se le comunicó a la actora la carta de terminación del contrato de trabajo como así lo sostuvo en su interrogatorio de parte, en los supuestos fácticos de la demanda y en la reclamación administrativa que presentó ante la encartada, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 señala que en lo atinente a la protección en conflictos colectivos los trabajadores que hubieren presentado a un empleador un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada desde la fecha de presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto, pero esta disposición no clasificó si se trataban de trabajadores sindicalizados o no sindicalizados, por lo que es evidente que la disposición normativa de la referencia cubre o ampara tanto a trabajadores sindicalizados que presenten un pliego de peticiones como a trabajadores no sindicalizados que también pueden presentar pliegos de peticiones en aras de obtener un convenio colectivo de trabajo, una convención o un pacto colectivo.

Por tal razón, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1469 de 1978 en su artículo 33, quedó demostrado que efectivamente la encartada el 10 de noviembre de 2016 recibió un pliego de peticiones por parte de SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – SINTRAFINDETER el cual fue aprobado por la Asamblea de la organización el 19 de octubre de 2016, por lo que a partir de ese momento se configura la garantía foral, siendo la misma aplicable únicamente para aquellos trabajadores sindicalizados que presentan el pliego de peticiones, por lo que la circunstancia atinente a que la demandante se beneficie de los acuerdos convencionales a pesar de no estar afiliada a un sindicato, no la hace partícipe del proceso de negociación colectiva correspondiente, de ahí que tampoco fuese cobijada del fuero circunstancial pretendido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Adujo no compartir la decisión de primera instancia en lo que atañe a que la notificación de la terminación del contrato de trabajo se hubiere hecho con anterioridad a la expedición de la radicación del pliego de peticiones, por el hecho que la carta esté fechada el día 8 de noviembre de 2016, siendo que la terminación del vínculo ocurrió el 11 de noviembre de 2016, por lo que se presenta una indebida valoración probatoria.

Que desde el momento en que se hace la notificación del despido se debe hacer una entrega inmediata del cargo, sin que en la carta del finiquito se hubiese establecido una fecha límite para esa entrega, sino que, por el contrario, se procedió con la terminación inmediata del contrato, aspecto que además se corrobora con la historia laboral y la liquidación del contrato de trabajo, lo que daría lugar al amparo del fuero circunstancial.

En segundo lugar, adujo que la decisión de sostener que no es beneficiaria del fuero circunstancial desconoce las normas aplicables a la materia, así como los postulados jurisprudenciales, toda vez que la misma se encamina a garantizar la protección foral de los trabajadores derivada de la Convención Colectiva de Trabajo aun cuando no sea expresamente una trabajadora sindicalizada, en la medida que tiene un beneficio económico y a su vez aporta al sindicato, por lo que la desvinculación implicaría una afectación a la estabilidad económica de la organización sindical, además de la estabilidad económica de la trabajadora considerada individualmente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si a la aquí demandante le asiste el derecho al reintegro pretendido por encontrarse amparada del fuero circunstancial.

En caso de salir favorable el planteamiento anterior, como segundo problema jurídico se deberá establecer si es procedente el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que dentro del presente asunto no fue objeto de reproche que entre las partes en inicio se suscribió un contrato de trabajo a término fijo de un año a partir del 1º de septiembre de 2011, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de Profesional III – Categoría 32 con una asignación salarial mensual de \$4.831.426, vínculo que, a través de otro sí celebrado el 31 de agosto de 2012, se modificó a término indefinido a partir del 1º de septiembre de 2012 (Fls. 5 a 7 y 8 - Expediente Digital).

Tampoco el hecho que la demandada con carta de terminación adiada el 8 de noviembre de 2016, le comunicó a la actora la culminación de manera unilateral del contrato de trabajo a partir de la finalización de la jornada laboral del 11 de noviembre de 2016, en uso de las facultades reguladas en el artículo 64 del C.S.T., disponiéndose el pago de todas las acreencias laborales incluida la indemnización, pago que se corrobora con la respectiva liquidación expedida el 24 de noviembre de 2016. Dichos extremos, también se pueden confrontar con la certificación laboral expedida por la demandada 18 de mayo de 2017 (Fls. 30, 36 a 37 y 52 – Expediente Digital).

Así mismo, no se refutó lo atinente a la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 31 de agosto de 2014 entre el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – SINTRAFINDETER y la demandada, la cual tuvo vigencia por el periodo comprendido entre el 1º de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2016, y que en su cláusula tercera refirió que su aplicación se extiende a todos los trabajadores vinculados a FINDETER (Fls. 10 a 24 – Expediente Digital), así como que la demandante no se encontraba afiliada a la referida organización sindical, por lo que era beneficiaria de la convención, pero por extensión, de ahí que tuviese que realizar el aporte al sindicato de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de Decreto 2351 de 1965 como quedó consignado de los diferentes desprendibles de nómina allegados por la parte demandante.

Así las cosas, se adentra la Sala a analizar la figura del fuero circunstancial regulado en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que a la letra reza:

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

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3344-2020, Radicación No. 82156 del 26 de agosto de 2020, hizo un análisis del fuero circunstancial, exponiendo lo siguiente:

“Desde un punto de vista teleológico, el fuero circunstancial es la garantía de que gozan los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a no ser despedidos con ocasión de un procedimiento de negociación colectiva. Su finalidad es la protección de los trabajadores frente a represalias antisindicales orientadas a lesionar el derecho a la negociación colectiva en el ámbito empresarial. De esta forma, el fuero circunstancial es una medida legal encaminada a hacer real el principio derivado del Convenio No 98, según el cual ninguna persona debe ser objeto de discriminación o perjudicada «en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales» (art. 1.º).

“Con fundamento en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el fuero circunstancial es esencial para la protección del derecho de sindicación y la libertad sindical, en la medida que «evita que los afiliados a un sindicato sean despedidos selectivamente con ocasión de un conflicto colectivo y, por esa vía, se diluya el movimiento sindical. Por otro lado, le permite a los trabajadores plantear reivindicaciones laborales sin temor a ser despedidos. En tal sentido, el fuero circunstancial sienta las bases para que los interlocutores sociales entablen diálogos constructivos frente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a las condiciones laborales y de empleo en la empresa, sin temor a represalias» (CSJ SL3317-2019).

“En definitiva, el fuero circunstancial busca disuadir al empresario de adoptar represalias contra los trabajadores inmersos en un procedimiento de negociación colectiva, a la vez que garantiza a estos su derecho a la negociación voluntaria, libre y emancipada del temor a la pérdida del empleo”.

En resumidas cuentas, la esencia del fuero circunstancial es que se otorgue la estabilidad al empleo de aquellos trabajadores mientras exista un proceso de negociación colectiva en curso, como quiera que este resguardo incluso es objeto de amparo en pactos internacionales como lo es el Convenio 98.

En el transcurrir del trámite procesal se recaudó el testimonio de la señora ANA LILIANA TÁMARA MURCIA, quien adujo ser Administradora de Empresas con Especialización en Gerencia de Gestión Humana, y que se encuentra vinculada ante la encartada desde el año de 1998.

Refirió que la demandante trabajó para la demandada ingresando en el mes de septiembre del año 2011, siendo vinculada mediante contrato de trabajo. Que el contrato de la actora en inicio fue a término fijo de un año, y luego suscribió otrosí al contrato donde se le modificó el contrato a término indefinido. Indicó que la demandante trabajó hasta el 11 de noviembre de 2016, sin tener conocimiento cuál fue el motivo por el que se le despidió.

Que el procedimiento para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante fue la expedición de la respectiva misiva 8 de noviembre de 2016, pero desconoce la calenda en que se le notificó.

Que antes del 11 de noviembre de 2016, el sindicato presentó un pliego de peticiones ante la demandada, sin tener conocimiento las fechas precisas en que se surtió esa negociación y si la demandada al momento del despido conocía de la negociación colectiva que el sindicato estaba adelantando, precisando además que a la demandante se le hizo el pago de todas las acreencias laborales, incluyendo la indemnización por despido sin justa causa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La demandante expuso en su interrogatorio de parte que es Ingeniera Financiera y en la actualidad se encuentra desempleada. Que trabajó para la demandada hasta el 11 de noviembre de 2016, exponiendo que ese mismo día la empresa le comunicó la carta de terminación por despido sin justa causa.

Que ella no tenía conocimiento que para esa fecha se estaba adelantando un proceso de negociación entre la demandada y la organización sindical SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – SINTRAFINDETER.

Ahora bien, en el plenario obra carta emitida por el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – SINTRAFINDETER que fue radicada ante las dependencias de la demandada el 10 de noviembre de 2016, en la que se indicó que teniendo en cuenta la Asamblea General del Sindicato llevada a cabo el 19 de octubre de esa anualidad, se había aprobado el pliego de peticiones, por lo que en los términos del artículo 376 del C.S.T. se allegarían los mismos a efectos de proceder con la respectiva negociación colectiva, identificándose además los miembros de la comisión negociadora, pliego que fue adjuntado con el mencionado escrito (Fls. 25 a 29 – Expediente Digital).

Así las cosas, en primer término la Sala considera que acorde con lo argumentado por el fallador de instancia, atendiendo la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la accionada a la actora el 8 de noviembre de 2016, cuyos efectos del despido se extendieron hasta el 11 de noviembre de 2016, y la fecha en que se presentó el pliego de peticiones por parte del sindicato, esto es, el 10 de noviembre de 2016, la demandante no gozaba de la garantía del fuero circunstancial regulada en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, pues resulta evidente que el finiquito se produjo con anterioridad a la presentación del pliego.

En este tópico se resalta que la parte demandante fundamenta su alzada en el hecho que de las probanzas acreditadas al plenario se puede advertir que la carta de terminación a pesar de tener una fecha de expedición del 8 de noviembre de 2016, su notificación sucedió el 11 de noviembre de esa misma



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

anualidad, por lo que el fallador de instancia debió hacer un juicio valorativo de la totalidad de pruebas para haber podido esclarecer que evidente la notificación de la terminación se ocasionó el 11 de noviembre de 2016.

Sobre el particular confrontada la totalidad de pruebas documentales aportadas al expediente, no se observa algún indicio que despliegue una decisión contraria a lo argumentado por el *a-quo*, ya que además de la misiva de terminación, no obra un medio probatorio del que se pueda extraer que la carta se hubiese recibido solo hasta el 11 de noviembre de 2016, máxime si se tiene en cuenta que dentro del contenido de la misma se aprecia que la demandante suscribió su aceptación de recibo, y por el hecho de que la actora hiciera alusión en su interrogatorio de parte que el 11 de noviembre de 2011 fue que la encartada le comunicó la carta de terminación, sus dichos no se ajustan a los demás medios cognitivos de prueba, los cuales a juicio de esta Sala, fueron analizados por el fallador de instancia con una crítica adecuada en atención a la libre formación del convencimiento que lo faculta el artículo 61 del C.P.T y de la S.S., por lo que la parte demandante no puede pretender que se tenga en cuenta en juicio situaciones fácticas que no demostró atendiendo la carga probatoria que le incumbía, al tenor del artículo 167 del C.G.P.

De otra parte, como ya se enunció, para la fecha de la presentación del pliego de peticiones por parte del SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – SINTRAFINDETER a la empresa que lo fue el 10 de noviembre de 2016, la demandante no estaba afiliada a la organización sindical, y si bien quedó demostrado a lo largo del plenario que se le efectuaban descuentos por nómina para ese sindicato, lo fue en condición de beneficiaria por extensión de la Convención Colectiva de Trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965.

En tal sentido, el artículo 36 del Decreto 1469 de 1978 regula:

“Artículo 36. La protección a que se refiere el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.

“Para efectos de la protección consagrada en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, la justa causa que haya de invocar el patrono para terminar el contrato de trabajo deberá ser comprobada ante el Inspector de Trabajo.

“Los trabajadores afectados por una decisión del patrono, violatoria de los requisitos señalados en este artículo, quedarán en la situación prevista por el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

“Las normas del presente capítulo no se aplican a los empleados públicos, sujetos a estatuto especial”.

Como lo destaca la norma en cita, es evidente que la garantía del fuero circunstancial se deriva de dos connotaciones, la primera comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato que haya presentado pliego de peticiones, y la segunda, a los trabajadores no sindicalizados que en mismo sentir presenten pliego de peticiones al empleador.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3163 de 2018, Radicación No. 56992 del 1 de agosto de 2018, trajo a colación la sentencia con radicación No. 39453 del 10 de julio de 2012, en la que explicó:

“En relación con los trabajadores que pueden ser cobijados por el fuero circunstancial, la sentencia CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 39453, acogida por el fallo CSJ SL13275-2015, dijo lo siguiente:

*[...] la norma en verdad se refiere en general a todos los eventos de presentación de pliego de peticiones, tanto a aquellos que se tramitan por intermedio de un sindicato, como a los que formulan los trabajadores no sindicalizados, y **cuando el texto alude a los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones se refiere a ambas hipótesis, estableciendo la protección para cada una de ellas, a sabiendas de que se trata de dos eventos independientes; de suerte que gozan de la prerrogativa foral los afiliados al sindicato que presentó el pliego, si se hizo de este modo, y los trabajadores no sindicalizados que hicieron lo mismo con miras a firmar un pacto colectivo, si esta fue la situación.***

“Lo anterior quedó más claro con la expedición del Decreto Reglamentario 1469 de 1978, cuyo artículo 36 dispuso lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*'La protección a que se refiere el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados **que hayan presentado un pliego de peticiones**, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso'.*

*En consecuencia, el artículo 25 mencionado no puede entenderse en los términos sugeridos por el recurrente cuando insinúa que presentado el pliego de peticiones la protección se extiende a todos los trabajadores y en particular en este caso al demandante, dado que la norma no impone el requisito de la afiliación previa al sindicato, con lo cual desde luego, con cierto rodeo, pretende desdeñar la posición del tribunal al negar el reintegro con base en el desconocimiento de la empresa de dicho estado de afiliación del demandante, porque como ya se dijo la norma se refiere a varias hipótesis y **una de ellas ello es que si el conflicto colectivo se hace a instancias de un sindicato el fuero circunstancial protege a los afiliados al mismo, únicamente; mientras que si lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados, sólo estos están protegidos por la anotada garantía, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte en sentencias de 11 de agosto de 2004, radicado 22.616 y de 28 de febrero de 2007, radicado 29.081. Así lo entendió el ad quem, que partió del supuesto de que el pliego fue presentado por la organización sindical y por ende sus afiliados quedaban amparados, en principio, con el aludido fuero.** (Negrillas fuera de texto original)*

De conformidad con lo anterior, puede concluir esta Colegiatura que la actora no gozaba de la garantía foral toda vez que no estaba afiliada al Sindicato y como trabajadora no sindicalizada no presentó pliego de peticiones, aunado a ello que si bien se realizaban descuentos sindicales, eran como consecuencia de haberse beneficiado de la Convención Colectiva de Trabajo, la cual dejó asentado en su clausulado tercero que se aplicaría a todos los trabajadores vinculados a la demandada FINDETER, descuentos que legalmente los regula el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, lo cual tampoco la hace beneficiaria de la garantía foral pretendida.

Como corolario de lo anterior, la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

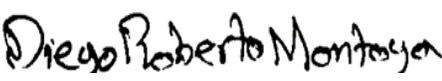
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 26 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

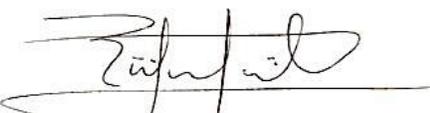
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 110013105 36 2019 00694 01
Demandante: ESTHER JULIA POSADA PEÑATE
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ESTHER JULIA POSADA PEÑATE, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A., fundamentada esta pretensión en la falta de información que se le otorgó por parte del fondo privado al momento de suscribir el traslado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se ordene a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, y a su vez, se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo con la corrección y actualización de su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo la demandante que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 10 de noviembre de 1987, en el que permaneció hasta el 31 de enero de 1996, fecha en la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., y posteriormente se trasladó de fondo a PORVENIR S.A.

Con respecto a dicho traslado de régimen, señala que la decisión no estuvo precedida de la suficiente información, y por el contrario, lo manifestado por la AFP fue sesgado, en tanto no le indicaron que su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; de otra parte que el 28 de agosto de 2011 cumplió 47 años sin conocer que tenía hasta esa data oportunidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, máxime que los argumentos que el asesor le ofreció para trasladarse fueron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y perdería el dinero cotizado, así como que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podría pensionarse anticipadamente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante está próxima a cumplir la edad para pensionarse, razón por la cual no puede trasladarse de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

régimen pensional; de igual manera que no existe causal para que se declare nulidad por vicios del consentimiento al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que la afiliación de la señora ESTHER JULIA POSADA PEÑATE a PROTECCIÓN S.A. es plenamente válida.

Formuló las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. se opone a la totalidad de las pretensiones, refiriendo que la afiliación realizada por la señora ESTHER JULIA POSADA PEÑATE a la AFP no se encuentra viciada, en tanto el formulario de afiliación que suscribió da cuenta que el traslado fue efectuado de forma libre y voluntaria, y estuvo precedida de la información suficiente por parte del asesor de PROTECCIÓN S.A.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, la innominada o genérica, objeción al decreto de prueba testimonial de la demandante, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de la totalidad de aportes a PORVENIR S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por su lado, PORVENIR S.A. se opone a la totalidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación efectuada por la demandante a PORVENIR S.A. en 1998 gozó de plena validez y eficacia, de igual manera que la AFP cumplió a cabalidad con el deber de información, máxime que en el año 2004 publicó por medio del periódico El Tiempo respecto a la oportunidad de los afiliados de ejercer su derecho de retracto y retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado que realizara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A, por lo que ordenó tanto a PROTECCIÓN S.A. como a PORVENIR S.A. a remitir a COLPENSIONES el valor de todos los dineros existentes en su cuenta individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones y gastos de administración que se generaron durante dicha afiliación.

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora argumenta que la afiliación a cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, y que la forma de garantizar ese consentimiento informado es una asesoría completa previa a la afiliación, la cual debe incluir los beneficios y riesgos del traslado de régimen, que, ante la ausencia de esta, la consecuencia jurídica sería la inexistencia del acto jurídico de traslado de régimen.

Señala que para la época del traslado en 1996 ya había disposiciones legales que obligaban a las AFP como entidades financieras a dar información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

completa, veraz y fidedigna a sus potenciales afiliados, pese a lo cual PROTECCIÓN S.A. no cumplió con su carga probatoria, por lo que no se demostró que la afiliación a dicha AFP estuvo precedida de la información necesaria para que este traslado sea eficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PROTECCIÓN S.A. inconforme con la decisión la apeló. Solicitó que no se ordene la devolución de las comisiones de administración y las primas de seguros previsionales, pues la ley autorizó un descuento del 3%, el cual se destina para cubrir los gastos de administración y para las primas de seguros previsionales, por lo ordenar la devolución de dichos valores constituiría un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLPENSIONES, pues estos dineros no están destinados a financiar la pensión de vejez de la demandante, por esta misma razón indica que frente al valor de la comisión de administración y primas de seguros sí opera el fenómeno prescriptivo.

PORVENIR S.A. también apeló la decisión, solicitando que se revoque la sentencia en su totalidad y se la absuelva de todas las condenas impuestas, argumentando que la AFP cumplió con su deber de información, tal como lo disponía el ordenamiento jurídico para el momento del traslado, la cual consistía en brindar la información necesaria; de otra parte que en el interrogatorio de parte la demandante manifestó que no recordaba qué información le brindaron en ese momento, y tampoco refirió inconformidad alguna con la información recibida por PORVENIR S.A.

Solicita igualmente que se revoque la condena de devolución de gastos de administración, pues este pago implicaría un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES, al no estar destinados dichos montos a financiar la pensión de la demandante, máxime que estas sumas están sujetas al fenómeno de la prescripción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente COLPENSIONES apeló igualmente la sentencia, solicitando revocar el fallo de primera instancia en su totalidad, argumentando que para la época del traslado de la demandante el deber de información no comprendía la obligación de hacer comparaciones o simulaciones pensionales, razón por la cual la firma del formulario de afiliación da cuenta de la validez del traslado pensional; de otra parte que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no existían expectativas legítimas frente a COLPENSIONES; de otra parte que la nulidad se saneó al permanecer la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y solo tras el transcurso del tiempo exterioriza su intención de trasladarse de régimen. Señala además que este tipo de decisiones perjudican el principio de sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En el presente proceso, se allega a folio 81 del expediente digital el formulario por medio del cual la señora ESTHER JULIA POSADA PEÑATE realiza su traslado de régimen a la AFP PROTECCIÓN S.A., con fecha del 31 de enero de 1996; no obstante, si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Además de los formularios de afiliación, no militan otras pruebas en el expediente que logren acreditar que PROTECCIÓN S.A. asesoró en debida forma a la demandante al momento de efectuar el traslado; se debe acotar que en el interrogatorio de parte absuelto en audiencia, la accionante en manera alguna confesó que se le haya suministrado la información respectiva, y el hecho de haber manifestado no recordar la asesoría, no implica haber admitido la misma.

Respecto a la inconformidad de las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. con respecto a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES sin que ello signifique que hay un enriquecimiento sin justa causa, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora ESTHER JULIA POSADA PEÑATE.

La apoderada de COLPENSIONES alega que la decisión tomada por la *a-quo* vulnera el principio de sostenibilidad financiera, al respecto, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Así las cosas, tal y como lo dijo la operadora judicial de primera instancia, estas decisiones no vulneran el principio de sostenibilidad financiera, pues las AFP retornarán a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniéndose en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado, y debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad jamás existió, los fondos privados deben trasladar todos los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación de la señora ESTHER JULIA POSADA PEÑATE al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, pues en cabeza de este fondo está la obligación de reconocer y pagar la eventual pensión a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. alegan que el fenómeno de la prescripción sí opera frente al reclamo de gastos de administración; no obstante, la prescripción no es procedente en las acciones de ineficacia de traslado por las razones expuestas en el aparte citado anteriormente, teniendo en cuenta que los gastos de administración hacen parte del dinero con el que COLPENSIONES eventualmente financiará la pensión de la demandante.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora CLEMENCIA DEL PILAR PEÑA QUIMBAY, formuló demanda ordinaria laboral en contra del CONSORCIO INNOVAR 2014 y las sociedades CONSTRUCCIONES RUBASA S.A.S., VINDICO S.A.S. y G&G CONSTRUCCIONES S.A.S., con el objeto que se declare que entre la demandante y las demandadas existió un contrato de trabajo a término indefinido del 9 de diciembre del 2014 al 31 de agosto del 2015.

En consecuencia, solicita se condene a las encartadas al pago de las cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, dominicales y festivos, la indemnización moratoria y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que el 9 de diciembre del 2014 pactó un contrato a término fijo y por duración de la obra, con el objeto de desempeñarse en el cargo de Residente de Acabados, desempeñando las siguientes labores: supervisar el personal de obras, calidad de mano de obra, cortes de pago a contratistas, entre otras; el contrato se suscribió en la ciudad de Bogotá, y se ejecutó en la ciudad de Villavicencio, con un salario de \$2.800.000.

Refiere que el día 31 de agosto del 2015, recibió la carta de terminación del contrato como Residente de Acabados del CONSORCIO INNOVAR 2014 para la obra de Villavicencio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El día 7 de septiembre del 2015, solicitó el pago de la liquidación definitiva, sin que a la fecha haya obtenido respuesta a su solicitud, tampoco el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y los recargos por dominicales y festivos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad CONSTRUCCIONES RUBASA S.A.S. en su escrito de contestación de la demanda, negó la existencia de una relación laboral con la precitada entidad. Argumenta de forma adicional que dicha sociedad no hace parte del CONSORCIO INNOVAR 2014.

Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la relación laboral pretendida y falta de legitimación en la cusa por pasiva.

A su turno, la empresa G&G CONSTRUCCIONES S.A.S. en su escrito de contestación negó la existencia de una relación laboral entre la demandante y el CONSORCIO INNOVAR 2014, pues aduce que el mismo no tiene la potestad de crear vínculos laborales, en la medida en que no es una persona jurídica.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia del vínculo laboral, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido e investigaciones penales en curso que podrían tener relación con el proceso laboral.

Con auto del 2 de octubre del 2018, se dispone emplazamiento y nombra curador *ad-litem* a la Sociedad VINDICO SAS, quien operó la *litis contestatio* en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la que expresó no constarle ninguno de los hechos de la demanda, y se opuso a las pretensiones afirmando que de las pruebas arrimadas al proceso no se puede corroborar la existencia de la relación laboral alegada.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de causalidad entre lo pretendido y la situación fáctica, temeridad y mala fe, cobro de lo no debido, pago y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 3 de marzo del 2021 condenó a VINDICO S.A.S., y G&G CONSTRUCCIONES S.A.S., como integrantes del CONSORCIO INNOVAR 2014 a pagar a favor de la señora CLEMENCIA DEL PILAR PEÑA QUIMBAY, las siguientes sumas de dinero:

1. Auxilio de cesantías \$2.030.000
2. Intereses a las cesantías \$150.476,67
3. Prima de servicios \$2.030.000
4. Vacaciones \$1.015.000.

A pagar un día de salario, esto es, \$93.333,33 diarios por cada día de mora a partir del 1º de septiembre de 2015 hasta cuando se acredite el pago de la reliquidación condenada, y a partir del mes 25 deberán pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Superintendencia Financiera.

De otra parte, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a las demandadas VINDICO S.A.S., Y GYG CONSTRUCCIONES S.A.S., como integrantes del CONSORCIO INNOVAR 2014.

Como sustento de su decisión indicó que se acreditó la prestación personal del servicio para el CONSORCIO INNOVAR 2014, aportándose el respectivo contrato de trabajo, en el cual se plasmó una vigencia por duración de la obra o labor, y en la cláusula primera se indica que la labor que ejerce la trabajadora será la de Residente de Acabados en el proyecto de Casas Fiscales de Villavicencio, el cual se suscribió el día 9 de diciembre del año 2014, razón por la cual atendiendo los documentos indicados, tuvo por demostrado el vínculo laboral entre la demandante y el CONSORCIO INNOVAR 2014, sin que sea dable estimarlo a término indefinido.

De otra parte, que la demandada CONSTRUCCIONES RUBASA S.A.S. no hace parte del Consorcio citado, toda vez que del documento de conformación consorcial, se acredita que el 13 de marzo de 2014, las sociedades VINDICO S.A.S., G&G CONSTRUCCIONES S.A.S. y JUAN CARLOS RUÍZ Y MRD INGENIEROS Y ARQUITECTOS, decidieron asociarse en el consorcio denominado INNOVAR 2014, a efectos de participar en la licitación pública 4-2014, realizada por el Instituto de Casas Fiscales del Ejército, cuyo objeto correspondía a la construcción de dos edificios de cinco pisos de vivienda fiscal para suboficiales ubicados en la seccional de Villavicencio-Meta.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Y si bien, el señor JUAN CARLOS RUBIO GÓMEZ aparece como integrante del Consorcio, lo cierto es que esa participación se generó como persona natural y no como representante legal de la demandada CONSTRUCCIONES RUBASA S.A.S.

Ahora, respecto de la ausencia de algunos de los integrantes de la unión consorcial como parte pasiva de la presente acción, tenemos que tal omisión en nada afecta el proceso, ya que la decisión de la conformación de la parte demandada, corresponde a la parte actora que puede escoger a que integrantes demandar, así lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos en relación con la responsabilidad solidaria concluida por el Tribunal en torno al alcance del artículo 7º de la Ley 80 del año 1993, la Sala en sentencia S.L. 3672 2019, reiteró, tal y como lo señala el sensor, del precepto antes mencionado se desprenden que la responsabilidad entre los miembros que componen el consorcio, léase también unión temporal, es solidaria en lo concerniente a todos y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, por ende bien podía convocarse al juicio a uno de los miembros del consorcio. Argumento que se acompasa a lo previsto en el artículo 1571 del C.C y el numeral 1º del artículo 7º de la Ley 80 del año 1993.

De esta forma se da por acreditada la relación laboral entre el 9 de diciembre del 2014 y el 31 de agosto del 2015, con un salario de \$2, 800,000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Establecida la relación laboral y el salario devengado por la parte actora, se analizarán las pretensiones condenatorias, la norma aplicable en el presente caso para la liquidación de las cesantías son los artículos 98 y 99 de la Ley 50 del año 1990, consistente en una liquidación anual con corte a 31 de diciembre de cada año y su posterior consignación en un fondo de cesantías, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente. Además, establece la obligación del pago de intereses sobre las cesantías causadas respecto el tiempo que se liquidará a razón de un interés legal del 12% de conformidad con el numeral segundo del artículo 99 de la Ley 50 del año 1990.

Conforme a lo pretendido, tenemos que no obra en el expediente ninguna prueba de pago por ese concepto, más cuando conforme a los hechos 12 y 13 de la demanda existió omisión en el pago de estos conceptos, afirmación que no fue desvirtuada por la pasiva quien se encontraba en el deber de haber probado y de acreditar el pago como lo ha reseñado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, indicándose no obstante, no está más señalarle al recurrente que no hubo tal afirmación indefinida, la demandante activó el aparato judicial con la pretensión de que se declare judicialmente la existencia de una obligación insoluta a cargo del demandado, lo que lleva a una negación indefinida, cuál es, que no le han pagado, no puede el demandado a su vez responder con una afirmación indefinida, salvo que dentro de la carga de prueba no sea llamado a probar, en este caso quien ha pagado debe demostrar su cumplimiento por cualquier medio admisible de prueba, como con el documento constitutivo de la transacción bancaria, documento en el que sub lite ha brillado por su ausencia. Sentencia 51001 del 29 de agosto del 2017.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente a la prescripción se tiene que la terminación del vínculo se presentó el 31 de agosto de 2015 y la demanda se presentó el 19 de agosto de 2016, como aparece en el acta de reparto a folio 35, por lo cual la excepción no está llamada a prosperar. En consecuencia y como no se probó el pago de la demandada de la obligación insoluta, se procede a condenar a VINDICO S.A.S. y a GYG Construcciones S.A.S., al pago de las acreencias laborales adeudadas.

En cuanto a la indemnización de que trata el artículo 65 que reclama la parte actora, se observa que las demandadas no demostraron circunstancias que la exoneren, teniendo en cuenta que conforme al documento a folio 28, las entidades que conforman el Consorcio innovar 2014, contrataron a la demandante para que prestara sus servicios sin que obre prueba que demuestre el pago de las prestaciones sociales o en su defecto, la razón que justifique su mora, de acuerdo con lo planteado era obligación pagar las prestaciones sociales y demás acreencias a la demandante conforme lo establecido en la norma citada.

III- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la sociedad VINDICO S.A.S. interpone recurso de apelación en contra de la sentencia, específicamente en lo atinente a la indemnización moratoria, señalando que operó un pago efectuado mediante depósito judicial, el que demuestra la buena fe por parte de las accionadas, atendiendo que, como se indicó en los alegatos de conclusión, era



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

necesario la demostración de que efectivamente no se encontraban esas prestaciones en manos del empleador.

A su turno la sociedad G&G CONSTRUCCIONES S.A.S. en su apelación solicita se revoque la providencia por cuanto se dio por demostrado sin estarlo, que existió una vinculación laboral, así como se exoneró a la sociedad CONSTRUCCIONES RUBASA S.A.S como integrante del Consorcio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, es del resorte de la Corporación proceder a verificar si la demandante sostuvo una relación laboral con la empresa G&G CONSTRUCCIONES S.A.S.; si la empresa CONSTRUCCIONES RUBASA S.A.S hace parte del CONSORCIO INNOVAR 2014; y si procede el pago de la indemnización moratoria.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

c. Del contrato de trabajo

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple 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» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia 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 trascendentales 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 (Subrayas fuera del texto).”

d. Del Caso en concreto:

De cara a lo indicado, lo primero que debe advertir esta Corporación es que la falladora de primera instancia lo que encontró acreditado en autos fue la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

existencia de una relación laboral entre la promotora y el CONSORCIO INNOVAR 2014, fulminando condena en contra de las empresas VINDICO S.A.S. y G&G CONSTRUCCIONES S.A.S. por hacer parte del precitado consorcio.

Así pues, de entrada, debe advertir la Corporación que existe un yerro contundente en la formulación del recurso de alzado propuesto por la empresa G&G CONSTRUCCIONES S.A.S., pues lo cierto es que la falladora de primera instancia jamás aseveró que el contrato de trabajo de la demandante se predicara con dicha entidad. Luego, no es de recibo aseverar que diera por probado sin estarlo que el contrato de trabajo de la actora lo fue con la precitada sociedad.

Ahora, en lo que comporta puntualmente al vínculo laboral con el CONSORCIO INNOVAR 2014, basta aludir que dicha relación resulta incuestionable a la luz del material probatorio recaudado pues reposa en el plenario: (i) el contrato de trabajo por duración de la obra o labor suscrito entre la demandante y el Consorcio el 9 de diciembre del 2014, para desempeñar el cargo de Residente de Acabados del Proyecto de Casas Fiscales de Villavicencio - Meta, con una asignación salarial de \$2.800.000 (fls.11-13); y (ii) liquidación definitiva del contrato de trabajo por el periodo comprendido del 9 de diciembre del 2014 al 31 de agosto del 2015 (fl.17).

Documentos que, si bien no fueron suscritos por ninguna de las demandadas, sino por el representante legal del Consorcio, jamás fueron desconocidos por las promotoras del juicio acorde lo dispuesto en el artículo 272 del C.G.P, por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

manera que no existe discusión alguna en torno a la existencia de la precitada relación laboral. Maxime si tenemos en cuenta que realmente ninguna de las apelaciones estuvo encaminadas a desvirtuar el contrato de trabajo que dio por sentado la falladora de primera instancia se itera con el CONSORCIO INNOVAR 2014.

Siendo ello así, al margen del tema del debate vale la pena recabar en que si bien no fue punto de la alzada, la defensa de las entidades demandadas siempre se fundamentó en que el Consorcio no tenía personería jurídica y por tanto, el representante legal no podía suscribir el precitado contrato laboral con la promotora. Sin embargo, vale la pena anotar que tal argumento no es cierto. Lo anterior, en la medida en que con fundamento en lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Ley 80 de 1993 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha sido enfática en enunciar en un reciente pronunciamiento que el Consorcio sí tiene la facultad de celebrar un contrato de trabajo y fungir como empleador, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que se predica respecto a todas las empresas consorciadas, quienes están llamadas a responder por las obligaciones que emergen del referido vínculo. Así pues, en sentencia SL 462 del 2021, afirmó:

“En primer lugar, es necesario recordar que las uniones temporales y los consorcios son figuras jurídicas concebidas en el artículo 7.° de la Ley 80 de 1993, en virtud de las cuales dos o más personas pueden presentar de manera conjunta una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. De acuerdo con lo anterior, se trata de agrupaciones de contratistas u



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran.

“No obstante que carecen de personalidad jurídica, el artículo 6.º de la Ley 80 de 1993 les otorga plena capacidad para contratar, premisa que arroja una primera conclusión: para poseer capacidad jurídica contractual no es requisito ser persona moral, pues como ocurre con los consorcios y uniones temporales, entidades sin personería jurídica, la ley los considera legalmente capaces para efectos contractuales. (...)

“En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que el parágrafo del artículo 7.º de la Ley 80 de 1993 faculta a los consorcios y uniones temporales para «designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal». De este modo, la ley no impuso cortapisas a las facultades de los representantes de las uniones temporales o los consorcios, por lo que bien pueden en ejercicio de sus atribuciones vincular trabajadores al servicio del proyecto empresarial. Al respecto, el Consejo de Estado en la providencia citada, refirió:

“[...] importa destacar que el inciso segundo del parágrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato.

“En tercer lugar, si bien el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo como «aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración», lo que podría llevar a colegir que la parte empleadora debe ser necesariamente una persona jurídica, no puede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pasarse por alto que para la época de expedición del estatuto del trabajo, la figura jurídica de los consorcios y uniones temporales no existía.

“Desde esa data hasta la actualidad, el mundo laboral ha transitado por importantes transformaciones jurídicas, sociales, tecnológicas y productivas. Hoy existen nuevos sujetos y organizaciones empresariales que actúan como verdaderos empleadores, como ocurre con los consorcios y uniones temporales, los cuales bajo una lectura textualista y exegética del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo no son empleadores a pesar de que en la práctica ejercen un poder de dirección y control del trabajo.

“Aquí vale la pena recordar que el Derecho del Trabajo es un derecho que capta las realidades. Por ello, la jurisprudencia sobre la materia ha sostenido que «el derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades» (CSJ SL4360-2019), de manera que antes que permanecer pétreo y expectante frente a las transformaciones veloces del mundo, debe adaptarse a ellas para cumplir su misión de proteger a los trabajadores.

“Por esto mismo, afirmar que las uniones temporales o consorcios no tienen capacidad contractual laboral, y que, por tanto, quien debe suscribir los contratos de trabajo es alguno de los miembros de esas organizaciones, podría generar distorsiones o discordancias entre lo que está formalmente en el contrato y lo que sucede en la realidad. Así, formalmente el empleador sería uno de los miembros de la unión transitoria, pero en la realidad la subordinación emana de la nueva organización empresarial creada para desarrollar un proyecto.

“Esto no solo genera problemas en la definición del verdadero empleador, sino que también tiene repercusiones en el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social, en especial de seguridad y salud en el trabajo, el ejercicio de los derechos colectivos y también en la efectividad de las pólizas que garantizan el pago de salarios y prestaciones de los trabajadores en el marco de los contratos estatales, las que usualmente son tomadas por el consorcio o unión temporal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En efecto, como usualmente los trabajadores comparten un espacio físico que se identifica no con el espacio de los empresarios individualmente considerados, sino con el de la unión temporal o consorcio, la coincidencia espacial que provoca la conformación de un nuevo ente es capaz de dar lugar a un incremento de los riesgos inherentes a la actividad productiva y de generar nuevos riesgos. Por tal razón, quien se encuentra en mejor posición para su prevención y gestión es el nuevo ente conformado.

“Por otro lado, el reconocimiento de empleador a las uniones temporales o consorcios permite a las organizaciones sindicales entablar procedimientos de negociación colectiva con los interlocutores que de verdad direccionan y controlan los procesos productivos. La autonomía colectiva en estos casos puede ser un instrumento particularmente útil para regular las condiciones de trabajo, coordinar la prestación de los servicios, definir estándares laborales comunes para los trabajadores y reglas para la administración y planificación de los riesgos asociados al trabajo.

“Por último, para la Sala no es válido señalar que el empleador debe ser el integrante del consorcio que celebre el contrato de trabajo. Lo anterior, por cuanto radicar en un solo miembro la responsabilidad por los derechos laborales de una persona que prestó su trabajo a una organización empresarial, anularía la posibilidad jurídica que aquel tiene de demandar solidariamente al consorcio o a la unión temporal y a todos sus integrantes, según lo faculta el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993. Además, ello quebraría la unidad contractual que se establece entre la unión transitoria y la entidad pública contratante, a efectos de que opere la responsabilidad solidaria del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

“De acuerdo con lo dicho, las uniones temporales y consorcios pueden ser empleadores de los trabajadores que participan en los proyectos empresariales contratados con las entidades públicas. Por tanto, pueden ser convocados para responder por las obligaciones laborales de sus trabajadores, como también de manera solidaria cada uno de sus integrantes. Con esto, se recoge el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

criterio fijado en las sentencias CSJ SL, 11 feb. 2009, rad. 24426 y CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 35043. (...)” (Negrillas fuera de texto)

Definido lo anterior, es indispensable proceder a corroborar cuales eran las empresas consorciadas y puntualmente, si como se alega en la alzada la empresa CONSTRUCCIONES RUBANSA S.A.S. hacía parte de las mismas y, en consecuencia, está llamada a responder solidariamente por las obligaciones laborales que se adeudan a la promotora.

Sobre este punto, la Sala vuelve la mirada sobre el documento denominado Anexo No 10 “*Carta sobre soporte de conformación del consorcio o uniones temporales*” (Fls 64 a 65), misma que se evidencia está dirigida al Instituto de Casas Fiscales del Ejército y en el cual queda registrado que las personas jurídicas VINDICO S.A.S, G&G CONSTRUCCIONES S.A.S., MRB INGENIEROS ARQUITECTOS y la persona natural JUAN CARLOS RUBIO GÓMEZ decidieron conformar el CONSORCIO INNOVAR 2014 para aplicar en la licitación pública cuyo objeto consiste en la construcción de dos edificios de 5 pisos de vivienda fiscal para oficiales y dos de 5 pisos para suboficiales ubicados en las seccionales de Villavicencio – Meta y Florencia Caquetá. En igual sentido, se precisa en el mentado documento que acepta la calidad de representante legal del consorcio el señor JUAN CARLOS RUBIO GÓMEZ.

De otra parte, encontramos que acorde se desprende del certificado de existencia y representación legal de la empresa CONSTRUCCIONES RUBASA S.A.S. que el señor JUAN CARLOS RUBIO GÓMEZ ostenta la calidad de representante legal de dicha sociedad supuesto de facto que no se discute. Sin



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

embargo, vale la pena señalar que, en el curso del interrogatorio de parte de dicha entidad, el señor JUAN CARLOS RUBIO, no solo es claro que admite la calidad de representante legal de la precitada empresa, sino que además recaba en que si bien es fue el representante legal del CONSORCIO INNOVAR 2014, la empresa RUBASA S.A.S. no hizo parte del mentado consorcio.

Ahora bien, de lo expuesto se infiere que si bien el señor JUAN CARLOS RUBIANO representante legal de RUBASA S.A.S. hizo parte del CONSORCIO INNOVAR 2014 y de hecho fungió como representante del mismo, tal calidad la ostentó como persona natural, más no en representación de la persona jurídica RUBASA S.A.S. Afirmación que se desprende de la simple lectura del documento de constitución del Consorcio, sin que sea dable extender las obligaciones contraídas por dicha persona natural a la persona jurídica que representa, pues tal alcance no se desprende de la constitución del Consorcio.

Dimana de lo expuesto que resulto totalmente acertada la determinación del *a-quo* al dar por sentado que la empresa RUBASA S.A.S. no hacía parte del CONSORCIO INNOVAR 2014, quien fungió como empleador de la hoy demandante y por tanto, dicha persona jurídica no se encuentra llamada a responder solidariamente por las obligaciones laborales adeudadas a la promotora del juicio, como se alega en la alzada.

Por manera que se mantendrá incólume la absolución de la empresa RUBASA S.A.S. frente a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

e. De la indemnización moratoria

De otra parte, la convocada a juicio VINDICO S.A.S. recurre en apelación, aduciendo que en el presente caso no procede el pago de la indemnización moratoria.

Como lo tiene establecido la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la imposición de la indemnización moratoria no se aplica de manera automática, sino que depende de la conducta justificativa del empleador referente a la buena o mala fe con la que actuara, tal como se precisara entre otras en sentencias Rad. 23657 del 29 septiembre 2005; SL10632-2014, Radicación 43915 del 12 de agosto de 2014; SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL7145-2015, Radicación No. 43621 del 3 de junio de 2015, y SL- 2148-2018, Radicación No. 61164 del 13 de junio de 2018.

En sentencia SL4566-2019, Radicación No. 68600 del 23 de octubre de 2019, señaló:

“Conviene no olvidar que la jurisprudencia laboral ha adoctrinado profusamente que la indemnización moratoria no surge de manera automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad y probidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera en sentencia SL4028-2020, Radicación No. 74797 del 20 de octubre de 2020, señaló:

“Tal afirmación de la recurrente resulta desacertada, pues como bien lo afirmó el colegiado, para determinar la procedencia de los conceptos antes señalados, es necesario evaluar las circunstancias particulares de cada caso, y constatar desde el punto de vista probatorio si el comportamiento del empresario estuvo revestido de buena o mala fe y si existieron motivos serios y razonables para que omitiera el pago de las acreencias laborales.

“De ahí que la aplicación de este tipo de consecuencias no es una respuesta automática a la evidencia de un verdadero contrato de trabajo, y en esa medida, no es posible establecer reglas absolutas en torno a su causación. Esta corporación no ha establecido dicho tipo de reglas o parámetros generales, como lo sugiere la recurrente. En sentencia CSJ SL5628-2019 se explicó lo siguiente:

“No obstante, lo anterior, conocido es que esta Sala de la Corte, en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y de crear jurisprudencia, ha sostenido de manera reiterada y pacífica que la indemnización por mora establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no es de imposición automática, en la medida en que dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen la omisión del empleador que lo ubique en el terreno de la buena fe.

“Se ha puntualizado que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos a la hora de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, dado que es su deber examinar las condiciones particulares en cada caso y con arreglo a ellas, definir lo pertinente. Es decir, además de que la sanción por mora no debe imponerse de manera automática e inexorable, tampoco puede excluirse en forma mecánica cuando se presentan supuestos de hecho que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

válidamente pueden analizarse como de buena fe. (CSJ SL2374-2018, rad. 76649). (Subraya la Sala).[...]

“Así, pues, en materia de la indemnización moratoria no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe. Sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro. En ese sentido se pronunció igualmente la Corporación en providencia del 30 de mayo de 1994, con radicación 6666, en la cual dejó consignado que: ‘Los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria...’.

Ahora bien, en el *sub-lite* no existe debate alguno en torno a que a la culminación de la relación laboral, se dejó de cancelar a la demandante las prestaciones sociales, y precisamente por tal razón se fulminó condena en primera instancia en contra de las encartadas por concepto de las cesantías y prima de servicios, sin que respecto al incumplimiento de esta obligación exista debate en la alzada.

Siendo ello así, tan solo queda por establecer si en efecto existe buena fe por parte de las demandadas al realizar un pago por depósito judicial, según refiere la pasiva en su apelación. Sobre este aspecto, basta recabar en que tal argumento carece de todo sustento probatorio sólido, pues si bien en los interrogatorios de parte las demandas expresan que tienen entendido se efectuó un depósito judicial a favor de la demandante, dicha afirmación resulta insuficiente para dar por sentada la constitución del título, en la medida en que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no se allegó al plenario soporte probatorio alguno que demuestre que en efecto se hizo, ni mucho menos la demandante admite que así fuera.

Siendo ello así, es patente que la pasiva no cumplió con la carga probatoria que le incumbe, a la luz de lo reglado en el artículo 167 del C.G.P, conforme al cual le atañe a cada una de las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en los que se funda la consecuencia jurídica de la norma que pretende se le aplique. Así pues, si pretendía que ser exonerada de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T bajo la égida de que ya se realizó el pago mediante depósito judicial, debió aportar prueba del mismo, en aras de que fuera dable corroborar no solo que en efecto se hizo el pago, sino el monto y la data del mismo, pues solo así se podría constatar que se cumplió con la obligación que dio lugar a la sanción, sobre la cual recae la inconformidad.

Luego, dado que esta no es la etapa procesal para decretar pruebas de oficio, mucho menos en aras de subsanar un yerro de las demandadas y que las mismas, no acreditan de forma alguna la razón en la que fundan su apelación, es menester de la Sala confirmar la condena impuesta a las demandadas frente a la sanción moratoria.

Por lo hasta aquí consignado, se confirmará en su integridad la sentencia apelada. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de marzo del 2021, según los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **32 2018 00704 02**
Demandante: JULIA LILIANA MEDINA FERREIRA
Demandado: COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y
 CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 2 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES como quiera que la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora JULIA LILIANA MEDINA FERREIRA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., actualmente SKANDIA S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado efectuado ante PORVENIR S.A. el 9 de octubre de 1999, por cuanto esta última no cumplió con su deber de brindarle una información veraz, oportuna y suficiente respecto de las circunstancias y desventajas que implicaba el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, causándole grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se le ordene a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., trasladarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta a su vez la acepte en dicho régimen, así como que se les condene a las encartadas al pago de lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que nació el 31 de agosto de 1964, vinculándose laboralmente a LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA el 16 de marzo de 1988, efectuando sus aportes pensionales ante CAJANAL, régimen hoy administrado por COLPENSIONES.

Que el 9 de octubre de 1999 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., atendiendo las recomendaciones del ejecutivo de cuenta, sin que hubiese mediado alguna asesoría, por lo que estaba convencida que no tendría ninguna incidencia negativa en su futuro pensional, así como que el 24 de febrero de 2003 se trasladó a la AFP OLD MULTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., a la que actualmente se encuentra afiliada.

Que al no recibir una debida asesoría por parte de quedó inmersa dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003.

Por último, sostuvo que reclamó ante las encartadas sobre el cambio de régimen, las cuales negaron lo pretendido, por lo que ante la indebida información suministrada por PORVENIR S.A., claramente se ven reflejados los alcances negativos que se causaron como consecuencia del traslado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda indicando que resulta improcedente el traslado de la demandante, toda vez que superó la edad mínima para pensionarse de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, sostuvo que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, por lo que deberá ser la actora quien debe probar sus dichos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción, y la innominada o genérica.

Por su parte, OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., refirió en su contestación que, confrontado el formulario de afiliación realizado por la actora ante sus dependencias, se aprecia que el mismo se hizo con su consentimiento expreso, de ahí que se entienda una elección libre, voluntaria y sin presiones.

Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PORVENIR S.A. argumentó en su contestación que lo perseguido por la actora resulta improcedente, como quiera que la afiliación efectuada no contiene vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen, ya que fue libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien manifestó por escrito su elección al momento de la vinculación.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de febrero de 2021, declaró la ineficacia que realizara la actora el 9 de octubre de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en su caso administrado por PORVENIR S.A., así como su posterior traslado entre AFP.

Por ende, condenó a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hubiese descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes realizados por la actora mientras estuvo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afiliada a esa administradora, misma orden que impartió a SKANDIA S.A., por ser la AFP a la que en la actualidad se encuentra afiliada. Igualmente, condenó a COLPENSIONES a recibir a la actora como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen que se declaró ineficaz.

Para arribar a dicha conclusión, expuso que de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados que por demás tiene que ser relevante en lo que atañe a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas como así lo dispone el precepto normativo, aspecto que no fue demostrado por ninguna de las AFP encartadas.

También dejó asentado que, en razón del criterio jurisprudencial, lo que procede dentro del presente asunto es la ineficacia del traslado y no la nulidad conforme a lo pretendido por la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. inconforme con la decisión la apeló. Refirió que no le asiste razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado como consecuencia de la presunta falta a la obligación de información, ya que tal situación no le era obligatoria al momento del traslado en atención de la Circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos que se entendiera no solo materializado sino válido el traslado de la actora, que expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, por lo que cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, máxime si la decisión de la accionante fue libre, voluntaria e informada, que además se ha ratificado en el tiempo.

Aduce además que tampoco se presentaron vicios del consentimiento, ya que la información suministrada fue certera y precisa sobre las consecuencias del traslado, como quedó consignado en el formulario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, expuso que no es factible la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no forman parte integral de la pensión de vejez por lo que están sujetos a la prescripción, además que la Superintendencia Financiera emitió concepto indicando que las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguro previsional, por lo que en caso de trasladarse esos rubros se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

COLPENSIONES argumentó en su alzada, que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido que es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la accionante y PORVENIR S.A., por lo que no tendría que asumir las consecuencias de la decisión judicial.

Que en caso de proceder la ineficacia del traslado, se debe tener en cuenta que quien causa el daño debe repararlo, y en razón a que la demandante persigue una suma superior de su mesada pensional, debe ser PORVENIR S.A. quien deberá responder por dicha diferencia, máxime si se debe resguardar el principio de la sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 9 de octubre de 1999 a la AFP PORVENIR S.A. (Fl. 33 – Expediente digital), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información, pues incluso fue contundente en señalar que el asesor de entonces, realizó una reunión de manera grupal en la que se señaló que la antigua CAJANAL se extinguiría y que por consiguiente sería más segura una pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aspecto por el que puede colegir la Sala que en ningún momento a la actora se le dio una información fidedigna sobre las ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas de uno y otro régimen pensional.

En ese orden de ideas, al no haber cumplido la AFP con el *onus probandi* que le correspondía, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera que alega COLPENSIONES, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como lo aduce la PORVENIR S.A.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

V. DECISIÓN

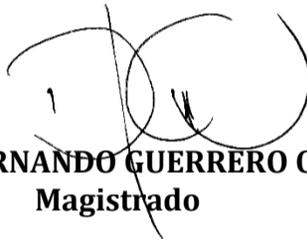
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

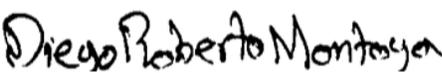
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

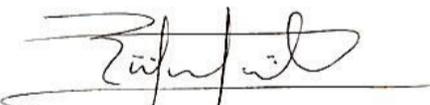
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 17 2016 00644 01**
Demandante: RUTH NELLY ALGARRA USECHE
Demandado: FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y
 Administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE
 REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora RUTH NELLY ALGARRA USECHE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y Administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN por el periodo comprendido entre el 13 de enero de 1988 y el 9 de mayo de 2016; que perteneció a la organización sindical SINTRACAPRECOM; que se incumplieron los acuerdos convencionales de no liquidación de la entidad contemplados en los años 2003 y 2013; que los derechos convencionales dejados de percibir durante los años 2003 a 2015 y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2016 por suspensión extra convencional, deberán ser otorgados en virtud a la falta de cumplimiento de la entidad de no liquidar la misma.

Así mismo, se condene a la encartada al pago de la diferencia proveniente del reajuste de salarios y prestaciones sociales legales y convencionales desde el 12 de junio de 2003, fecha en que fueron suspendidos los derechos laborales, hasta el año 2015, fecha de liquidación de CAPRECOM, y el 9 de mayo de 2016, calenda en que se desvinculó de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Convención Colectiva de Trabajo; así como al pago de las acreencias extralegales denominadas prima de junio, prima de navidad, bonificación de recreación, bonificación por servicios prestados, quinquenio, descanso especial o adicional, recreación por vacaciones, ruta de buses, plan de atención complementario y desarrollo de derechos en salud y dotación, sumas debidamente indexadas más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que se vinculó a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajador oficial desde el 13 de enero de 1988 hasta el 9 de mayo de 2016, desempeñando el cargo de Técnico Auxiliar I, labor que desempeñó de manera dependiente y subordinada por la entidad en la Regional Bogotá – Cundinamarca, devengando un salario equivalente a la suma de \$1.480.900; relata además que la organización sindical SINTRACAPRECOM fue reconocida legalmente mediante Resolución No. 0130 de 1970.

Que CAPRECOM tuvo siempre directa corresponsabilidad con las políticas de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, consignadas en el Plan Nacional de Desarrollo de cada uno de los Gobiernos Nacionales en sus respectivos periodos de mandato, por lo que su estabilidad jurídica y administrativa se vio siempre sometida a una serie de factores que le determinaron un estado de posible y anunciada liquidación desde el año 2003; circunstancia por la cual, los trabajadores agremiados al sindicato de base y de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

primer grado SINTRACAPRECOM, amparados por los Convenios de la OIT y el bloque de constitucionalidad garante de los derechos de asociación y negociación colectiva, aprobaron mediante Acuerdo Extra Convencional en el año 2003, debidamente ratificado en el año 2013, la suspensión de una serie de derechos convencionales y laborales vigentes, y que bajo el principio de la corresponsabilidad quedaron condicionados al cumplimiento contractual de la empresa, en tanto en el evento de incumplimiento, se reactivarían los derechos suspendidos.

Por consiguiente, en el transcurso del año 2003 con base a un proceso administrativo de análisis de costos y de aplicación de medidas de eficiencia administrativas, SINTRACAPRECOM y CAPRECOM identificaron un diagnóstico situacional de la empresa, concluyéndose que sus costos fijos superaban ampliamente la capacidad de ingreso presupuestal, lo que imposibilitaba el equilibrio financiero y la viabilidad de los diferentes negocios que operaban, por lo que se acordó que en aplicación de la política de racionalización de costos empresariales, para ese momento la Convención Colectiva de Trabajo vigente era un factor de alto impacto, dado que sus prerrogativas para la entidad resultaban onerosas, de ahí que se haya suscrito el ya referido Acuerdo Extra Convencional el 12 de junio de 2003, mediante el cual SINTRACAPRECOM aceptó suspender parcial y temporalmente por un término de diez años artículos de la Convención Colectiva de Trabajo, con el fin que la entidad lograra un equilibrio financiero y evitar su liquidación; no obstante, se acordó en dicho Acuerdo que en caso de no viabilización de la entidad en los términos señalados y se determinara por parte de Gobierno su fusión o liquidación, la Convención Colectiva de Trabajo conservaría su vigencia y el Acuerdo quedaría sin aplicación.

Que posteriormente, en el año 2013, SINTRACAPRECOM y CAPRECOM evaluaron nuevamente la situación de la entidad, concluyéndose que los trabajadores al haber contribuido durante más de diez años con la suspensión de los beneficios convencionales, se había logrado continuar con su objeto social, adaptada y reducida en sus negocios y programas iniciales a las necesidades del Alto Gobierno, por lo que se acordó la prórroga del Acuerdo Extra Convencional inicial por otros cinco años, y al ser un hecho totalmente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cierto que el Gobierno Nacional en lugar de salvaguardar la empresa, dispuso su supresión y liquidación mediante Decreto 2519 de 2015, las acreencias laborales que se encontraban suspendidas por efectos de los Acuerdos Extra Convencionales recobran su integral aplicación, por efectos de los actos administrativos de la liquidación, debiendo aplicar de manera automática los mismos como si nunca hubieran sido suspendidos, es decir, a partir del 12 de junio de 2003.

Que para la finalización de la relación laboral con la entidad, se acogió de manera libre y voluntaria al Plan Único de Retiro Consensuado para los trabajadores oficiales siéndole reconocida una indemnización, por lo que es beneficiario de todas las pretensiones perseguidas dentro del presente asunto.

Por último, señaló que no existe cosa juzgada en la conciliación celebrada, ya que en la misma solamente se conciliaron derechos inciertos y discutibles, señalando que lo concerniente a los derechos extra convencionales no fue materia de acuerdo; que en la misma conciliación se pactó lo concerniente al plan de retiro y pagos de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, y que presentó reclamación administrativa en procura que le fueran reconocidos sus derechos extra convencionales, recibiendo respuesta negativa de la entidad; y a través de Resolución No. 1979 de 2016 se calificó y se graduaron sus acreencias laborales oportunamente presentadas con cargo a la masa del proceso liquidatorio.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

A pesar que la demandada presentó escrito de contestación, el mismo se hizo de manera extemporánea, por lo que el Juzgado de instancia mediante proveído del 9 de febrero de 2018 tuvo por no contestada la demanda, aspecto que tuvo como indicio grave en su contra.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020, declaró probada de oficio la excepción de cosa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

juzgada, absolviendo a la encartada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, sostuvo en primer lugar que quedó debidamente demostrado que la demandante se vinculó con CAPRECOM mediante contrato de trabajo cuyo extremo inicial correspondió al 13 de enero de 1988, así como que se desvinculó en virtud al mutuo acuerdo el día 9 de mayo de 2016, ostentando el cargo de trabajadora oficial, desempeñando como último cargo el de Técnico Auxiliar I y su último salario ascendió a la suma de \$1.480.900.

Que entre las partes se suscribió un acuerdo el 5 de mayo de 2016, en el que se acordó finiquitar el contrato de trabajo que las unía, acordándose a la actora a título de conciliación la suma de \$133.493.284 por el concepto de única suma conciliatoria con el ánimo de precaver futuras reclamaciones respecto de derechos inciertos y discutibles, sumado a que dentro de dicha Acta quedó consignado que las partes manifestaron su voluntad de ratificar la terminación de común acuerdo de la relación laboral mediante el pago de la suma única conciliatoria conforme a los términos y condiciones establecidas en la Resolución L 000558 del 12 de abril de 2016, aceptados por la trabajadora oficial, el equivalente al 10% de la indemnización convencional vigente de conformidad con el artículo sexto del Laudo Arbitral del 1º de julio de 1999, el equivalente al 40% adicional al valor anterior como bonificación por acogimiento al plan de retiro consensuado, el reconocimiento de una suma equivalente a cuatro S.L.M.L.M.V. como compensación integral por el impacto de los beneficios convencionales dejados de percibir a partir de la terminación del contrato, señalándose también que la entidad quedaría a paz y salvo con la trabajadora por todos los beneficios convencionales causados y reconocidos desde el 28 de diciembre de 2015 y hasta la fecha de desvinculación de la actora.

Por lo anterior, sostuvo que para que la conciliación tenga plena validez, se requiere examinar de manera cuidadosa y objetiva cuáles fueron los derechos ciertos que recibieron un pago adecuado en ese acto y cuáles fueron los derechos inciertos y discutibles que fueron materia de discusión y que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

finalmente fueron acordados. Por ello, siendo que las partes por mutuo acuerdo decidieron terminar la relación laboral y el pago de las acreencias sociales legales y extra legales respectivas, es decir los derechos ciertos, y adicionalmente convinieron el pago de una suma que involucraba el pago de los eventuales derechos inciertos que resultaren, declarándose a paz y salvo por todo concepto y declararon extinguidas todas las obligaciones que entre las partes hubieren existido en virtud de la relación laboral que las unió, tal conciliación resulta válida respecto de los conceptos que no fueron contemplados teniendo en cuenta la forma clara y el texto claro en que se consignaron tales aspectos.

Que por tal razón, y en atención de lo regulado en los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, la conciliación realizada se ajustó a los parámetros legales, concluyendo que dentro del plenario no obró prueba alguna que enrostrara que para la celebración de la conciliación a la demandante se le haya inducido a engaño, o que la misma no se hubiese celebrado con absoluta libertad, aunado a que la comparecencia ante el funcionario público como lo fue el Inspector del Trabajo, permiten esclarecer que no existieron vicios en el consentimiento, de ahí que haya declarado de oficio la excepción de cosa juzgada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión lo apeló. Indicó que, si bien se realizó un análisis minucioso del acuerdo conciliatorio, lo cierto es que en el *sub-examine* no se configura la excepción de cosa juzgada, en tanto no se incluyeron los beneficios suspendidos en virtud del Acuerdo Extra Convencional del año 2003, ratificados en el año 2013.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará si la demandada debe reconocer y pagar todos los beneficios convencionales que estuvieron suspendidos mediante Acuerdo Extra Convencional del 12 de junio del año 2003, de manera retroactiva.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre la demandante y la antigua CAPRECOM existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 13 de enero de 1988 y el 9 de mayo de 2016, en virtud del cual la actora ostentó el estatus administrativo laboral de trabajadora oficial, desempeñando el cargo de Técnico Auxiliar I, con un último salario de \$1.480.900, prueba de ello lo es la certificación laboral emitida por la Coordinación de Administración de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, así como el Acta de Conciliación suscrita por las partes ante el Ministerio del Trabajo el 5 de mayo de 2016 (Fls. 69 a 76).

De igual manera, no fue objeto de discusión que la accionante era beneficiaria de los beneficios contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo, y que fueron objeto de suspensión mediante los Acuerdos Extra Convencionales de los años 2003 y 2013.

Ahora bien, del análisis de la demanda y su reforma, se tiene que las pretensiones se destinaron exclusivamente al pago de diversos beneficios convencionales que habían sido suspendidos.

Por lo anterior, debe advertirse como primera medida en lo que respecta a la conciliación realizada entre CAPRECOM y la demandante el 5 de mayo de 2016



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(Fls. 70 a 76), contrario a lo decidido por el *a-quo*, si bien dentro del contenido de la misma quedó asentado que se concilió sobre la totalidad de acreencias laborales y convencionales derivadas de la relación laboral, a juicio de esta Sala no existió cosa juzgada en lo que concierne a la suspensión de los Acuerdos Extra Convencionales suscritos en los años 2003 y 201.

Lo anterior por cuanto es claro que en ese acuerdo conciliatorio quedó consignado que frente a los pagos anteriores al 28 de diciembre de 2015, el liquidador de la entidad debía pronunciarse a través de acto administrativo de calificación y graduación de acreencias, situación por la que quedó activa la posibilidad que la demandante pudiera reclamar por esta vía los derechos aquí pretendidos, en tanto hacen referencia, se reitera, a los beneficios no solucionados con ocasión de la suspensión de algunos derechos de la Convención Colectiva de Trabajo, situación no incluida en la conciliación.

De tal manera, que no le asistió razón al declarar probada la excepción de prescripción, máxime que la conciliación abarcaría aquellos derechos de los Acuerdos Convencionales reactivados desde el 28 de diciembre de 2015 y hasta la finalización del contrato de trabajo, mas no los reclamados en la presente acción.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que refiere la accionante que por pasiva no se dio cumplimiento a lo pactado en el Acuerdo Extra Convencional suscrito el 12 de junio de 2003, entre la empresa demandada y el sindicato SINTRACAPRECOM, así como lo regulado en su respectiva prórroga, en tanto no se reactivaron los beneficios que se suspendieron, ello pese a que estaban sujetos a la condición que CAPRECOM E.I.C.E. no sea suprimida por el Gobierno Nacional, lo cual acaeció en el año 2015.

Ahora bien, descendiendo al Acta del Acuerdo Extra Convencional, del 12 de junio de 2003, encontramos que, en los antecedentes para llegar a dicho arreglo, se tuvo en cuenta que los costos fijos de CAPRECOM E.I.C.E. superaban ampliamente la capacidad de ingresos y las necesidades de la empresa, lo que imposibilitaba el equilibrio financiero y la viabilidad de sus negocios, por lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que, para la recuperación de las pérdidas acumuladas durante varios años, se hacía necesario, poner en marcha un plan de contingencia.

Por ello, analizaron la Convención Colectiva de Trabajo vigente y el impacto que causaba en las finanzas, de tal manera que concluyeron que debían racionalizar costos, entre ellos aceptaron suspender parcial y temporalmente por un término inicial de diez (10) años la consecución de diversos beneficios, entre ellos, los deprecados por activa.

Y dentro de los compromisos, el cual se considera incumplido por la actora, se obligaron a lo siguiente:

“8.- Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del acuerdo extra convencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación”.

Dicho Acuerdo Extra Convencional fue prorrogado, adicionado e incluso se reactivaron unos beneficios a partir del 7 de junio de 2013, por el término de cinco (5) años. Nuevamente, en dicho Acuerdo en el Parágrafo, acordaron que en caso de no viabilidad de la entidad en los términos señalados en el Acuerdo Extra Convencional del 12 de junio de 2003 y se determine por parte del Gobierno su fusión o liquidación, la Convención Colectiva de Trabajo conservará su vigencia y el Acuerdo Extra Convencional quedaría sin aplicación.

Deduciendo esta Colegiatura, que posteriormente el 28 de diciembre de 2015, según Decreto 2519 de 2015, se suprimió la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM E.I.C.E., siendo lógico afirmar que el tantas veces mencionado Acuerdo quedaría sin aplicación desde dicha data, no siendo dable interpretar o dar el alcance interpretativo expuesto en la demanda, pues del contenido de los Acuerdos Extra Convencionales, en manera alguna se evidencia que se haya pactado que la reactivación deba ser retroactiva, es decir, que cuando se reanudaran nuevamente el pago de los beneficios convencionales, conduciría a que la empresa reconociera y pagara de manera retroactiva todos aquellos que estuvieron suspendidos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En efecto, la suspensión de los beneficios convencionales implicaba que aquellos dejaban de causarse y constituirse en una obligación patronal, mientras no se cumpliera la condición para su reactivación, la cual sólo vino a cumplirse aproximadamente doce años con posterioridad al Acuerdo Extra Convencional, sin que, se reitera, en ningún acápite de los acuerdos, se haya dispuesto que la reactivación sea retroactiva, por el contrario, se acordó la reactivación de forma pura y simple, lo que implica que el pago los beneficios recobraban con vigencia solo con posterioridad a la condición resolutoria de la suspensión.

En ese orden de ideas, no existe ningún medio probatorio que acredite que la intención de las partes haya sido suspender los beneficios para eventualmente reactivarlos de manera retroactiva, por el contrario, de los antecedentes expuestos en los acuerdos, su finalidad era reducir los costos laborales a fin de dar viabilidad económica a la empresa mientras se superaba la crisis financiera, por lo cual no sería entendible que aún frente a un hecho sobreviniente como la supresión o liquidación de la empresa, se genere en virtud de la reactivación, una carga laboral retroactiva, por lo que debía existir pacto expreso sobre tal aspecto, lo cual no se evidencia en los Acuerdos.

En ese orden de ideas, la reanudación de aquellos beneficios que aún continuaban suspendidos, pueden reclamarse desde el 28 de diciembre de 2015 y hasta el término de la relación del contrato de trabajo de la ex trabajadora y no en una data antes, en tanto se reitera, estaban suspendidos, sin que se contemplara en ninguno de sus compromisos o en la prórroga que se realizó posteriormente, que en el evento que se liquidara la empresa estos se reconocerían de forma retroactiva.

En tal sentido, es palmario de una parte que al existir una reanudación de los Acuerdos Convencionales desde el 28 de diciembre de 2015 y hasta la finalización del contrato de trabajo, dichos rubros sí fueron transados con el acuerdo conciliatorio, y por otra, a pesar que no existió cosa juzgada con relación a la suspensión de los Acuerdos Extra Convencionales suscritos en los años 2003 y 2013, lo cierto es que atendiendo las consideraciones expuestas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en esta motiva, no hay lugar a que prosperen las súplicas de la demanda; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse pero por las razones aquí concluidas.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

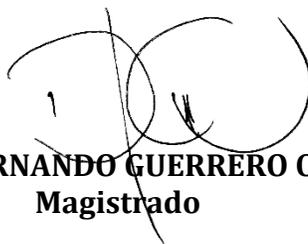
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

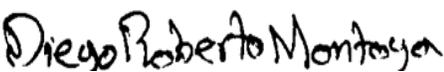
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones anotadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 24 2017 00487 01**
Demandante: MARGARITA APONTE APONTE
Demandado: SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD
 SUR E.S.E.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARGARITA APONTE APONTE, formuló demanda ordinaria laboral en contra la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., con la finalidad que se declare la existencia de un único contrato de trabajo con la encartada por el periodo comprendido entre el 15 de enero de 1999 y el 30 de abril de 2017, vínculo que desempeñó en calidad de trabajadora oficial.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a la accionada al pago de las diferencias salariales existentes respecto de los trabajadores de planta, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, prima semestral, compensación en dinero de las vacaciones, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, devolución indexada del importe de la totalidad de descuentos efectuados durante la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, sanción por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., indemnización del artículo 1º de la Ley 797 de 1949 y sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo.

Asimismo, se declare que el tiempo laborado bajo la modalidad de contratos sucesivos de arrendamiento y prestación de servicios se deben computar para efectos pensionales, ordenando a la encartada a emitir la certificación para tal efecto, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que laboró de manera constante e ininterrumpida al servicio de la demandada en el cargo de Camillera desde el día 15 de enero de 1999 hasta el 30 de abril de 2017, a través de reiterativos contratos de arrendamientos y prestación de servicios.

Que devengó como salario mensual la suma de \$1.200.000, el cual se le consignaba de manera mensual en una cuenta bancaria, con horario de trabajo de 12 horas noche intermedia de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., así como que sus funciones consistían básicamente en recibir y entregar turnos y trasladar pacientes de acuerdo a normas preestablecidas por la institución, entre otras.

Mencionó que la demandada le exigía afiliarse como independiente al Sistema Integral de Seguridad Social, adquiriendo previamente una póliza de responsabilidad civil a efectos de eludir el pago de prestaciones sociales, de igual manera, se le descontaba retención en la fuente y el impuesto al ICA con cada pago que se le realizaba.

Que jamás se le realizó anticipos económicos en virtud de los contratos celebrados, se le expidió carné de trabajo, no se le pagaron prestaciones sociales ni vacaciones; que suscribió 50 contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, recibía órdenes de superiores, no podía delegar funciones que a ella se le asignaban, utilizó las herramientas de la demandada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

teniendo a disposición papelería, camillas, equipos, herramientas y suministros para el desarrollo de sus funciones.

Por último, refirió que existía personal de planta que desarrollaba las mismas funciones, devengando una remuneración superior, junto con emolumentos de carácter convencional y prestaciones sociales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la actora tuvo vinculación a través de diferentes contratos de prestación de servicios, sin vínculo laboral alguno, actuando con plena autonomía, de ahí que no se constituyan los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Formuló las excepciones denominadas prescripción de la acción laboral, pago total de la obligación, inexistencia de la obligación y del derecho, inexistencia del vínculo laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, incumplimiento del requisito de procedibilidad exigido por la Ley y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020, declaró que la demandante se desempeñó al servicio de la demandada como trabajadora oficial, así como que tuvo cuatro vínculos laborales: desde el 21 de julio de 2000 hasta el 31 de enero de 2001 en el cargo de Servicios Generales, desde el 16 de febrero de 2001 hasta el 30 de mayo de 2004 en el cargo de Servicios Generales, desde el 25 de octubre de 2007 hasta el 31 de mayo de 2013 en el cargo de Camillera y, desde el 2 de julio de 2013 hasta el 30 de abril de 2017 en el cargo de Camillera.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Condenó a la encartada al pago de diferencias salariales en \$10.714.049, auxilio de transporte en \$2.681.560, prima de navidad en \$4.238.120, vacaciones en \$2.501.190, prima de vacaciones en \$2.240.366, cesantías en \$13.682.156, y al pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de prestaciones sociales a la suma diaria de \$47.296 a partir del 11 de septiembre de 2017 y hasta que se configure su pago.

Igualmente, condenó a la convocada a efectuar los aportes pensionales correspondientes por los periodos comprendidos entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de mayo de 2013 y entre el 2 de julio de 2013 y el 30 de abril de 2017, los cuales se deberán efectuar junto con los intereses que correspondan, teniendo como IBC las diferencias que se causen entre el IBC con los que la actora haya efectuado sus aportes y las siguientes sumas: para el año 2007 \$839.116, año 2008 \$897.009, año 2009 \$969.495, año 2010 \$1.004.785, 2011 \$1.045.394, año 2012 \$1.113.345, año 2013 \$1.163.668, año 2014 \$1.216.033, año 2015 \$1.278.858, año 2016 \$1.418.892 y año 2017 \$1.148.892, toda vez que por dichos periodos se acreditó que se realizaron aportes por un salario inferior al verdaderamente devengado por la actora.

Asimismo, declaró probada la excepción de prescripción frente a los contratos de trabajo por los periodos comprendido entre el 21 de julio de 2000 y el 31 de enero de 2001, entre el 16 de febrero de 2001 y el 30 de mayo de 2004 y entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de enero de mayo de 2013, y parcialmente respecto del contrato entre el 2 de julio de 2013 y el 30 de abril de 2017, absolviendo a la encartada de las demás pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que la demandante logró acreditar la prestación personal del servicio, y que a su vez dentro del plenario reposan pruebas que advierten que la actora desarrollaba actividades de Servicios Generales y de Camillera, como fueron los diferentes contratos de prestación de servicios y de arrendamiento.

Que en atención de las actividades desarrolladas por la demandante y conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se cataloga como trabajadora oficial toda vez que tales actividades



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

siempre se encaminaron a Servicios Generales y Camillera. A su vez arguyó que, atendiendo el elemento subordinante, la demandada no logró desvirtuarlo.

Declaró la existencia de los cuatro contratos de trabajo en tanto existieron interrupciones de 15 y 30 días. En lo que concierne al salario, determinó el mismo en el cargo de Servicios Generales que se reflejaba en los respectivos contratos que suscribió al no encontrarse una diferencia que justifique un rubro diferente, y en el cargo de Camillera el devengado por los del personal de planta, como así se logró acreditar dentro del plenario.

Declaró probada la excepción de prescripción de los primeros tres contratos de trabajo, pero dejando incólume el pago de los aportes pensionales. Respecto del cuarto contrato, la prescripción fue declarada de forma parcial con anterioridad al 15 de febrero de 2014, pero manteniendo intacto lo que versa sobre aportes pensionales y auxilio de cesantías.

Refirió que los beneficios convencionales no se podían analizar teniendo en cuenta que la Convención Colectiva de Trabajo 2007-2011 allegada en medio magnético se encuentra incompleta, precisando incluso que la actora en su *petitum* no especificó cuáles eran los beneficios convencionales estimados.

Que en tal sentido, en los términos del Decreto 1045 de 1978, las prestaciones sociales a que tendría derecho la demandante son las vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, el auxilio de transporte establecido en la Ley 15 de 1959, precisando que la prima de antigüedad, prima de servicios y auxilio de alimentación no hacen parte de las prestaciones legales a las que tendría derecho la actora. Por tal razón, fue que fulminó condena por auxilio de transporte, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones y cesantías.

Negó lo atinente al pago de intereses a las cesantías, por cuanto ese concepto no se causa a favor del trabajador, atendiendo que esa clase de servidores públicos son afiliados al Fondo Nacional del Ahorro por lo que es a este en quien se encuentra tal rubro y no a cargo del empleador; declaró no próspera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la pretensión por subsidio familiar pues la actora no probó que tuviese derecho a esa prestación, así como la del pago de retención en la fuente al estimar que lo pretendido debe tramitarse a través de otro procedimiento.

Lo que atañe al despido sin justa causa dispuesto en el artículo 64 del C.S.T., manifestó no ser procedente en tanto dicha normativa no se rige para los trabajadores oficiales, más aún si el hecho del despido no quedó acreditado. Respecto de la indemnización moratoria regulada en el artículo 1 de la Ley 797 de 1949 mencionó ser procedente ya que no existió buena fe por parte de la demandada. No condenó a la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo por cuanto no proceden para trabajadores oficiales.

Condenó al pago de todos los aportes a seguridad social en pensión, al no gozar de prescriptibilidad. En este punto, dejó asentado que el interregno comprendido entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de mayo de 2013 y entre el 2 de julio de 2013 y el 30 de abril de 2017 la demandante fue la que realizó sus aportes pensionales al sistema teniendo como IBC una suma inferior al que devengaba los camilleros de planta según se avizó de las planillas incorporadas al expediente, de ahí que hubiese ordenado a la demandada al pago de las diferencias reportadas por la actora con los que se le debieron realizar a los Camilleros. En lo que tiene que ver con los contratos que se encontraron demostrados desde el 21 de julio de 2000 hasta el 31 de enero de 2001 y desde 16 de febrero de 2001 hasta el 30 de mayo de 2004 en el cargo de Servicios Generales, no fulminó condena con el argumento de que no se probó que la demandante hubiera realizado aportes por sumas inferiores a las que había pactado con la pasiva, como tampoco que el cargo de Servicios Generales recibiera una remuneración superior a la que se le pagaba en su entonces.

Frente a los aportes a salud y riesgos laborales no impuso condena al no demostrarse que la demandante hubiese estado inmersa en algún perjuicio en virtud de la falta de pago de la pasiva en su momento sobre estos conceptos. Por último, negó la indexación al resultar incompatible con la indemnización moratoria otorgada en los términos de que trata el artículo 1º de la Ley 797 de 1949.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la decisión. Adujo que, dentro del plenario se encuentra debidamente probado que laboró desde el año de 1999 hasta el año 2007 como Auxiliar de Servicios Generales de manera personal, y a partir del año 2007 hasta el 2017, se desempeñó como Camillera, por lo que se presentó una única relación laboral por el interregno de tiempo ya referido. Resaltó que desde el 30 de mayo de 2004 hasta el 25 de octubre de 2007 si bien no aparecen unos contratos, es como consecuencia de circunstancias ajenas a su voluntad y que por demás dichos contratos debieron aportarse por la demandada.

Igualmente aduce que, en caso de no declararse una única relación laboral, deben establecerse dos contratos de trabajo, donde el segundo de ellos rige por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2007 y el mes de mayo de 2017.

En lo atinente a la Convención Colectiva de Trabajo, contrario a lo decidido por la falladora de instancia, la misma se aportó en forma completa junto con el respectivo sello de depósito, por lo que los beneficios convencionales deben ser reconocidos, de ahí que el incremento salarial decidido se ratifique, pero conforme a la disposición convencional, misma situación que ocurre con el auxilio de transporte.

Asimismo, que el subsidio de alimentación contenido en la Convención debe ser otorgado, junto con la bonificación por firma de la Convención, la protección en el caso de terminación del vínculo laboral, la prima de antigüedad, y las cesantías se deben liquidar con todos los factores indicados en la Convención Colectiva.

Refiere que le debieron ser reconocidos los intereses a las cesantías durante todo el tiempo laborado, el subsidio familiar ya que es una contraprestación a la que no renunció y que compone el Sistema Integral de Seguridad Social. Que en lo que respecta a la sanción por despido sin justa causa de que trata el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

artículo 64 del C.S.T., debió otorgarse como quiera que el despido está acreditado aunado a que existe la figura del plazo presuntivo.

Que lo pagado durante todo el vínculo laboral por concepto de aportes a pensión debe devolverse, en atención a las proporciones porcentuales que se le debieron descontar al empleador en su momento, así como que se cancele la sanción por la falta de pago de los intereses a las cesantías.

Por último, argumentó en su alzada que debe emitirse una certificación para efectos pensionales donde se acredite que ostentó la calidad de trabajadora oficial al servicio de la demandada.

De otra parte, la demandada apeló sosteniendo que la Ley 80 de 1993 en el artículo 83 faculta a la Administración a suscribir contratos de prestación de servicios para ejecutar actividades propias de la misión de la entidad, como era el caso en que se requiriera de conocimientos especializados, cuando en la planta de estructura de cargos no existiera personal que ejecute la actividad a contratar o cuando no pueda realizarse con personal de planta, de ahí que se requiera la contratación como la que se le efectuó a la actora sin que ello incurra en un verdadero contrato de trabajo.

También adujo que existieron distintas interrupciones en la prestación de servicios de la demandante, por lo que se debe entender como una función temporal para la realización de actividades específicas propias de los contratos de prestación de servicios, sumado al hecho que las actividades desarrolladas por la actora no fueron las determinadas por la *a-quo*.

Enunció además que no se puede tener como soporte de la configuración del contrato de trabajo con los dichos de la testigo señora MIRIAM IDALID MOLANO GARCÍA, que por demás fue tachada de sospecha, por lo que en esta instancia deben analizarse tales asertos, y que si bien el cargo de Camillera fue determinado como de trabajadora oficial, lo cierto es que a la luz de la normativa vigente y jurisprudencial, dicho cargo es catalogado como de empleada pública, situación por la que tampoco resulta procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria ordenada teniendo en cuenta



que la contratación se realizó por la necesidad del servicio, no para desfigurar una relación laboral. Igualmente deben desestimarse las acreencias que indicó la Juez tales como el auxilio de transporte, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala por metodología en la resolución del caso que nos ocupa y atendiendo los reproches de los apelantes, determinará en primer lugar si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral, y de ser así, establecer si se configuraron una o varias relaciones de trabajo, sobre qué periodos y qué cargos desempeñados.

En segundo lugar y en caso de establecerse la existencia del contrato de trabajo, se auscultará si conforme a la apelación elevada por la parte demandada en caso de que se determine que la demandante ostentaba el cargo de Camillera, el mismo no debe ser atendido como trabajadora oficial sino como empleada pública.

Igualmente, en caso de prosperar el primer problema jurídico, habrá de establecerse si son o no prósperas las pretensiones elevadas por la demandante, a excepción de las encaminadas a cesantías, la prima legal o semestral y la devolución por retención en la fuente, ya que estas no fueron reprochadas por ninguna de las partes en sus apelaciones.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Teniendo en cuenta la calidad que ostenta la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. debe indicarse que las Empresas Sociales del Estado fueron implementadas por la Ley 100 de 1993 como parte integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que a través de ellas la Nación y las entidades territoriales presten directamente los servicios que correspondan a su naturaleza. En lo que respecta a la naturaleza jurídica el numeral 5º del artículo 195 de la ley 100 de 1993, reza:

“Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

“[...]

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990”.

A su vez, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en cuanto a la organización y prestación de los servicios de salud, señaló la clasificación de los empleos en la estructura administrativa de La Nación, de sus entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, determinando que serían de libre nombramiento y remoción o de carrera y en el párrafo se indicó que: *“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones [...]”.*

Sin embargo, la entidad demandada tiene la facultad de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimiento especial, de conformidad con la Ley 80 de 1993 artículo 32, modificado por el artículo 2º del Decreto Ley 165 de 1997. Esta última normativa previó en su párrafo:

***“PARAGRAFO 1o.** A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar.”*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, en punto de la naturaleza jurídica de la pasiva, debe memorarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria, por vía de excepción, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

También ha precisado que solo es posible catalogar a un servidor público de una Empresa Social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, que su labor está relacionada con el mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la regla general.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia, más exactamente en la sentencia SL1125-2020, Radicación No. 71175 del 20 de abril de 2020, rememora lo dispuesto en incisos anteriores de estas consideraciones e indicó:

“Además, teniendo en cuenta los conceptos fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales», en sentencia CSJ SL18413 -2017, reiterada en CSJ SL1334 -2018, la Corte expresó:

“Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. n.º 22324, explicó lo siguiente:

“«...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

“Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. n.º 36668, respecto al mismo tema señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa. (Las subrayas no son del texto)

“En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

“No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

“Las anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular No 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

“Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

“Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Servicios generales.

“Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las propias del servicio doméstico, entre otras”.

En el presente caso, la *a-quo* encontró demostrado que entre las partes existieron cuatro contratos de trabajo; mediante los dos primeros la demandante desempeñó actividades de servicios generales y en los dos últimos como Camillera.

Así las cosas, entra la Sala a auscultar si en efecto entre las partes se configuró un verdadero contrato de trabajo, y de ser así sobre qué periodos y bajo qué cargos.

A folio 63, obra certificación que suscribiera la Sub Directora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel E.S.E. de calenda 18 de agosto de 2016, en la que se certificó que la demandante suscribió diferentes contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado, desarrollando las actividades de Auxiliar de Servicios Generales, relacionando los contratos desde el 21 de agosto de 2000 hasta el 30 de mayo de 2004.

En folios 65 a 68 obran copias de los contratos de prestación de servicios No. 6-296-2001 y 6-377-2003, por los periodos comprendidos entre el 1º de julio de 2001 y el 31 de agosto de 2001 y entre el 10 de octubre de 2003 y el 31 de diciembre de 2003 respectivamente, que advierten que la demandante tenía como funciones las de *“1. Asear y desinfectar las instalaciones. 2. Realizar toda clase de labores de limpieza en pisos, baños, ventanas, paredes, muebles de cocina, máquinas y equipos sencillos. 3. Recolectar desechos de materiales provenientes de laboratorios, cocina, talleres, jardines y demás dependencias de la institución. 4. Responder por los elementos, instrumentos y equipos entregados para el desempeño de sus actividades”.*

De otra parte, la demandada emitió certificación el 23 de agosto de 2020 (Fl. 64), en la que acredita que la actora desempeñó la actividad de Camillera mediante reiterativos contratos de prestación de servicios desde el 25 de octubre de 2007 hasta el 30 de abril de 2017, actividad que por demás consistía en *“1. Trasladar pacientes de acuerdo a normas preestablecidas por la institución. 2. Entregar muestras al laboratorio clínico y reclamar los resultados.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

3. Reclamar los medicamentos de acuerdo con fórmula expedida por el médico.
4. Llevar registro de traslado de pacientes y demás actividades realizadas”, ello como se desprende de los contratos de prestación de servicios No. 5-710-2008, 5146-2012, 5-144-2011, 659-2012, 0-3693-2014 y 3365-2015 (Fls. 69 a 83), y los demás que obran en Cd a folio 112. Asimismo, a folio 43 aparece el Manual Específico de Funciones – Resolución No. 12 del 20 de enero de 2012, en la que certifica las funciones de Camillero, que contienen las establecidas a la actora en los diferentes contratos de prestación de servicios referidos.

En el transcurrir del trámite procesal, se recibió el testimonio de la señora MIRIAM IDALID MOLANO GARCÍA, quien manifestó que es Auxiliar de Enfermería y en la actualidad se dedica al hogar, así como que no tiene ningún parentesco con la demandante (fue tachada de sospecha por la apoderada de la demandada).

Aseveró que conoció a la demandante cuando llegó a trabajar al Hospital ya que para esa época ella como testigo se encontraba trabajando en Servicios Generales, de ahí que tenga conocimiento que la actora ingresó en el año de 1999 en el turno de la noche. Que fueron compañeras en Servicios Generales aproximadamente tres o cuatro años, posteriormente pasaron a ser Camilleras, donde siempre la actora estuvo en el turno de la noche.

La testigo reseñó que ella ingresó al servicio de la demandada en el año de 1996 y laboró hasta el mes de junio de 2020, y que tiene conocimiento del año de ingreso de la demandante porque eran amigas.

Puntualizó que las funciones de la demandante en Servicios Generales consistían en el arreglo de habitaciones, lavado de la rampa, entre otras, y cuando pasó a ser Camillera, tenía que trasladar los pacientes que le ordenaban los jefes a muestras de radiografía, de laboratorio, entre otras actividades. No tiene conocimiento la forma en que la demandante ingresó al Hospital.

Que en la época en que la demandante pasó a ser Camillera fue con ocasión a que había estudiado y el Hospital brindaba oportunidades de ascenso. Que ella



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como testigo estuvo en Servicios Generales desde 1996 hasta el 2005, mientras que la demandante lo estuvo desde el año de 1999 pero sin recordar la fecha exacta de culminación de esta actividad.

Además, puntualizó que ella como testigo fue Camillera desde el 2009 hasta el año 2011, y para este interregno la actora se desempeñaba como Camillera. Que los jefes de la demandante eran las coordinadoras CARMEN GUALTEROS, LUZMARINA RODRÍGUEZ e IRENE GUERRA, y en el turno de noche tenía otros jefes quienes eran los que le indicaban qué hacer con los pacientes. Expuso que los elementos utilizados por la actora para cumplir las labores de Servicios Generales y de Camillera era el jabón, los guantes, el hipoclorito para hacer las desinfecciones y las camillas.

Relató que a pesar estar contratadas por prestación de servicios debían cumplir horario, comprar uniformes y portar un carné. Que los contratos de prestación de servicios los suscribían de manera mensual, destacando que en caso que alguien las reemplazara en uno de los turnos tenía que efectuarse con permiso de la jefe inmediata y por escrito, turno que con posterioridad tenía que compensarlo a la persona que lo realizara. Recuerda que lo pagado a la demandante era la suma de \$1.000.000 mensuales, así como que había personal de planta quienes también realizaban la labor de Camilleros como lo eran ROSALBA FONSECA, FLOR MÉNDEZ y ALEJANDRO HERRERA.

Indicó que fue Auxiliar de Enfermería en el año 2011, y que la actora era Camillera en Urgencias Pediátricas. Que la actora tenía que cumplir un horario de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., el cual lo establecían las Coordinadoras CARMEN GUALTEROS, LUZMARINA RODRÍGUEZ e IRENE GUERRA de manera mensual cuando colocaban la lista de los correspondientes turnos, mismas Coordinadoras que regulaban a los trabajadores de planta.

Resaltó que la única diferencia entre los trabajadores de planta y la demandante era que los primeros tenían sus prestaciones de ley, situación que no sucedía con los contratistas, y en algunas ocasiones cuando a los Camilleros de planta les daban días compensatorios los contratistas incluida la demandante, debía cubrir los respectivos turnos. Iteró que los contratos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestación de servicios los suscribían cada mes y que debían asumir los aportes a seguridad social.

Que la demandante para poderse ausentar debía previamente pedir permiso a través de la Coordinadora; que la actora trabajaba noche de por medio, tiene conocimiento que la labor de la actora culminó con el Hospital por cuanto que se le comunicó a través de un mensaje de datos que no se iba a suscribir un nuevo contrato. Que en algunas ocasiones llegaba personal nombrado de planta, que la demandante siempre laboró de manera ininterrumpida, siendo enfática que el desarrollo de actividades de la demandante en Servicios Generales era totalmente ajena a la labor de Camillera.

Que cuando la demandante era Camillera hizo cursos de Primeros Auxilios y el de Camillera, de ahí que la hubiesen podido contratar para el desarrollo de tal actividad. Que la actora no tenía actividades como Camillera para realizar canalizaciones o tomar muestras a pacientes, que únicamente prestó servicios en el Hospital de Meissen, y nunca estuvo inmersa en ningún proceso disciplinario.

Aclaró que los Coordinadoras únicamente se encargan del manejo del personal y laboran en horarios diurnos de lunes a viernes, mientras que los Asistenciales son los que están dentro del turno verificando la atención al paciente, dando las órdenes para la administración de los medicamentos y todo lo relacionado. Que después de la fusión que sufrió el Hospital de Meissen a la Zona Integral de Servicios de Salud Sur la actora siguió prestando sus servicios en el mismo Hospital.

Por otra parte, se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante, quien es soltera, tiene dos hijos, estudió hasta noveno de bachillerato y con posterioridad realizó el curso de Camillera en la Cruz Roja, así como que en la actualidad se encuentra desempleada.

Indicó que prestó sus servicios para el Hospital de Meissen II Nivel, y después para la Sub Red de Servicios de Salud desde el año 2017. Que era Camillera – traslado de pacientes a diferentes servicios, entrega de interconsulta,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

radicación de remisiones. Resaltó que realizó curso de Primeros Auxilios y Respiración Cardio Pulmonar en la Cruz Roja.

Que siempre estuvo atada a las órdenes de los jefes quienes eran los Coordinadores y las Jefes de Enfermería como lo eran CARMEN GUALTEROS, ALEXANDRA CORREDOR, LUZ MARINA VARGAS, ALEXANDRA ROZO y MYRIAM FERNANDEZ, entre otros, personas todas que en algunas ocasiones fungían como Jefes y otras como Coordinadores, los cuales le indicaban qué actividades debía realizar y cómo las debía efectuar.

Expuso que nunca elevó alguna reclamación a la encartada de la forma en que se le venía contratando, no prestó servicios a otra entidad, su horario era de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., nunca tuvo interrupción durante el tiempo que desempeñó sus funciones, y para solicitar un permiso debía solicitarlo previamente a sus superiores y pagarle a algún compañero para que cubriera dicho turno. Dejó asentado que la demandada siempre le canceló lo que le correspondía, y que no laboró más por cuanto le informaron que no trabajaría más.

Que presentaba informe mensual sobre las labores y turnos efectuados durante el mes, pues de no presentarlos era informada al área de Coordinación, y nunca tuvo conocimiento del por qué la entidad suscribía contratos de máximo dos meses, indicando que ingresó en el mes de octubre de 1999, inicialmente en Servicios Generales y cuando hizo el curso en el año 2004 la designaron como Camillera, hasta la fecha que no la contrataron más.

Que siempre se le hicieron contratos los cuales firmó, que sus compañeros de trabajo eran WILLIAM QUIROGA, ROSALBA FONSECA quien era de planta y FLOR MÉNDEZ, aclarando que los trabajadores de planta realizaban las mismas funciones a las personas que se les contrataba por prestación de servicios, en algunas ocasiones reemplazaba a los Camilleros de planta.

Una vez determinado lo anterior, es palmario que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, lo que da lugar a activar la presunción de existencia del contrato contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y si bien por pasiva se aduce la existencia de una relación atada a los contratos de prestación de servicios y la ausencia de los elementos propios de una relación laboral, lo cierto es que acreditada la prestación personal del servicio, le incumbía a la parte convocada a juicio derruir la presunción legal de existencia del vínculo laboral, carga probatoria que no cumplió, a *contrario sensu*, del testimonio vertido por la señora MIRIAM IDALID MOLANO GARCÍA se dio cuenta de la ejecución de las labores a cargo de la demandante tanto en Servicios Generales como en la Actividad de Camillera, bajo una continua subordinación, evidenciada en el cumplimiento de órdenes y los horarios implementados por la pasiva.

En este punto, resalta la Sala que, si bien el testimonio de la señora MIRIAM IDALID MOLANO GARCÍA fue tachado de sospechoso por la encartada, sus dichos gozan de plena credibilidad pues es evidente que al haber sido compañera de trabajo de la demandante tenga conocimiento de las actividades desempeñadas. Por tanto, dimanando de lo aludido, la incuestionable existencia de una relación laboral entre las partes, dentro de la cual la actora desarrolló las funciones propias de una trabajadora oficial en los cargos de Servicios Generales y Camillera, respectivamente.

Se destaca además que contrario a la tesis aludida por la demandada en el sentido de indicar que el cargo de Camillera desempeñado por la demandante no se cataloga como de trabajadora oficial, su argumento no es de recibo conforme lo expuso la Sala de Casación Laboral en la sentencia anteriormente referida, ya que la labor de Camillera implica el traslado de pacientes y laboratorios, de ahí que se concluya la calidad de trabajadora oficial y por consiguiente, esta Jurisdicción goza de plena competencia para el conocimiento del presente asunto.

De los extremos temporales del contrato de trabajo y los cargos desempeñados.

Uno de los puntos de inconformidad de la parte demandante, es que la *a-quo* debió declarar la existencia de una única relación laboral o en su defecto declarar dos contratos de trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se recuerda que la decisión de la falladora de instancia fue declarar cuatro contratos de trabajo de la siguiente manera:

- 1) Desde el 21 de julio de 2000 hasta el 31 de enero de 2001 en el cargo de Servicios Generales.
- 2) Desde el 16 de febrero de 2001 hasta el 30 de mayo de 2004 en el cargo de Servicios Generales.
- 3) Desde el 25 de octubre de 2007 hasta el 31 de mayo de 2013 en el cargo de Camillera.
- 4) Desde el 2 de julio de 2013 hasta el 30 de abril de 2017 en el cargo de Camillera.

Como ya se dijo, obra a folio 63 certificación del 18 de mayo de mayo de 2006, suscrita por la Subdirectora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel E.S.E. en la que se acreditó que la demandante suscribió reiterativos contratos de arrendamiento de prestación de servicios en el área de Servicios Generales por los siguientes periodos:

DESDE	HASTA	CARGO	SALARIO
21/07/2000	31/07/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 172.333
1/08/2000	30/09/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 940.000
01/10/2000	31/10/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
1/11/2000	20/11/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 313.333
21/11/2000	31/12/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 626.667
1/01/2001	31/01/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
16/02/2001	30/04/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.175.000
1/05/2001	30/06/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 940.000
1/07/2001	31/08/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 940.000
1/09/2001	30/09/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
1/10/2001	31/10/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
1/11/2001	15/12/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
16/12/2001	2/01/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 313.000
3/01/2002	28/02/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.096.667
1/03/2002	30/04/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 940.000
1/05/2002	31/08/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.880.000
1/09/2002	7/10/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
8/10/2002	30/12/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 955.666
2/01/2003	31/03/2003	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.629.333
1/04/2003	30/06/2003	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.410.000
1/07/2003	30/09/2003	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.175.000
10/10/2003	2/01/2004	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.175.000
2/01/2004	31/03/2004	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.840.000
1/04/2004	30/05/2004	SERVICIOS GENERALES	\$ 535.000

Por otro lado, a folio 64 reposa certificación emitida el 23 de agosto de 2017 por la Dirección de Contratación de la demandada, que acredita que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante tuvo reiterativos contratos de prestación de servicios en la labor de Camillera de la siguiente manera:

DESDE	HASTA	CARGO
25/10/2007	2/01/2008	CAMILLERA
3/01/2008	31/03/2008	CAMILLERA
1/04/2008	30/06/2008	CAMILLERA
1/07/2008	1/01/2009	CAMILLERA
2/01/2009	30/03/2009	CAMILLERA
1/04/2009	3/01/2010	CAMILLERA
4/01/2010	3/01/2011	CAMILLERA
4/01/2011	31/03/2011	CAMILLERA
1/04/2011	30/06/2011	CAMILLERA
1/07/2011	15/12/2011	CAMILLERA
4/01/2012	30/04/2012	CAMILLERA
1/05/2012	8/08/2012	CAMILLERA
13/08/2012	31/10/2012	CAMILLERA
1/11/2012	10/12/2012	CAMILLERA
11/12/2012	1/01/2013	CAMILLERA
2/01/2013	31/01/2013	CAMILLERA
1/02/2013	30/04/2013	CAMILLERA
1/05/2013	31/05/2013	CAMILLERA
2/07/2013	29/07/2013	CAMILLERA
30/07/2013	2/09/2013	CAMILLERA
3/09/2013	1/01/2014	CAMILLERA
4/01/2014	31/01/2014	CAMILLERA
1/02/2014	30/04/2014	CAMILLERA
1/05/2014	30/07/2014	CAMILLERA
1/08/2014	31/08/2014	CAMILLERA
1/09/2014	19/09/2014	CAMILLERA
1/10/2014	21/11/2014	CAMILLERA
1/12/2014	1/01/2015	CAMILLERA
2/01/2015	31/01/2015	CAMILLERA
1/02/2015	28/02/2015	CAMILLERA
1/03/2015	30/09/2015	CAMILLERA
1/10/2015	3/01/2016	CAMILLERA
4/01/2016	31/08/2016	CAMILLERA
1/09/2016	7/01/2017	CAMILLERA
8/01/2017	30/04/2017	CAMILLERA

Así las cosas, la Sala concluye en primer lugar que, con relación al cargo desempeñado por la demandante de Servicios Generales, el mismo lo desarrolló por el periodo comprendido entre el 21 de enero de 2000 y el 30 de mayo de 2004. Ahora, contrario a lo decidido por la *a-quo*, si bien sobre este interregno se verificó una interrupción de 15 días comprendido entre el 1º y el 15 de febrero de 2001, esto no puede ser factor para la ruptura de la unidad contractual, ya que como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes jurisprudencias, como lo son la SL347-2021, Radicación No. 76243 del 1 de febrero de 2021, SL149-2021, Radicación No. 78083 del 25 de enero de 2021, SL095-2021, Radicación No. 74219 del 20 de enero de 2021, entre la celebración de uno y otro contrato pueden presentarse interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes.

Es por ello que, al presentarse una interrupción de tan solo quince días, la Sala habrá de declarar que entre las partes se presentó un primer contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2000 y el 30 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mayo de 2004, en virtud del cual la actora se desempeñó en el cargo de Servicios Generales.

En lo que respecta a los contratos de trabajo determinados por los periodos comprendidos entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de mayo de 2013, y entre el 2 de julio de 2013 y el 30 de abril de 2017, esta declaración contractual se mantendrá incólume, como quiera que entre el 1 de junio y el 1 de julio de 2013 se presentó un lapso superior a 30 días conforme el criterio jurisprudencial, de ahí que no se pueda entender por el tiempo referido un único contrato de trabajo sin solución de continuidad.

Si bien aludió el apelante que dentro del proceso se encontró debidamente acreditado la existencia de una única relación laboral en el cargo de Servicios Generales desde el año de 1999 hasta el año 2007, sus dichos se contradicen con la realidad procesal, toda vez que no obra prueba de vínculo alguno para el año 1999, y 2004 a 2007, pues a pesar que la testigo MIRIAM IDALID MOLANO GARCÍA expuso que la demandante trabajó de forma permanente, no tuvo conocimiento de la fecha precisa en que la actora dejó de prestar la labor de Servicios Generales.

Tampoco resulta de asidero el hecho que debía ser la demandada quien acreditara los supuestos contratos de prestación de servicios, pues atendiendo la carga de la prueba, era la demandante la que debió probar sus dichos.

En resumidas cuentas, la Sala tendrá por probado que entre las partes se presentaron tres contratos de trabajo de la siguiente manera:

- 1)** Por el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2000 y el 30 de mayo de 2004, donde la actora desempeñó el cargo de Servicios Generales.
- 2)** Por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de mayo de 2013 donde la demandante desempeñó el cargo de Camillera.
- 3)** Por el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2013 y el 30 de abril de 2017, donde la demandante desempeñó el cargo de Camillera.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente debe acotarse que, si bien se aducía la existencia de un solo contrato de trabajo, y se declara la existencia de varias vinculaciones, no es dable en ese especial evento adentrarse solo al estudio del último contrato, en tanto en primera instancia se declaró la existencia de varios contratos, sin que se adujera en la alzada que solo el último debe ser objeto de pronunciamiento en esta instancia.

Del salario:

Frente al tema de salarios, este se mantendrá incólume al decidido por la falladora de instancia tanto en el cargo de Servicios Generales como en el de Camillera, ya que no fueron refutados por ninguna de las partes, los cuales son los siguientes:

_ Para el contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2000 y el 30 de mayo de 2004, donde la actora desempeñó el cargo de Servicios Generales:

DESDE	HASTA	CARGO	SALARIO
21/07/2000	31/07/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 172.333
1/08/2000	30/09/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 940.000
01/10/2000	31/10/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
1/11/2000	20/11/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 313.333
21/11/2000	31/12/2000	SERVICIOS GENERALES	\$ 626.667
1/01/2001	31/01/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
16/02/2001	30/04/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.175.000
1/05/2001	30/06/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 940.000
1/07/2001	31/08/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 940.000
1/09/2001	30/09/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
1/10/2001	31/10/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
1/11/2001	15/12/2001	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
16/12/2001	2/01/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 313.000
3/01/2002	28/02/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.096.667
1/03/2002	30/04/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 940.000
1/05/2002	31/08/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.880.000
1/09/2002	7/10/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 470.000
8/10/2002	30/12/2002	SERVICIOS GENERALES	\$ 955.666
2/01/2003	31/03/2003	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.629.333
1/04/2003	30/06/2003	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.410.000
1/07/2003	30/09/2003	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.175.000
10/10/2003	2/01/2004	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.175.000
2/01/2004	31/03/2004	SERVICIOS GENERALES	\$ 1.840.000
1/04/2004	30/05/2004	SERVICIOS GENERALES	\$ 535.000

_ Para los contratos de trabajo entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de mayo de 2013, y entre el 2 de julio de 2013 y el 30 de abril de 2017 donde la demandante desempeñó el cargo de Camillera:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AÑO	VALOR
2007	\$ 839.116
2008	\$ 897.009
2009	\$ 969.495
2010	\$ 1.004.785
2011	\$ 1.045.394
2012	\$ 1.113.345
2013	\$ 1.163.738
2014	\$ 1.216.033
2015	\$ 1.278.858
2016	\$ 1.418.892
2017	\$ 1.418.892

De la excepción de prescripción.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con el artículo 151 de la C.P.T y de la S.S., se declarará la prescripción frente al contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2000 y el 30 de mayo de 2004 en el que la demandante se desempeñó en el cargo de Servicios Generales, por cuanto la reclamación administrativa se elevó el 15 de febrero de 2017 (Fls. 30 a 35), presentándose la demanda el 17 de agosto de 2017 (Fl. 60), por lo que es palmaria la operancia del término trienal de prescripción.

A pesar de lo anterior, no existirá prescripción de dicho contrato respecto del pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ya que estos son de carácter imprescriptible.

Misma situación sucede frente al segundo contrato de trabajo, esto es, el determinado por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de mayo de 2013, ya que es evidente que excedió el término trienal de prescripción conforme se argumentó en precedencia. A pesar de ello, tampoco existirá prescripción de los aportes pensionales.

Frente al tercero contrato comprendido entre el 2 de julio de 2013 y el 30 de abril de 2017, la excepción de prescripción habrá de declararse probada de manera parcial, respecto de las pretensiones causadas con anterioridad al 15 de febrero de 2014, a excepción de las cesantías y aportes al Sistema General de Seguridad Social, pues no gozan del fenómeno prescriptivo.

De la diferencia salarial:



Este punto tampoco fue refutado por ninguna de las partes en lo que concierne a la diferencia salarial en los diferentes años, de ahí que precise la Sala que en lo atinente a los salarios devengados por la demandante cuando realizó la labor de Servicios Generales se mantendrá incólume ya que como lo esbozó la *a-quo*, los salarios anteriormente descritos fueron los realmente devengados por la actora como quiera que no se probaron valores superiores.

No sucede lo mismo frente a los salarios devengados en el cargo de Camillera con los que realmente debía percibir, y que la falladora de instancia los decidió de la siguiente manera, iterando que no existió reparo alguno por ninguna de las partes:

AÑO	VALOR ASIGNADO AL CAMILLERO DE PLANTA	VALOR RECIBIDO POR LA DEMANDANTE	DIFERENCIA	TOTAL
2014	\$ 1.216.033	\$ 962.435	\$ 253.598	\$ 2.916.377
2015	\$ 1.278.858	\$ 1.014.308	\$ 264.550	\$ 3.174.600
2016	\$ 1.418.892	\$ 1.129.950	\$ 288.942	\$ 3.467.304
2017	\$ 1.418.892	\$ 1.130.000	\$ 288.942	\$ 1.155.788
TOTAL				\$ 10.714.049

Del pago de los emolumentos convencionales pretendidos por la parte demandante:

La *a-quo* los negó bajo el entendido que la Convención Colectiva de los años 2007-2011 que obra en el CD a folio 116, y la que reposa en copia física a folios 50 a 56 aparece completa, de ahí que no hubiese entrado al estudio convencional.

Confrontado el material probatorio, resulta ilógico el argumento de la falladora de instancia, pues la Convención Colectiva de Trabajo 2007-2011 aparece allegada en su totalidad junto con la copia del respectivo depósito judicial, situación por la que se adentrará al estudio de los derechos convencionales perseguidos.

En este punto, vale la pena recordar que el apelante en su alzada argumenta que las pretensiones de carácter convencional a aplicar son 1) El incremento salarial, 2) Auxilio de Transporte, 3) Subsidio de alimentación, 4) Bonificación por prima de Convención, 5) Protección en caso del vínculo laboral y 6) Liquidación de cesantías.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se puntualiza que el incremento salarial con base en la Convención Colectiva de Trabajo no fue solicitado dentro del *petitum*, ya que lo único que solicitó fueron las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta y las que se le pagaron en virtud de los contratos de prestación de servicios, sumas que como ya se expuso, la falladora de primer grado las determinó en valor de \$10.714.049.

La bonificación por prima de convención tampoco la solicitó la actora con las pretensiones de la demanda, situación idéntica que ocurrió con el pago de protección en caso de terminación del vínculo laboral, por lo que no puede pretender la parte demandante adicionar pretensiones que no fueron estimadas al momento de la presentación de la demanda.

Misma situación sucede con la liquidación de cesantías, ya que la pretensión solicitada por el demandante se encaminó a que se cancelara durante todo el tiempo de prestación de servicios asignada al cargo de Camillera, sin que nada se soportara de la Convención.

Es por esto, que en tratándose de la aplicabilidad convencional, la Sala únicamente estudiará lo atinente al 1) Auxilio de transporte y 2) Subsidio de alimentación.

Auxilio de Transporte y de Alimentación:

Aunque se hace alusión a los mismos, en los artículos 2º y 3º de la Convención Colectiva de Trabajo, basta indicar que resulta imposible fulminar condena por cualquiera de estos conceptos, en tanto para ambos derechos lo que establece la norma convencional es un incremento del 7% para el 2007 respecto de los niveles acordados por las partes e igualmente procede a determinar los montos en que se incrementarían para los años 2008 a 2011.

Implica lo antes enunciado que, para poder acceder a dicho *petitum*, se requería probar el monto de los niveles acordados por las partes para el año 2007 respecto de dichos emolumentos, los cuales sea del paso precisar, no fueron acreditados en el presente juicio. Aunado a lo anterior, lo cierto es que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la norma convencional se establece, frente a anualidades disimiles a las que comportan los extremos temporales de la relación laboral que hoy nos ocupa. Supuestos que redundan en la inminente absolucióndel auxilio de transporte ordenado en primer grado.

Prima de antigüedad:

Anhela la promotora el reconocimiento y pago de la Prima de Antigüedad. Esta acreencia conforme lo dispuso la *a-quo*, no constituye una prestación social para los trabajadores oficiales de las Empresas Sociales del Estado, sino únicamente para los oficiales del sector Nacional conforme lo regula el Decreto 1045 de 1978. Asimismo, tal rubro no lo regula la Ley 6ª de 1945, por lo que se confirmará la absolucióndel por este concepto, máxime si se tiene en cuenta que la Convención Colectiva de Trabajo no lo contempla.

Prima de vacaciones:

Si bien el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 consagra esta prestación, no le es aplicable a los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado, pues su campo aplicación determinado en el artículo 2º se contrae a los empleados y trabajadores oficiales del orden nacional, como según lo refiere la misma norma la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales.

Luego, se cae de su peso que la presente prestación, pueda ser concedida a la hoy demandante, sumado a que en nada se estableció en la Convención su procedencia, por lo que la decisión de primer grado se revocará sobre este aspecto.

Prima de navidad:

El Decreto 1045 de 1978, está dirigido de forma exclusiva a empleados públicos y trabajadores oficiales del Sector Nacional, por tanto, no resultaría aplicable al *sub-examine* por tratarse de trabajadores oficiales del distrito.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

No obstante, no existe ningún impedimento de orden legal que prohíba fulminar condena de dicha prestación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1978 que dispone:

“Artículo 11. Prima de navidad. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tendrán derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.”

Por tal razón, sería del caso entrar a efectuar los correspondientes cálculos matemáticos, sino fuese porque como ya se enunció, no existió objeto de reproche el valor determinado para los salarios de los correspondientes años, aunado a que no se refutó el monto impuesto y la prescripción parcial fue estudiada en debida forma, por lo que la sentencia impuesta por este concepto en primera instancia habrá de confirmarse.

Compensación en dinero de las vacaciones:

Este tópico debe analizarse en los términos del literal e) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, de ahí que se destaque que el término de prescripción se aplica transcurridos 3 años contados a partir del año conferido para su causación, esto es, un total de 4 años, por manera que la condena se confirmará conforme a lo decidido por la *a-quo* ya que el término prescriptivo se encuentra ajustado a derecho y el valor de su pago no fue refutado por ninguna de las partes.

Aportes a Seguridad Social Integral y Devolución de Aportes

Este punto solicita el actor la devolución de los aportes que canceló por concepto de aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales; no obstante, dicho pedimento carece de vocación de prosperidad absoluta, en tanto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3009-2017, Radicación No. 47044 del 15 de febrero de 2017, manifestó:

“En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

“Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica”.

No obstante, lo precedente y dado que en el escrito introductorio igualmente se solicitó la afiliación y consecuente pago de los aportes a seguridad social, es patente indicar que con cargo a las obligaciones previstas por la Ley 100 de 1993 a cargo del empleador, este si debe asumir por lo menos el reconocimiento y pago de los aportes a Pensiones, por todo el periodo laborado, por manera que se condenara a la pasiva a afiliarse al demandante a la Administradora de Pensiones que este escoja y realizar el pago de los aportes dejados de cancelar durante la vigencia de toda la relación laboral, teniendo en cuenta los salarios probados en la presente litis, como quiera que dada la naturaleza de los mismos, esta obligación no se ve afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción por ser imprescriptible, como bien se explica en la sentencia SL 807, Radicación No. 39010 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre de 2013, al resolver el recurso extraordinario de casación en un caso de similares connotaciones, en donde se concluyó que la devolución del porcentaje de cotización al trabajador que le correspondía efectuar al empleador no se afecta por el fenómeno de la prescripción:

“...Por tanto, se fulminará condena en contra del Instituto en el valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concierne como empleador, es decir, el 75% con arreglo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, equivalente a la suma de \$847.872,00, durante el tiempo que le prestó servicios y que fueron probadas, por cuanto esta obligación por ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*atinente a derechos pensionales, **no está afectada por el fenómeno de la prescripción...*** (Negrillas fuera de texto)

Con todo no sucede lo mismo respecto a los aportes a seguridad social en salud y riesgos profesionales, dado que a través de su pago se pretende obtener la cobertura durante los periodos laborados y, por tanto, tan solo procedería de ser el caso el pago de los perjuicios que acredite el empleado se generaron por la falta de afiliación. Así lo explicó la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, entre otras en sentencia SL-3009 del 2017, al explicar:

“-Salud y riesgos laborales. En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.”

Así las cosas, como lo sostuvo el *a-quo*, la demandante en lo que respecta a los pagos por conceptos de aportes a salud, riesgos laborales y caja de compensación, no demostró la ocurrencia de un perjuicio o que hubiese tenido que sufragar de su peculio, por lo que se confirmará por este aspecto, misma confirmación que se efectuará respecto de los aportes pensionales, toda vez que no puede pretender la actora la devolución de estos aportes a su patrimonio asentando los parámetros expuestos por el Órgano de cierre.

También se deja de presente que como como lo sostuvo el Juzgado, el interregno comprendido entre el 21 de julio de 2000 y el 30 de mayo de 2004 en el cargo de Servicios Generales, no hay lugar a fulminar condena en tanto no se probó que la demandante hubiera realizado aportes por sumas inferiores a las que había pactado con la pasiva, como tampoco que el cargo de Servicios generales recibiera una remuneración superior a la que se le pagaba en su entonces, por lo que se confirmará este aspecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, al encontrarse tasados en legal orden los salarios que percibió la actora con los realmente devengados para todos los años contractuales en los que desempeñó el cargo de Camillera, y al ordenarse que en los correspondientes periodos deberán efectuarse los aportes junto con los intereses respectivos, lo decidido por las sumas calculadas se mantendrá incólume.

Sanción por despido sin justa causa

Frente al particular, basta indicar que cuando quiera que al trabajador reclame el pago de la indemnización por despido injusto, le corresponde acreditar si quiera el hecho del despido y al empleador la justa causa invocada en el mismo, de ser el caso. Carga probatoria con la cual, no cumplió el demandante en la medida en que dentro del presente proceso no se allegó ningún medio probatorio que diera cuenta del hecho del despido, más allá que de la prueba testimonial y el interrogatorio de parte de la demandante, lo único que se expuso fue que se le comunicó vía Whatsapp el despido a la actora, sin que se encuentre acreditado lo de su cargo, lo que conduce a que la absolución por esta sanción se confirme.

Indemnización moratoria de que trata el artículo 1º de la Ley 797 de 1949.

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

En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales acorde a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949, pues de lo contrario se haría acreedora al pago de la misma a partir del día 91, y hasta tanto solucione lo adeudado por concepto de salarios, prestaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sociales e indemnizaciones, tal como se precisó en sentencia SL 2764 de 1017 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En el presente caso, la Sala considera que no existieron razones atendibles para que la entidad hubiera desconocido la naturaleza de la relación laboral, por lo que su renuencia a reconocer la verdadera naturaleza contractual subordinada es indicativa de la mala fe en su actuar que justifican la imposición de esta condena.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de octubre de 2016, radicación 47870, señaló en un caso similar al presente que: *“los contratos aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento reiterado del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole”*.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que en reciente pronunciamiento realizado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL-981 del 2019, se precisó que los 90 días con los que cuenta la entidad son calendario y no hábiles, por lo que dicha indemnización procede desde el 30 de julio de 2017 hasta la data en que se cancele de forma absoluta el valor de las prestaciones sociales adeudadas, por un valor igual a un día de salario por cada día de retardo, precisando que atendiendo a que el último salario percibido por el actor ascendió a la suma de \$1.418.892, la pasiva deberá cancelar por cada día de retardo la suma de \$47.296.4.

A pesar de lo anterior, la sentencia de primera instancia se mantendrá incólume sobre la fecha en que se reconoció, como quiera que la allí calculada fue a partir del 11 de septiembre de 2017, por lo que al no haber sido apelado tal aspecto por la parte demandante no hay lugar a modificación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Intereses de Cesantías y la Sanción por su falta de pago.

Peticiona la actora el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, así como la sanción moratoria por la falta de pago prevista en la ley 52 de 1975 su Decreto reglamentario 116 de 1976 y la ley 50 de 1990.

No obstante, ninguna de las normas aludidas contempla el pago de los intereses a las cesantías a favor de trabajadores oficiales, por cuanto del Decreto 3118 de 1968 lo único que establece en la forma de calcular los intereses en tratándose de trabajadores afiliados al FNA y la Ley 432 de 1998, contempla la reorganización de la misma entidad, por lo que se confirmará la absolució n en este aspecto.

En lo que respecta al pago por concepto de la sanción por la no consignación de las cesantías, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente SENTENCIA SL582-2021, Radicación No. 83289 del 10 de febrero de 2021, cambió su criterio en cuanto a la procedencia de esta sanción para los trabajadores oficiales. Al respecto señaló:

“La sanción del numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

“Estimó el Tribunal que la sanción por no consignación de las cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cobija a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales; por el contrario, considera la censura que la sanción para los trabajadores oficiales del nivel territorial la establece el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.

“En tal sentido, resulta pertinente observar que el artículo 13º de la Ley 344 de 1996 estableció el régimen de liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen con el Estado; por su parte el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 estableció que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial, sería el establecido por los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.

“Por tanto, los servidores públicos del nivel territorial, vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que se afilien a los fondos privados de cesantías en virtud del Decreto 1582 de 1998, quedan sometidos al régimen de liquidación y pago de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990, del cual hace parte integral la sanción moratoria establecida por la no consignación de las cesantías.

“En efecto, la citada disposición previó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“ARTÍCULO 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

“De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que es procedente la sanción deprecada, la que no es acumulable sino sucesiva por causarse día a día hasta la expiración de la relación laboral, verificándose que corrieron algunos días para cada demandante que no estarían afectados del fenómeno prescriptivo, en los meses de agosto o septiembre de 2006 y hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Así las cosas, como quiera que los contratos de trabajo declarados entre la demandante y la encartada sucedieron a partir del 21 de julio de 2000, es palmario para la Sala la prosperidad de esta condena en este asunto, máxime si se tiene en cuenta que como ya se analizó, no existieron razones atendibles que revistieran a la encartada de buena fe para que el extremo pasivo hubiese desconocido la existencia de una verdadera relación laboral en ocultamiento de la celebración de distintos contratos de prestación de servicios.

En tal sentido, procede la Sala a determinar la cuantía de condena respecto de esta pretensión, dejando de presente que la misma opera sobre el último contrato de trabajo declarado, esto es, el comprendido entre el 2 de julio de 2013 y el 30 de abril de 2017.

Así mismo, como ya se dijo, sobre este vínculo contractual operó el fenómeno prescriptivo de manera parcial con anterioridad al 15 de febrero de 2014, toda vez que la reclamación administrativa fue presentada el 15 de febrero de 2017 (Fl. 305), dejándose de presente que el salario determinado para el año 2013 fue de \$1.163.738, 2014 \$2.916.377, 2015 \$3.174.600, 2016 \$3.467.304 y 2017 \$1.155.788; circunstancia por la cual, en lo que respecta al pago por esta sanción se accederá a los mismos para los años 2013, 2014, 2015 y 2016.

Por ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la pasiva deberá cancelar a razón de un día de salario por cada día de retardo la sanción para los correspondientes años de la siguiente manera:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

_ Para el año 2013, opera por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2014 y el 15 de febrero de 2015, y en razón a que el salario del año 2013 ascendió a la suma de \$1.163.738, la condena por esta anualidad asciende a la suma de \$13.967.856.

_ Para el año 2014, opera por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2015 y el 15 de febrero de 2016, y en razón a que el salario del año 2014 ascendió a la suma de \$2.916.377, la condena para esta anualidad asciende a la suma de \$34.996.524.

_ Para el año 2015, opera por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2016 y el 15 de febrero de 2017, y en razón a que el salario del año 2015 ascendió a la suma de \$3.174.600, la condena para esta anualidad asciende a la suma de \$38.095.200.

_ Para el año 2016, opera por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2017 y el 30 de abril del mismo año, última calenda en que finalizó la relación laboral, y en razón a que el salario del año 2016 ascendió a la suma de \$3.467.304, la condena \$8.552.683.

No procede la condena respecto de la sanción para el año 2017 como quiera que el finiquito de la relación laboral sucedió el 30 de abril de esa anualidad, tópico por lo que las cesantías en ese año debieron ser pagadas directamente a la trabajadora.

Por las razones anotadas, la demandada deberá cancelar un total de \$95.612.263, conllevando a su vez a que la sentencia de primer grado sea revocada por este aspecto.

Certificado Laboral

Peticiona el extremo actor que la demandada sea condenada a expedir una certificación laboral para efectos pensionales. Sobre este punto, basta indicar que no existe ninguna previsión normativa que contemple como requisito para acceder al derecho pensional, la expedición de una certificación laboral, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tratándose de tiempos laborados con posterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993, así pues, no existe soporte normativo alguno que imponga a la pasiva la obligación de expedir una certificación laboral para fines pensionales en los términos rogados por el actor.

Siendo del caso aclarar que la única obligación en materia pensional que recae sobre la pasiva consiste en el reconocimiento y pago de los aportes a pensión, conforme lo dispuesto en la ley 100 de 1993, obligación frente a la cual se fulminó la condena respectiva.

De cara a lo indicado, resulta inane ordenar a la pasiva que expida la certificación laboral anhelada en los términos requeridos por el actor.

Finalmente, se debe referir que atendiendo a los resultados del presente juicio la Sala se releva del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en el sentido de declarar que entre las partes existieron tres contratos de trabajo de la siguiente manera:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

- 1) Por el periodo comprendido entre el 21 de julio de julio de 2000 y el 30 de mayo de 2004, donde la actora desempeñó el cargo de Servicios Generales.
- 2) Por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2007 y el 31 de mayo de 2013 donde la demandante desempeñó el cargo de Camillera.
- 3) Por el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2013 y el 30 de abril de 2017, donde la demandante desempeñó el cargo de Camillera.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente los literales b) y e) del numeral TERCERO la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, de la siguiente manera:

_ **b) ABSOLVER** a la demandada al pago de Auxilio de Transporte.

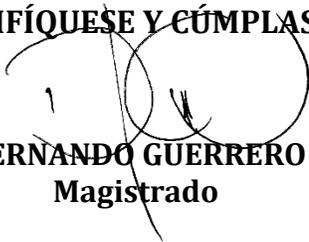
_ **e) ABSOLVER** a la demandada al pago de Prima de Vacaciones.

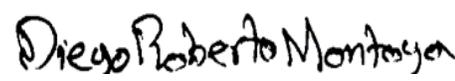
TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral SEXTO de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada al reconocimiento y pago de la sanción por la no consignación de las cesantías para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 en la suma de \$95.612.263, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

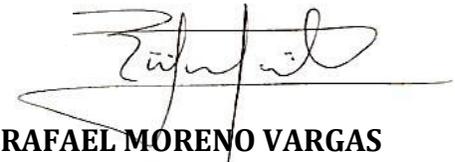
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 31 2020 00238 01
Demandante: INGRID MARCELA OROZCO BELTRÁN
Demandado: VRS SEGURIDAD PRIVADA LTDA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora INGRID MARCELA OROZCO BELTRÁN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de VRS SEGURIDAD PRIVADA LTDA. con la finalidad que se declare que con la encartada existió un contrato de trabajo a término fijo que inició el 1º de febrero de 2018, el cual se prorrogó hasta el 1º de febrero de 2021, no obstante, el vínculo finalizó de manera unilateral y sin justa causa por la demandada el 14 de abril de 2020.

Igualmente, se declare que el denominado auxilio de vivienda constituía salario, que el empleador incumplió con su obligación de cancelar las vacaciones disfrutadas entre el 25 de marzo y el 13 de abril de 2020, así como el día de salario después de reintegrarse de vacaciones el 14 de abril de 2020, ni los días comprendidos entre el 1º y el 24 de marzo de 2020, y la suma de



\$403.336 por concepto de salario correspondiente al mes de febrero del mismo año.

Que se incumplió con la obligación de consignar las cesantías del año 2019 al correspondiente fondo, no le canceló las cesantías comprendidas entre el 1º de enero y el 14 de abril de 2020 ni intereses a las cesantías por el mismo periodo, y no le canceló la prima de servicios comprendida entre el 1º de enero y el 14 de abril de 2020.

Por consiguiente, se condene a la pasiva a la sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 64 del C.S.T., al pago de los salarios dejados de percibir, vacaciones, aportes al Sistema Integral de Seguridad, cesantías e intereses a las mismas, sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., y la respectiva indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que el 1º de febrero de 2018, suscribió un contrato de trabajo con la demandada a término fijo a fin de desempeñar el cargo de Auxiliar Contable, pactándose una retribución salarial mensual de \$849.453.

Que en el numeral tercero de la cláusula cuarta del contrato de trabajo se estableció que no constituiría salario el auxilio de vivienda, sumado a que el mismo 1º de febrero de 2018, suscribieron un documento denominado "*Pago por mera liberalidad para vivienda*", donde se determinó que la demandada le cancelaría \$62.499 por concepto de "*Auxilio extra legal para vivienda*".

Seguidamente, relató que mediante Otrosí al contrato de trabajo y que se suscribiera el 1º de enero de 2019, el denominado Auxilio de Vivienda se incrementó a la suma de \$341.102, sin que a pesar de haber sido un pago permanente se le hubiese catalogado como factor salarial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que la duración pactada en el contrato de trabajo fue de un año comprendida entre el 1º de febrero de 2018 y el 1º de febrero de 2019, y en atención a que ninguna de las partes dio aviso de culminarlo, el mismo se renovó automáticamente desde el 1º de febrero de 2019 hasta el 1º de febrero de 2020, y desde el 1º de febrero de 2020 hasta el 1º de febrero de 2021, pero a pesar de esto, la encartada le comunicó el 14 de abril de 2020 su decisión de dar por culminado el vínculo contractual, aduciendo como causal el vencimiento del plazo pactado.

Sostuvo que a pesar de que VRS SEGURIDAD PRIVADA LTDA. le hizo firmar un documento referente a la liquidación definitiva de prestaciones sociales, no canceló lo de su cargo.

Por último, relató que estuvo en periodo de vacaciones desde el 25 de marzo hasta el 13 de abril de 2020 sin que hubiesen sido pagadas, como tampoco las demás acreencias laborales que persigue con el *petitum*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

A pesar de haberse notificado la demandada a VRS SEGURIDAD PRIVADA LTDA., no operó la *litis contestatio*, por lo que la misma se tuvo por no contestada mediante proveído del 2 de octubre de 2020.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de febrero de 2021, declaró entre las partes la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2018 y el 14 de abril de 2020, por lo que condenó a la demandada al reconocimiento y pago de \$8.368.388 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y \$1.755.606 por sanción por la no consignación de las cesantías del año 2019.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que la parte demandante solicitó en los alegatos de conclusión que por el hecho que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pasiva no hubiese contestado la demanda, tal aspecto debía ser tenido como un indicio grave y además presumirse como ciertos los hechos de la demanda por no haber acudido a absolver interrogatorio, no obstante, por activa no se interpuso recurso alguno a fin que se impongan oportunamente las consecuencias procesales, las cuales no pueden analizarse en la sentencia, al no ser la etapa procesal oportuna.

Que en el plenario se acreditó que entre las partes se suscribió un contrato a término fijo que comenzó a regir el 1º de febrero de 2018, en virtud del cual la demandante devengaba un S.M.L.M.V; en lo que atañe a la cláusula de exclusión salarial contemplada en el contrato de trabajo concerniente al auxilio de vivienda y que fuese suscrito en Otrosí del 1º de febrero de 2018 y el 1º de enero de 2019, sostuvo que en atención de los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no existe prueba dentro del plenario que demostrara que en efecto ese auxilio ingresara directamente al patrimonio de la actora, máxime si se tiene en cuenta que la actora desempeñaba el cargo de Auxiliar Contable, de lo que resulta ilógico que no tuviese acceso a los desprendibles de nómina.

Otro argumento esbozado por la *a-quo* fue que, si bien no existe duda de la existencia de esa estipulación, la misma también estableció que el pago se realizaba por parte del empleador como de mera liberalidad, de ahí que esta pretensión la hubiese despachado de manera desfavorable.

En lo que atañe a la finalización del contrato de trabajo, igualmente enfatizó que conforme a los postulados jurisprudenciales, la demandante logró demostrar el finiquito con la carta de terminación emitida por parte del empleador el 14 de abril de 2020, en la que la encartada motivó el despido por el cumplimiento del plazo pactado, situación que no se hizo acorde a los plazos establecidos en el C.S.T., más exactamente el preaviso, por lo que fulminó condena por la sanción por despido sin justa causa.

Frente al pago de salarios adeudados, cesantías de los años 2019 y 2020, prima de servicios del año 2020, intereses a las cesantías del año 2020 y vacaciones del mismo periodo, no fulminó condena por estos rubros bajo el entendido que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la misma demandante allegó el documento de la liquidación definitiva del contrato de trabajo, el cual se firmó por la misma demandante y su respectiva huella de fecha 20 de mayo de 2020, es decir, posterior a la fecha de terminación del contrato, quedando consignado el paz y salvo por cualquier concepto de acreencias laborales adeudadas, lo que conllevó a que no impusiera condena sobre estos conceptos.

No obstante, precisó que como se desprende de la referida liquidación, las cesantías se pagaron para los años 2019 a 2020, sin que las del año 2019 se le pudieran cancelar directamente a la demandante, circunstancia por la cual, era procedente el pago de la sanción por la no consignación de las cesantías del año 2019 que ascendía a la suma de \$1.755.606.

Por último, concluyó que no era procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., en tanto con la misma liquidación allegada por la demandante, se pudo evidenciar que a la actora no se le adeudó ninguna prestación social ni salarios.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Expuso no encontrar inconformidad en la condena por concepto de la sanción por despido sin justa causa, sosteniendo reproche sobre las demás pretensiones que no prosperaron por cuanto argumenta que existieron falencias en la valoración de las pruebas al haberse desconocido la necesidad de dar aplicación a los artículos 31 del C.P.T y de la S.S. y el artículo 105 del C.G.P., referentes al indicio grave por la falta de contestación de la demanda de la encartada y a la confesión ficta por no acudir a la declaración de parte.

Que el Juzgado señaló que las sanciones de los articulados ya referidos debieron haberse interpuesto o alegado desde el momento en que se surtieron esos actos procesales, circunstancia que no es de recibo como quiera que el auto que tuvo por no contestada la demanda no tenía que ser objeto de algún tipo de recurso, y debió ser al momento en que se emitiera la sentencia con la valoración probatoria que se tuviese en cuenta el indicio grave.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, argumentó en su alzada que en lo que tiene que ver con el artículo 105 del C.G.P., es claro que la parte que no asista a la audiencia a rendir interrogatorio de parte tiene tres días posteriores para excusarse y, por ende, no se puede declarar la confesión ficta el día de la audiencia, por lo que tampoco existiría un momento procesal diferente al de la sentencia para su declaratoria.

Que en la sentencia de primer grado existió un protuberante yerro que fue el de dársele por confesada que con la liquidación del contrato de trabajo aportada se habían cancelado la totalidad de acreencias laborales, ya que es de uso común que los empleadores presenten liquidaciones y que los trabajadores las suscriban a la espera del pago, sin que ese actuar sea llevado a cabo, por lo que es carga de la prueba del empleador demostrar dicho pago, más aún si en la demanda se relató claramente que los pagos perseguidos no se efectuaron.

En última medida, argumentó la vulneración a sus derechos y un desequilibrio por parte del Juzgado a las cargas y facultades de las partes desde la primera audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., cuando se dispuso a dar nuevamente la oportunidad a la demandada para ejercitar el derecho de defensa, mismo que no había ejercido al no haber aportado prueba alguna.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si como consecuencia del contrato de trabajo que ató a las partes, son procedentes las pretensiones de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

carácter condenatorio perseguidas por la demandante, a excepción de la sanción por despido sin justa causa como quiera que esa condena no fue refutada por las partes.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2018 y el 14 de abril de 2020, prueba de ello lo es el contrato de trabajo que suscribieran a partir del 1º de febrero de 2018 junto con la carta de terminación del mismo adiada el 14 de abril 2020, en la que se le expuso a la demandante por parte de la encartada el finiquito del vínculo, con el argumento que el término contractual había expirado.

En el referido contrato, además se dispuso que el salario a devengar por la demandante sería equivalente un S.M.L.M.V. de \$869.453, más el auxilio de transporte, y que su tiempo de duración sería de doce meses.

Las pretensiones condenatorias perseguidas por la demandante son las atinentes al pago de salarios por el mes de febrero de 2020, desde el 1º hasta el 24 de marzo de 2020 y 14 de abril de 2020, vacaciones desde el 25 de marzo hasta el 13 de abril de 2020, cesantías del año 2019 y entre el 1º de enero y el 14 de abril de 2020, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., así como la diferencia de pago al Sistema Integral de Seguridad Social al no tenerse como salario el concepto denominado auxilio de vivienda.

Al respecto, de las documentales arrimadas al plenario, más exactamente la aportada por la demandante concerniente a la liquidación definitiva del contrato de trabajo, se aprecia que fue suscrita tanto por la demandante como por la empresa demandada el día 20 de mayo de 2020, e incluso con huella de la actora.

En la liquidación en comento quedó consignado:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta liquidación tiene como efecto la extinción de las obligaciones provenientes de la relación laboral que existió entre el empleador y el trabajador, quienes se declaran recíprocamente a paz y salvo por los conceptos expresados”.

Además, el contenido de la liquidación refleja:

- _ Días pendientes de pago: 0
- _ Vacaciones disfrutadas: 30
- _ Vacaciones pendientes: 3.8
- _ Salarios pendientes de pago: 0
- _ Otros pagos salariales: 0
- _ Prima de servicios: \$283.301
- _ Cesantías: \$1.208.448
- _ Intereses a las cesantías: \$33.996
- _ Vacaciones: \$90.121.

Resalta la Sala que como lo sostuvo la falladora de instancia, de la liquidación de prestaciones sociales se aprecia que en efecto a la demandante le fueron canceladas sus acreencias laborales, no obstante, resulta ser evidente el pago en dinero de la totalidad de cesantías para los años 2019 y 2020, situación por la que las cesantías del año 2019 debieron consignarse directamente al correspondiente fondo, y las del año 2020 sí debían cancelarse en efectivo como quiera que la relación laboral finalizó el 14 de abril de dicha anualidad.

Por tal razón, es que la condena de primer grado referente a la sanción por la no consignación de las cesantías para el año 2019 se encuentre ajustada a derecho, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con el postulado jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del presente asunto no existe una razón atendible para que la encartada hubiese desconocido en su momento la consignación de las cesantías al correspondiente fondo.

Ahora bien, la parte demandante argumenta en su recurso de alzada que no puede estimarse como cancelados el pago de salarios y demás acreencias laborales como se desprende de la liquidación, en tanto, si bien fue firmada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dejándose constancia de la cancelación de lo adeudado, lo cierto es que ese documento fue suscrito a la espera de que el empleador pagara lo de su cargo, situación que no se llevó a cabo.

Al unísono, expone que la *a-quo* no valoró en legal forma las pruebas allegadas al haberse desconocido la necesidad de dar aplicación a los artículos 31 del C.P.T y de la S.S. y el artículo 105 del C.G.P., referentes al indicio grave por la falta de contestación de la demanda de la encartada y a la confesión ficta al no acudir a la declaración de parte, máxime si se tiene en cuenta que estos actuare procesales no debían ser susceptibles de algún recurso, por lo que debió ser al momento de la sentencia donde se debían analizar estas conductas, de ahí que haya existido un yerro al entenderse como pagos los salarios y acreencias laborales con la liquidación que se aportó, sopesándose en el hecho que la falladora de instancia incorporó pruebas de manera oficiosa a favor de la parte demandada, abriéndole nuevamente a esta la oportunidad a su derecho de defensa.

Atendiendo el argumento de alzada, sea lo primero manifestar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2774-2020, Radicación No. 77476 del 21 de julio de 2020, ha mantenido la línea que esa Alta Corporación ha reiterado en lo que atañe al indicio grave en contra del demandado regulado en el Parágrafo del artículo 31 del C.P.T y de la S.S. como consecuencia de la falta de contestación de la demanda, precisando que puede ser infirmado o desvirtuado a partir de otros medios probatorios, igual sentir que sucede sobre la confesión ficta, así lo sostuvo:

“Frente al indicio grave alegado por los censores, en los términos establecidos del parágrafo 2º del artículo 31 del CPTSS, siendo procedente aplicar la contumacia, regulada en el artículo 30 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 17 de la Ley 712 de 2001, la Sala aclara que los indicios no son prueba calificada en casación, como se ha enseñado en sentencia CSJ SL17830-2016.

“En esa dirección, la jurisprudencia de la Corporación de manera pacífica y reiterada ha establecido que la prueba de confesión ficta, configurada debidamente, conforme a los requisitos legales, puede ser infirmada o desvirtuada a partir de la valoración de otros medios de convicción (CSJ SL28398-2007, CSJ SL39357-2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y también que aquella no opera respecto de terceros no vinculados al proceso (CSJ SL4679-2017).

“Se indicó en sentencia CSJ SL3865-2017 que:

De otra parte, a la luz del artículo 201 ibidem, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 39357 y CSJ SL, 9156-2015), ya que el juez del trabajo está protegido por el principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras (CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 36845) y, en esa medida, la prueba de confesión ficta no impide, de manera definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL, 6 mar. 2007, rad. 28398).

“Específicamente, en torno a la confesión ficta prevista en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Corte ha precisado que:

“No necesariamente la consecuencia adversa que ha de sufrir la parte incumplida en la audiencia de conciliación, esto es sufrir los efectos de la confesión ficta, ha de determinar la convicción del juzgador sobre los hechos objeto del litigio, puesto que es bien sabido que el juzgador de instancia, de acuerdo con el artículo 61 del CPT, puede formar libremente su convencimiento de la verdad real “inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal de las partes”.

Por otra parte, el Órgano de cierre en sentencia SL1563-2020, Radicación No. 62534 del 27 de mayo de 2020, señaló:

“Entre muchas otras, en la sentencia CSJ SL, 23 ag. 2006, rad. 27060, se dijo que en relación con tal inasistencia y las consecuencias procesales que de la misma se derivan, es necesario que «[...] el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos».

“[...]”

“Y es que lo pretendido por la censura, en últimas, es que esta Corporación, por vía del recurso extraordinario de casación, declare la confesión ficta ante la inasistencia de la demandante a la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas y saneamiento y fijación del litigio, y a la diligencia de interrogatorio de parte, en desconocimiento de la jurisprudencia reiterada y constante de esta Sala, según la cual esta función corresponde exclusivamente al juez de primera instancia, ante quien se celebran las respectivas audiencias previstas por la ley procesal del trabajo y de la seguridad social, por lo que, ante la ausencia de declaratoria de la confesión o el incumplimiento de las condiciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurisprudenciales (ver sentencias SL7145- 2015 y CSJ SL, 22 jun. 2007, rad. 30560, reiterada más recientemente en la providencia SL1560-2014), no puede la Corte entrar a subsanar este aspecto.

Así las cosas, puede concluir la Sala que los argumentos dealzada para obtener el pago de salarios y acreencias laborales tales como vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, no son atendibles para que se tengan como no cancelados con la liquidación aportada por la misma parte demandante, pues si lo que pretendió fue que a la demandada se le tuviese presuntamente ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión ante la falta de comparecencia a absolver interrogatorio de parte, debió en el momento procesal oportuno, esto es, en la misma diligencia, haber solicitado el que se determinasen precisamente en esa etapa cuáles hechos eran los que se determinarían como susceptibles de confesión para así quedar esclarecido al momento de la sentencia sobre qué óbice sería planteada esa óptica, y no pretender que ante la falta de defensa en su momento se deban atender sus súplicas en la decisión que pusiera fin a la instancia.

Ello sin perder de vista que si bien es cierto es dable que se justifique la inasistencia, dicha situación no impedía en manera alguna que se hubiese solicitado concretar la sanción por la no comparecencia, la cual, en caso de justificación quedaría sin efectos.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta, es el hecho que si bien la falta de contestación de la demanda de que trata el Parágrafo 2º del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S. en efecto conduce a que se ese actuar se tenga como indicio grave en contra del demandando, como lo sostiene la jurisprudencia, existen otros medios probatorios que conducen al Juez a eximir esa consecuencia procesal, más aún si el artículo 61 de la misma obra, permite al fallador no estar atado a tarifa legal sino que por el contrario, lo faculta para ampliar su libre formación del convencimiento a través de otros medios de prueba, que se reitera, para el presente asunto versan sobre la aceptación de la misma demandante de suscribir la liquidación final del contrato de trabajo aduciendo que la encartada había realizado los pagos en su totalidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es por ello, que a pesar de que la demandante sostuvo tanto en los supuestos fácticos de la demanda como en el interrogatorio de parte que se le adeudaban las acreencias laborales anteriormente enunciadas, y si bien la *a-quo* decidió allegar pruebas de manera oficiosa en lo que respecta a unos extractos emitidos por PORVENIR S.A. para determinar unos pagos por concepto de cesantías y aportes al sistema de seguridad social en pensión, lo ya expuesto conlleva a que se entiendan como cancelados los rubros ya descritos; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado también habrá de confirmarse por este puntualísimo aspecto.

Otro tópico que debe ser abordado, es lo que gira en torno a la pretensión de tener como factor salarial el pago por concepto de “Auxilio extralegal para vivienda”.

Puede apreciarse que las partes suscribieron el 1 de febrero de 2018 un documento denominado “Pago por mera liberalidad para vivienda”, en el que se consignó:

“EL EMPLEADOR otorgará un auxilio extralegal mensual en dinero. Dicho auxilio, aunque será de carácter habitual, es de naturaleza extralegal y sobre estas las partes dispones que no constituya salario, teniendo en cuenta que dichos valores no tienen el sentido de enriquecer, aumentar o ingresar al patrimonio del trabajador, sino que es para ayudar en la vivienda según el Art. 128 del C.S.T.

“ _ Auxilio Extralegal para vivienda por \$62.499.

“Las partes acuerdan que las sumas recibidas no se tendrán en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, ni para la liquidación y pago de seguridad social, ni aportes a parafiscales, pues como se dijo anteriormente, estos no constituyen salario ya que se entienden como un auxilio extralegal y voluntario para la mejor prestación del servicio.”

Concatenado con lo anterior, las partes suscribieron el Otrosí No. 1º al contrato de trabajo el 1º de enero de 2019, en el que se estableció en su cláusula tercera:

“TERCERA: Modificación acuerdo extralegal por un valor de \$341.102 que serán pagos mensualmente los días 10 de cada mes, “Las partes acuerdan que las sumas recibidas como acuerdo extralegal no se tendrán en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales ni para la liquidación y pago de seguridad social, ni aportes a parafiscales, pues como se dijo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

anteriormente, estos no constituyen salario y podrá ser revocado en cualquier momento, ya que se entiende como auxilio extralegal y voluntario para la mejor prestación personal del servicio”.

En lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

[...]

“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

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

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

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

“[...] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

[...]

“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

“Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

En el caso que nos ocupa, el emolumento perseguido por la demandante es el Auxilio extralegal para vivienda, el cual no fue tenido en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales.

Como lo precisó la falladora de instancia, dentro del plenario no existe prueba que enrostre que el auxilio extralegal hubiese sido pagado en alguna oportunidad, pues más allá de las pruebas documentales que demuestran su suscripción, no se logra apreciar si en efecto ese concepto ingresó o no al patrimonio del trabajador, carga que le correspondía probar a la parte demandante, mayormente si como quedó acreditado las funciones desempeñadas por ésta consistían en ser Auxiliar Contable, de ahí que tuviese acceso por lo menos a los desprendibles de nómina que clarificaran estos pagos y que por ende su remuneración fuese superior a la de un S.M.L.M.V.

Esto a su vez comporta, que el pago extralegal para el auxilio de vivienda deba ser analizado a la luz de la jurisprudencia, por lo que al no estar claramente probado que el emolumento ingresó directamente al peculio de la trabajadora, resulta impróspera la súplica que se tenga como constitutivo de salario, por lo que se confirmará la absolución sobre esta pretensión.

Asimismo, al no existir pendientes de pago salarios o prestaciones sociales, resulta palmario que tampoco sea próspera la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., situaciones todas que conducen a que la sentencia de primera instancia sea confirmada en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

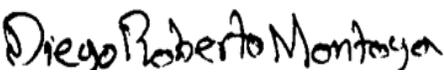
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 17 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

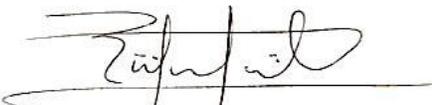
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 12 2019 00830 01
Demandante: JHON JAIRO SÁNCHEZ
Demandados: SEGURIDAD ATLAS S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a pronunciarse frente al recurso de apelación que formula la demandada en contra de la sentencia proferida el 16 de febrero del 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JHON JAIRO SÁNCHEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad SEGURIDAD ATLAS LTDA., con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia entre el 3



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de junio del 2005 y el 5 de febrero del 2019, el cual finalizó por causas imputables al empleador.

En consecuencia, solicita se condene a la encartada a cancelarle la indemnización por despido injusto, a indexar las sumas adeudadas más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que el 3 de junio de 2005 comenzó a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido para la pasiva, desempeñando las labores de seguridad y protección, con una asignación básica correspondiente al salario mínimo mensual y trabajo suplementario.

El 5 de febrero del 2019 la pasiva le informó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, decisión que adoptó con fundamento en el proceso disciplinario que le fue realizado con fundamento en los hechos que ocurrieron el 25 de diciembre del 2018, atinentes a un hurto en las instalaciones de un cliente de la accionada, en el cual prestaba el servicio de vigilancia.

Finalmente, que citó a la pasiva ante el Ministerio de Trabajo el día 15 de marzo del 2019, diligencia a la cual la empleadora no compareció ni justificó la inasistencia.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La sociedad SEGURIDAD ATLAS LTDA. en su escrito de admitió la existencia del contrato de trabajo y sus extremos laborales, así como el cargo que desempeñó, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en tanto afirma que el contrato de trabajo terminó con justa causa, al haber acaecido los hechos que le fueran endilgados.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de febrero del 2021 condenó a la demandada a pagar la suma de \$16.384.285 por concepto de indemnización por despido injusto, debidamente indexado; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión manifestó que no existe discusión entre la existencia de la relación laboral, ni sus extremos con un salario base de \$57.897,06 diarios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo tocante a la terminación laboral y la justeza del despido adujo que acorde se indica en la carta de finalización del vínculo laboral, este acaeció debido a que ocurrió un hurto en las instalaciones de un cliente, cuando el demandante se desempeñaba como guarda de seguridad en la portería número 3, lo cual se documentó en el informe que presentó la señora CATALINA DÍAZ GIRALDO, así como el formato PFQ/SA-225 en el que se establece que de acuerdo con novedad ocurrida el 25 de diciembre de 2018, una persona ingresa a la oficina del segundo piso de la recepción y toma una cantidad de dinero de la caja menor, siendo la cámara de ese punto desconectada, hecho que no fue evidenciado por ninguno de los guardas que estaban de turno, quienes no generaron ningún tipo de reporte.

Pese a lo anterior, existen varias contradicciones en el informe, teniendo en cuenta que la señora CATALINA DIAZ GIRALDO en la declaración rendida, no tiene precisión respecto los hechos referidos, ni sobre lo atinente a la cámara de seguridad, y las condiciones de la misma en cuanto a tiempo que permaneció desconectada, incluso dicha situación no se puso de presente en los descargos, cuya práctica también no es clara frente al número de personas que fueron citadas, de tal manera que no se demostró de manera fehaciente la responsabilidad del demandante.

Concluyó que no existe congruencia entre los hechos que se demostraron y aquellos en que se justificó la terminación del contrato.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión del *a-quo* la demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que no le asiste razón al determinar la falta congruencia entre la carta de terminación y los hechos ocurridos el 25 de diciembre de 2018.

Ello en tanto en la citación de fecha 4 de enero de 2019, y en el documento de citación que se le entregó, es decir, el formato de calidad 225, se expusieron de manera clara, precisa y concreta, los motivos del proceso disciplinario que se adelantó en contra del demandante, quien contaba con la facultad y la posibilidad de allegar los medios probatorio que considerara pertinentes; de otra parte, la diligencia de descargos se realizó mediando el tiempo suficiente a fin de garantizar el derecho de defensa, y en el curso de la misma también se materializaron sus derechos, otorgando la posibilidad de ser escuchado y aportar pruebas sobre el incumplimiento de los protocolos de seguridad.

De otra parte, que la testigo CATALINA DÍAZ GIRALDO si da cuenta de los hechos que dieron lugar a la terminación de contrato, sin que sea factible desestimar su valor probatorio o aducir que existen inconsistencias, por no recordar fechas, número de personas presentes u horas exactas.

Argumenta adicionalmente que no existe obligación legal o jurisprudencial de indicar al trabajador el monto del daño causado, aunado a ello que el actor si tenía a su cargo las cámaras del puesto número 3, lo cual fue aceptado en la diligencia de descargos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, que no se tuvo en cuenta el reporte de ingreso y retiro de los trabajadores, y que el proceso disciplinario se adelantó en tanto no es de recibo que la cámara estuviera desconectada durante 17 horas sin que los encargados de ella no se percataran.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el accionante fue objeto de un despido injustificado.

a. Del Vínculo Laboral:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió del 3 de junio del 2005 al 5 de febrero del 2019, por cuanto así lo aceptó la pasiva en su contestación y lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

determinó el fallador de primer grado, sin que sea objeto de debate en esta instancia.

b. Del despido injusto:

Al respecto, debe decirse que para que proceda dicha indemnización, es conocido que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador la demostración de la justeza del mismo.

Bajo estos presupuestos, el presente análisis de la *causa petendi* se aborda a partir del estudio de la carta de terminación del vínculo laboral del 5 de febrero del 2019, en la cual se indica que la empresa tomó la determinación de finalizar el contrato con justa causa con ocasión a los hechos que se presentan el 25 de diciembre de 2018. Data en la cual, se refiere por activa acaece un hurto en las instalaciones del cliente en el cual estaba prestando los servicios el demandante como guarda de seguridad, específicamente en la portería No. 3, desde donde tenía acceso a las cámaras de seguridad y podía constatar que una de ellas estaba desconectada. Situación que no se reportó al cliente ni a la empresa y dio lugar a la inconformidad del cliente.

A su vez, se constata en el plenario que el 4 de enero del 2019 la señora CATALINA DÍAZ GIRALDO, rindió un informe en el cual indica que el día 25 de diciembre del 2018 el demandante incumplió con sus obligaciones, data en la cual una persona ingresa a las oficinas de la recepción y toma dinero de la caja menor,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

constatándose que la cámara había sido desconectada y el video de la novedad fue observado por los guardas de seguridad, sin que se reportará el hecho.

Con fundamento en el referido informe, el demandante fue citado a descargos el día 8 de enero del 2019, para que rinda los mismos el 24 de enero del mismo mes y año, mediante un documento en el cual no solo se le explica el motivo de la citación, sino que además se le entregó copia del correspondiente informe, junto con las consignas de su cargo. Además, se le explica que ese día tiene a su alcance aportar pruebas y presentarse en compañía con dos testigos.

En el curso de la diligencia de descargos del 24 de enero del 2019, el demandante admite que conoce las consignas generales de la compañía; que el 25 de diciembre del 2018 estaba asignado a la portería 3 del cliente ALIAR LA FAZENDA y realizó el turno de las 18:00 p.m. a las 6:00 a.m., punto en el cual, le correspondía el control y registro del personal, ingreso y salida de vehículos, control de visitas, mensajería, hacer rondas periódicas y reportar las situaciones sospechosas. Admite que ese día pudo visualizar las 10 cámaras externas, pues para revisar las internas requería de un código de acceso; admite que el cliente les facilitaba los códigos para verificar todas las cámaras.

De otra parte, se corrobora que dentro de las consignas generales que debía atender le correspondía estar en continúa comunicación con las porterías 1 y 2, realizar rondas periódicas, revisar el libro de minutas, ingresar a las oficinas en casos sospechosos, efectuar un apoyo al monitoreo y control de todas las cámaras de seguridad desde su puesto de trabajo, comunicar cualquier inquietud frente a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

una situación extraña y dar información oportuna a la Coordinación Administrativa y de Dirección ante cualquier caso extraño.

En otro giro, fue evacuado el interrogatorio de parte del demandante quien admitió que las cámaras no tenían ningún daño antes ni después del hurto; que debía revisar las cámaras perimetrales, además de estar pendiente de la seguridad interna del cliente. Constata que la cámara que se apagó era del área interna de una oficina administrativa, pero no le consta quién entraba a dicha oficina.

A su turno la demandada en el interrogatorio admite que la queja del cliente fue recibida de forma telefónica y en la misma se le indicó que se presentó un hurto y que una de las cámaras permaneció apagada durante 17 horas y que el monto del hurto lo fue aproximadamente por \$1.000.000 y que el puesto de trabajo de los Guardas de Seguridad tenía un supervisor.

De otra parte, fue evacuado el testimonio de CATALINA DIAZ GIRALDO, Analista de Servicio al Cliente de SEGURIDAD ATLAS LTDA., quien aduce fue la persona que recibió la queja del cliente por el hurto que se presentó por una suma aproximada de \$1.000.000 y por eso fue ella quien presentó el informe para el proceso disciplinario, sin embargo, aclara que no adelanta los procesos disciplinarios y por ende no tiene claridad sobre el desarrollo del mismo.

Precisa que las consignas en las cuales incumplió el demandante fueron el no hacer la respectiva novedad, no haber realizado el recorrido nocturno y la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desconexión de una de las cámaras por 17 horas, precisando que los guardas tenían acceso tanto a las cámaras internas como a las externas. Agrega que la empresa tuvo que asumir el monto que fue hurtado so pena de perder al cliente. Que se inició proceso disciplinario a todos los guardas de seguridad, aunque no recuerda con claridad los nombres, ni que sanciones se impartió a cada uno de ellos.

Igualmente, se escuchó a STEFANY QUENGUAN, Analista jurídica de la demandada, quien confirma que con el proceso disciplinario del demandante se dio inicio a procesos disciplinarios para todos los guardas de seguridad a consecuencia del cual se despidió a algunos trabajadores y se sancionó a quienes estaban en otras porterías. Precisa que el demandante fue despedido por el incumplimiento de las consignas y por aspectos de reputación, toda vez que el cliente elevó reclamo por la confianza señalando que estaba dispuesto a cancelar el contrato con la empresa. Agrega que el demandante tenía varios procesos disciplinarios previos por otras faltas.

Señala así mismo que está contemplada la prohibición a los trabajadores de incumplir con los procesos o procedimientos, en lo cual incurrió el demandante al no realizar las rotaciones, la verificación de instalaciones y las cámaras, lo que se encuentra en las consignas de las cuales se le corrió traslado al demandante en el proceso disciplinario, demás que los trabajadores conocían que con la entrega de turno debían realizar una verificación de los elementos que se entregan y el estado de los mismos, dejando anotación de cualquier observación. Precisando que el trabajador tenía pleno conocimiento de las consignas. En igual sentido, que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se estableció que el demandante estaba en la portería No. 3 y tenía que verificar y dar apoyo al tema de las cámaras, y que en efecto él estaba con otro compañero de trabajo, a quien de igual forma se le dio por terminado el contrato de trabajo.

Del recuento del material probatorio arrimado a las diligencias logra colegir la Sala que la pasiva si logró probar la falta que se le imputó al demandante como justa causa de despido, habida consideración que quedó plenamente probado que, tal como lo confiesa el demandante en el interrogatorio y en la diligencia de descargos, el día 25 de diciembre del 2018 cumplió el turno de la noche en la portería No 3, misma desde la cual tenía acceso a las 10 cámaras externas y las internas. Afirmación que concuerda con el dicho de la testigo STEFANY QUENGUAN al precisar que en esa portería estaba el circuito cerrado de las cámaras de seguridad desde las cuales se podía observar el lugar en el cual estaba la caja de seguridad de la cual se hurtó una suma de dinero y que estuvo apagada por más de 17 horas, sin que el demandante efectuara reporte alguno o se percatara sobre el particular.

En igual sentido, se corrobora que al demandante se le corrió traslado al momento del proceso disciplinario de las denominadas consignas generales y específicas, las cuales comportan el listado de funciones a su cargo, que se desprende de su interrogatorio y de los descargos, eran de pleno conocimiento del actor. Documentos en los que por demás se puede verificar con plena claridad que el demandante al momento de recibir el puesto de trabajo debía:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“9. Revisar las anotaciones anteriores en el FQ/SA-209, para enterarse de las novedades y actividades pertinentes, autorizaciones de ingreso, además efectúe el recorrido por las instalaciones, verificando el estado actual de: ventanas, puertas, rejas, candados, llaves de paso, exteriores, equipos de cómputo, entre otros.

“[...]

“12. Verificar el estado de los equipos suministrados por el cliente y los equipos de la compañía, tales como radios de comunicación, computador, teléfono entre otros, también se realiza la verificación del FQ/SA -222, y en caso de cambio de algún elemento suministrado por el cliente o entrega adicional, informa inmediatamente a quien para que se realice el respectivo cambio de formato. (...)

“ACTIVIDADES AL TERMINAR EL TURNO

“5. Verificar el estado de los equipos suministrados por el cliente los equipos de la compañía, radios de comunicación, equipos de cómputo, teléfonos, entre otros.”

De lo antes dicho se corrobora que era patente que el demandante dentro de sus funciones debía verificar el claro funcionamiento de todos los equipos a su cargo, ello incluía las cámaras de la portería No 3, además de la obligación de realizar el respectivo recorrido e informar cualquier novedad, tanto al ingreso como a la entrega de ese turno que realizó el día 25 de diciembre en horas de la noche. Sin embargo, al corroborar el informe de funciones se señala:

“El día 25 de diciembre el horario que se presenta el hurto a la caja menor de las instalaciones, no se realizó la marcación la cual se ejecuta con el fin de identificar que no se presentan novedades, lo cual no ocurrió, la cámara de la zona administrativa fue desconectada y solo 24 horas después pudo ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

identificada. El informe FQSA 208 no coincide con las marcaciones realizadas con el guarda Sánchez.”

Ahora bien, aduce el *a-quo* que el demandante no podía tener acceso a las cámaras internas, toda vez que requería de unos códigos que le diera el cliente. Sin embargo, tal apreciación resulta incoherente con lo dicho por el actor en el interrogatorio de parte y las obligaciones a su cargo. Ello es así, en la medida en que el actor adujo que el cliente le suministraba con regularidad las claves de acceso y en todo caso, en las consignas previamente transcritas se pudo constatar que era su obligación, reportar cualquier cambio que se presentara con los elementos suministrados por el cliente. Luego si el demandante no tenía la clave para acceder a la cámara era su obligación reportarlo de inmediato. En tal sentir, es claro que el demandante incumplió con sus obligaciones, al punto tal que se permitió que una de las cámaras que estaba en la portería 3 estuviera desconectada durante 17 horas, sin que el demandante se percatara sobre este asunto y ello claro impidió que se verificara el hurto que se dio en la zona de administración.

De otra parte, para la Sala la anterior conclusión no puede desvirtuarse por el hecho de que al demandante jamás se le indicara cual fuera el monto que se hurto, como lo sostiene el togado de primera instancia, pues su despido no se dio con ocasión del valor que fue hurtado, sino por el incumplimiento de las obligaciones que le correspondían; por lo cual se acreditó un incumplimiento de las consignas generales que establecían las funciones que debía realizar.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En igual sentir, para la Sala el que los testigos no recordaran el nombre exacto de los demás guardas de seguridad, es un hecho que no puede dar lugar al desconocimiento de sus declaraciones, ni mucho menos del proceso disciplinario que se realizó a los demás guardas o las consecuencias que se generó en cada uno de ellos, pues en el presente asunto se está analizando la conducta del promotor del proceso y el proceso disciplinario que se surtió en su contra, no las sanciones que se pudieran aplicar a los demás involucrados, pues tales circunstancias no son objeto de debate en el presente asunto.

Maxime cuando las declaraciones, para esta Sala guardan congruencia con los demás medios documentales aportados e incluso con la propia declaración del demandante.

Por lo expuesto, para la Sala los hechos que se le endilgaron al demandante como justa causa de despido, sí fueron plenamente probados por la demandada y los mismos en efecto comportan una trasgresión a las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 56 y 62 del Reglamento Interno de Trabajo, lo que dio lugar a la configuración de una de las justas causas de despido establecidas en el artículo 69 del mismo estatuto, por el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones laborales.

Dimana de lo expuesto, la indudable revocatoria del fallo de primera instancia y en su lugar, la absolución de la pasiva frente a todas y cada una de las pretensiones en su contra. **SIN COSTAS** en esta instancia. La de primera a cargo de la parte demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de febrero del 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor JONNY ESNEYDER HERNÁNDEZ LARA presentó demanda ordinaria laboral contra la COOPERATIVA COLOMBIANA DE VIGILANCIA ESPECIALIZADA – COOVISER C.T.A, el CONJUNTO RESIDENCIAL CASAS DEL PRADO P.H, EDIFICIO ALMERIA P.H. y EDIFICIO TORRE PANORAMA P.H., para que previo el trámite procesal correspondiente se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 11 de noviembre de 2011 al 3 de julio del 2013; que el último salario devengado fue de \$924.000 y el mismo finalizó por causas imputables a la empleadora, siendo las accionadas solidariamente responsables frente al pago de las acreencias laborales.

En consecuencia, solicita se condene a las demandadas al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, dotación, pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, indemnización por despido injusto, indemnización por la no consignación del auxilio de cesantías, indemnización por el no pago de los intereses de cesantías y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que ingresó a la COOPERATIVA COLOMBIANA DE VIGILANCIA ESPECIALIZADA – COOVISER C.T.A. el día 11 de noviembre del 2011, a fin de ejercer el cargo de guarda de seguridad; que fue enviado como vigilante de seguridad en misión al CONJUNTO RESIDENCIAL CASAS DEL PRADO P.H. a partir del 14 de noviembre del 2011, en turnos de 12 horas de lunes a viernes, hasta el 15 de febrero del 2012.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Entre el 16 y el 19 de febrero del 2012 se encuentra en disponibilidad en la C.T.A., sin que le sea asignado un puesto de labor, y es enviado a varios puestos de trabajo por uno o dos días.

A partir del del 1° de marzo del 2012 la C.T.A. lo envía a trabajar en misión en el EDIFICIO ALMERÍA P.H., hasta el 31 de julio del 2012; entre el 1° y el 8 de agosto del 2012 se encuentra en disponibilidad en la C.T.A., para posteriormente designarlo como vigilante del EDIFICIO TORRE PANORAMA P.H., a partir del 9 de agosto del 2012.

El 3 de julio del 2013 la relación laboral finaliza por parte del demandante a consecuencia del maltrato verbal y psicológico tanto de quienes hacían parte del Consejo de Administración del Edificio como de los mismos residentes.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El EDIFICIO TORRE PANORAMA P.H. en su escrito de contestación acepta que el demandante se desempeñó en el cargo de vigilante por el periodo comprendido del 9 de agosto del 2012 y el 3 de julio del 2013, no obstante, dicha actividad no fue desarrollada bajo un contrato de trabajo, por lo que se opone a las pretensiones.

Formula como medios exceptivos los que denominó haber contratado directamente el EDIFICIO TORRE PANORAMA P.H. el servicio de vigilancia y seguridad privada con COOVISER C.T.A, inexistencia de vínculos jurídicos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entre el demandante y la copropiedad o conductas de esta que permitan predicar la solidaridad, vigilancia privada no es una misión ni la copropiedad incurrió en tercerización.

Por su parte el CONJUNTO RESIDENCIAL CASAS DEL PRADO P.H., acepta que el demandante prestó sus servicios para la copropiedad del 14 de noviembre del 2011 al 15 de febrero del 2012, pero niega que la labor haya sido ejecutada como trabajador de la misma, por lo que se opone a las pretensiones.

Formula como medios exceptivos los que denomina haber contratado directamente el conjunto a la C.T.A, inexistencia de vínculos jurídicos entre el demandante y la copropiedad, la vigilancia privada no es una actividad misional y prescripción de los derechos regulados por el C.S.T.

La COOPERATIVA COLOMBIANA DE VIGILANCIA ESPECIALIZADA COOVISER C.T.A. acepta la vinculación del actor, acotando que ostentó la calidad de asociado, y por lo tanto, al no recibir órdenes, no es dable predicar la existencia de un contrato de trabajo.

Propone como medios exceptivos los que denomina tener la demandada la calidad de Cooperativa de Trabajo Asociado y el demandante de asociado, imposibilidad de que una Cooperativa no sea de trabajo asociado, preste el servicio de vigilancia privada, inexistencia de relación laboral entre demandante y demandada, cobro de lo no debido, las relaciones entre las partes fueron actos cooperativos, la vigilancia privada no es una labor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

misional, los términos de la contratación del servicio excluyen la posibilidad de la intermediación laboral, las que resulte probadas y constituyan excepción genérica.

Finalmente, el EDIFICIO ALMERÍA P.H. al momento de contestar la demanda, se opone a las pretensiones en la medida en que entre las partes no existió una relación de carácter laboral.

Presenta como medios exceptivos los que denomina existencia del contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada, inexistencia de la causa para cobrar, tener la copropiedad la calidad de especializada en el servicio de vigilancia, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe contractual, buena fe de la demandada, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 15 de marzo del 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, absteniéndose de imponer costas en la instancia.

Como fundamento de sus pretensiones indica que en el plenario obra prueba de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las C.T.A. y las Copropiedades demandadas, así como constancia del acuerdo cooperativo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suscrito por el demandante a partir del día 26 de noviembre del año 2011, por lo cual se cumplen los presupuestos legales para estimar la vinculación en calidad de cooperado.

De igual manera milita la renuncia del accionante como afiliado cooperativo de fecha 4 de julio de 2013, la cual expresa presentarse de manera voluntaria, evidenciando condiciones o vicisitudes dentro de su prestación o de su capacidad autogestionaria, lo cual lo margina de la pretendida relación de carácter laboral.

Finalmente, también obra la devolución de aportes cooperativos en razón de \$1'753.689, que no se hace a título de indemnización ni razón de un despido.

Luego, concluye que del acervo documental se colige que la capacidad autogestionaria de la cooperativa no la convierte en simple intermediaria de las propiedades horizontales en las cuales el actor prestó servicios, ni que haya actuado con una capacidad de reclutamiento, selección o intervención sobre distintos empleadores.

Tampoco se evidencia que se haya determinado la imposición de puestos de trabajo, selección de turnos, actividades o de circunstancias personales que hayan sido previstas esencialmente por el usuario que pudiese establecer la responsabilidad solidaria.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por otra parte, tampoco puede establecerse a partir del acervo probatorio que la terminación del vínculo haya sido con ocasión de una circunstancia unilateral de la accionada o de tipo subjetivo de las condiciones del usuario o del cliente.

Concluyó en ese orden de ideas, que del acervo probatorio no es dable determinar la existencia de un contrato de trabajo determinando que los usuarios sean verdaderos empleadores, ni que hayan desnaturalizado la condición primigenia del derecho cooperativo.

III- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, el demandante presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que dentro del proceso sí se logró establecer la existencia del contrato de trabajo, desvirtuando el haber ostentado la calidad de cooperado, motivo por el cual la C.T.A. tendría la obligación de solucionar las acreencias laborales deprecadas.

Agrega que el actor prestó un servicio y se cumplen los elementos esenciales consagrados en el artículo 23 del C.S.T. para declarar la existencia del alegado contrato de trabajo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si entre el demandante y las demandadas existió un verdadero contrato de trabajo y en virtud del mismo, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas.

c. De las Cooperativas de Trabajo Asociado:

Las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados, según lo regulado principalmente, en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015.

Ahora bien, el artículo 2.2.8.1.12 *ejusdem*, consagra que las relaciones entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cooperativa y solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones, y en consecuencia, no se rigen por las disposiciones laborales, máxime que las Cooperativas de Trabajo Asociado han sido creadas con el fin de que los socios cooperados se reúnan libre y autónomamente, y son los mismos asociados quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

Lo anterior, por cuanto así mismo determina el referido Decreto, que la contratación que se realice con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, no puede tener como objeto el disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales, bien porque estas actúen como simples intermediarias en aquella relación contractual ejercida en favor de aquellos terceros o funjan como supuestas empresas de servicios temporales, suministrando personal para ejecutar labores del giro ordinario de aquellas empresas contratantes.

Así mismo, ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que en caso de constatarse que la empresa contratante de la C.T.A, realmente fungió como verdadero empleador y que la C.T.A fue una mera intermediaria, ambas deberán responder de forma solidaria sobre el particular en sentencia SL-539, con Radicado 79771 del 12 de febrero del 2020, indicó:

“En primer lugar, el principio de la primacía de la realidad sobre las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

formas, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, es también una fuente normativa de la cual emerge la prohibición de ocultar relaciones laborales a través de figuras jurídicas empleadas con el único fin de defraudar los derechos laborales de los trabajadores, llámense cooperativas, sociedades comerciales, empresas unipersonales o contratos mercantiles. Cuando surge un pleito, es precisamente este principio medular del derecho del trabajo, el que ofrece respuesta sobre quién es el verdadero empleador o de dónde proviene la subordinación y dirección del trabajo, sobre todo cuando de relaciones triangulares o multipartitas se trata.

*“En segundo lugar, el juez plural obvió que aún para la época de contratación del demandante e incluso desde su creación, las cooperativas tenían la obligación de operar de manera independiente y autogestionaria en la prestación de servicios a terceros (artículos 4 y 5° de la Ley 79 de 1988). Esto quiere decir que deben contar con autonomía directiva, técnica, financiera, ser poseedoras de los medios de producción y autogestionar los servicios que presten a los usuarios, pues, de lo contrario, serán un simple intermediario o una persona interpuesta que, al carecer de una estructura empresarial, **deberán responder solidariamente con la empresa principal**” (Negrillas fuera de texto).*

d. Del caso en concreto

Una vez se realizan las anteriores previsiones, procede la Sala a centrarse en el análisis del material probatorio arrimado al proceso, dentro del cual encuentra la Corporación: las planillas de los turnos del demandante la cual aparece suscrita y con membrete de la C.T.A demandada (Fls 25-26), extractos bancarios del libelista en las que se puede evidenciar que los pagos eran realizados por la C.T.A (Fls. 27-35), los Estatutos de la Cooperativa de Trabajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(Fls 130-158), la Solicitud de Admisión elevada por el promotor a la C.T.A el 10 de noviembre del 2011 (Fl 166), el Acuerdo Cooperativo suscrito por el libelista el día 26 de noviembre del 2011 (Fl 167), una comunicación del 10 de noviembre del 2011 por medio de la cual la C.T.A le brinda la bienvenida al demandante a la C.T.A le explican las condiciones de ingreso, la naturaleza y características de la C.T.A (Fls 168-170), constancia de la capacitación recibida por el demandante en cooperativismo (Fl. 171), el Acta del Consejo de Administración de la C.T.A en la cual se aceptó el ingreso del promotor (Fls 173-174), los formularios de afiliación y aportes a seguridad social del demandante (Fls 188-200), los soportes de pago de las compensaciones canceladas al demandante (Fls 203-221), la renuncia que presentó el demandante a la C.T.A el 4 de julio del 2013 (Fl 227), la comunicación del 6 de julio del 2013, por la cual se aceptó la renuncia y la devolución de los haberes cooperativos (Fls 228-230), el contrato de prestación de servicios suscrito entre la C.T.A. y el EDIFICIO TORRE PANORAMA P.H. (Fls 233-236) y el contrato suscrito entre la C.T.A. y el EDIFICIO ALMERIA P.H. (Fls 335-338).

Sumado a dichas probanzas de carácter documental, se evacuaron los interrogatorios de parte del representante legal del EDIFICIO ALMERÍA P.H., quien admite que suscribió un contrato de prestación de servicios con la C.T.A, aclarando que los horarios y los reglamentos los establecía la propia cooperativa; por su parte el representante legal de la C.T.A COOVISER admite que el demandante era uno de sus asociados, y era la C.T.A. la que estipulaba los turnos, además era quien determinaba en qué propiedad horizontal o empresa debía desarrollar su actividad; de otra parte, en el interrogatorio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

parte del EDIFICIO TORRE PANORAMA P.H., se admite que suscribió un contrato de vigilancia con la C.T.A. desde diciembre del 2004 hasta el 31 de marzo del 2020, expresando que no tenían ningún manejo directo con los vigilantes, pues se manejaba directamente con la C.T.A.

De lo expuesto colige la Sala que el promotor realmente se vinculó a la C.T.A en calidad de cooperado y como tal, no solo solicitó su ingreso de forma voluntaria y firmó el convenio de asociación, sino que adicional a ello recibió una comunicación de la misma en la cual se le informaban las características propias de las Cooperativas del Trabajo Asociado y su rol como miembro de la misma, información que fue reforzada mediante el curso de cooperativismo.

Luego es patente que desde el momento en que el promotor inició sus actividades de vigilante como miembro de la C.T.A era consciente del rol que desempeñaría.

Con todo, debe denotar la Corporación que si bien en materia laboral prima la realidad sobre las formas, esto es la manera en que efectivamente se desarrolló el servicio sobre cualquier documento que pudieren haber suscrito las partes y la denominación dada, lo cierto es que para el caso en particular, los medios de convicción permiten establecer que la C.T.A. no desnaturalizó la figura del cooperativismo asociado, en medio de la cual se vinculó al promotor, teniendo en cuenta que el actor prestó el servicio a distintos usuario o clientes con quienes la C.T.S. suscribió el contrato de prestación de servicios de vigilancia, lo cual incluso es narrado en los hechos de la demanda, de lo cuales se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

evidencia que cuando finiquitaba algún contrato, el actor era enviado a otros usuarios o permanecía en disponibilidad.

En ese orden de ideas, no existe evidencia de que alguna de las acciones desplegadas por la C.T.A en el marco del convenio de asociación, se hubiere desbordado o tomara un rumbo distinto o ajeno a su naturaleza y propios de un vínculo netamente laboral, pues de hecho el actor ni siquiera aportó un solo medio probatorio, distinto a las documentales previamente enunciadas, en el que se pudiera corroborar que la labor de vigilante desempeñada por el promotor realmente se desarrolló bajo las características y elementos propios de un contrato de trabajo, más no un convenio de asociación, máxime si se tiene en cuenta que se deprecó la existencia de un solo contrato de trabajo, cuando desde la demanda se advierte que prestó el servicio para distintos usuarios.

De forma tal que si bien existe evidencia de la prestación personal del servicio, la pasiva logró probar que la misma se ejecutó en el marco de un convenio de asociación, el cual era de pleno conocimiento del promotor, como bien se afirmó con anterioridad.

Ahora, en el recurso de alzada el recurrente es claro en afirmar que lo que pretende es la declaratoria de un contrato de trabajo con la C.T.A. Sin embargo, es menester de la Sala hacer hincapié a que en el libelo genitor lo que venía pregonando el demandante era que la C.T.A. había fungido como mera intermediaria y que sus verdaderos empleadores lo fueron las copropiedades



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para las cuales laboró. Argumento que vale la pena indicar, fue totalmente desvirtuado a lo largo de este juicio, pues aunque en las contestaciones de la demanda todas las copropiedades aceptaron que el demandante se desempeñó como vigilante, para cada una de ellas, en los periodos que se aludió en la demanda, y se pudo corroborar en el acervo probatorio que dicha labor se desarrolló bajo los parámetros que estableció la C.T.A, tan es así que a lo largo de la vinculación el promotor desarrolló sus labores para diferentes personas jurídicas, con las cuales había contratado la C.T.A., siempre bajo el marco de los lineamientos que le fueron trasados como asociado de la misma.

Con fundamento en lo expuesto, para esta Corporación no existe proposición alguna que permita derruir la decisión adoptada en primera instancia, de forma tal que se confirmará íntegramente la misma.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de marzo del 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, con fundamento en los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **10 2018 00135 02**
Demandante: YEISON JAVIER POTES TÉLLEZ
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación propuesto por las partes, demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2020, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor YEISON JAVIER POTES TELLEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, con el objeto que se declare que entre las partes existió una relación laboral por el periodo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

comprendido entre el 17 de noviembre del 2012 y el 21 de abril del 2017, devengando como último salario la suma de \$ 1.389.405; de igual manera que es afiliado del sindicato ANTHOC, y por lo tanto, beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, el Laudo Arbitral y el Acuerdo de fecha 19 de abril del 2016.

Se declare que la empleadora incumplió con la Convención Colectiva de Trabajo en el acto del despido, en especial las cláusulas 10, 12, 13, 14, 23, 28 de la Convención Colectiva de Trabajo y la cláusula 14 del Laudo Arbitral, teniendo en cuenta que no convocó la Comisión Mixta, integrada por dos miembros designados por la empleadora y dos miembros del Sindicato, no existió una justa causa de despido, y se vulneró su derecho al debido proceso.

En consecuencia solicita se condene a la pasiva a reintegrarlo y cancelarle los salarios, prestaciones y acreencias laborales de carácter legal, así como extralegal que se le adeuden; el pago del auxilio de transporte convencional, el pago del recargo nocturno convencional, la prima convencional de vacaciones, la prima convencional de navidad, el permiso de la jornada nocturna, el saldo de las incapacidades generales dejadas de recibir y lo descrito en los artículos 28 de la Convención Colectiva de Trabajo y 14 del Laudo Arbitral, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente reclama además de la declaratoria del contrato y las prestaciones de orden extralegal, la indemnización contemplada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en los porcentajes establecidos en la cláusula 7ª



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Convención Colectiva de Trabajo, por la terminación ilegal del contrato de trabajo.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido con el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO desde el 17 de noviembre del 2012, en el cargo de Auxiliar de Enfermería, con un salario constituido por un sueldo básico de \$935.000 y un monto variable de \$454.405, refiriendo que las prestaciones sociales no fueron calculadas teniendo en cuenta los factores establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo.

En vigencia de la relación laboral se afilió a ANTHOC el 25 de abril del 2013, realizando el pago de los aportes sindicales.

El 30 de marzo del 2017, fue citado a rendir descargos, por hechos que ocurrieron el 31 de diciembre del año 2016; y el 21 de abril del 2017 la accionada dio por finalizado el vínculo laboral.

El 29 de abril del 2002 la pasiva y el sindicato ANTHOC suscribieron una Convención Colectiva de Trabajo, la cual se ha prorrogado automáticamente; con fecha 29 de junio del 2012 el Sindicato denunció parcialmente la Convención Colectiva de Trabajo y el 29 de enero del 2014 se profiere el Laudo Arbitral, el cual fue denunciado en diciembre del 2015; por lo que a la fecha se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

encuentra vigente la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Sindicato y la pasiva el 29 de abril del 2002, el Laudo Arbitral y el Acta de Acuerdo del 19 de abril del 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, en su escrito de contestación de la demanda aceptó la existencia de la relación laboral, mediante contrato de trabajo a término indefinido del 17 de noviembre del 2012 al 21 de abril del 2017, oponiéndose a las pretensiones indicando que cumplió con sus obligaciones legales y extralegales durante la vigencia del contrato; argumenta que el contrato finalizó con justa causa y previo cumplimiento del debido proceso que le asistía al demandante. Igualmente, aduce que varias de las disposiciones convencionales que anhela le sean canceladas, no le resultan aplicables, dado que se afilió al Sindicato después del año 2013.

Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, pago, compensación, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 1º de diciembre del 2020 declaró la existencia de un contrato de trabajo a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

término indefinido entre el señor YEISON JAVIER POTES TÉLLEZ y el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, que inició el 17 de noviembre del 2012 y finalizó el 21 de abril del 2017, con un salario promedio mensual de \$1.389.405,95, el cual finalizó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador; condenó a la demandada a cancelar al demandante una suma de \$4.559.521 por concepto de indemnización por despido injusto

Declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación frente a la pretensión de reintegro y de los salarios, beneficios convencionales deprecados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo y la de reintegro, y probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a la solicitud de reconocimiento de los beneficios convencionales auxilio de transporte (clausula 10), recargo nocturno (clausula 12), prima convencional de vacaciones (clausula 13), prima convencional (clausula 14), reconocimiento y pago de jornada nocturna (clausula 23), reconocimiento y pago de beneficios (clausula 14 laudo arbitral) “SENA, refrigerio y desayuno”, pago de seguridad social, salud y pensión; y prescritos los derechos causados de beneficios convencionales causados con anterioridad al 2 de marzo de 2015.

Como sustento de su decisión indicó en síntesis que de las pruebas aportadas y de la contestación de la demanda, está probado dentro del proceso que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante YEISON JAVIER POTES y el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, siendo vinculado en el cargo de Auxiliar de Enfermería, el cual inició el 17 de noviembre de 2012. Frente a la justeza del despido, señaló que el mismo se motivó por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleadora en que el 17 de febrero de 2017, conoció de los hechos acaecidos el 31 de diciembre de 2016, atinente al incumplimiento de sus obligaciones laborales, toda vez que se presentó a trabajar bajo los efectos de haber consumido bebidas alcohólicas, diecinueve (19) minutos tarde, sin justificación válida y sin autorización del jefe inmediato, solicitando además a sus compañeros de trabajo que lo canalizaran en el cubículo deshabilitado, ello sin tener la calidad de paciente y sin tener una autorización para tal conducta, además se ausentó del puesto de trabajo desde las 7:52 a.m. hasta las 9:03 a.m. y no realizó el registro de notas de recibo de los pacientes asignados, hechos por los cuales fue citado a diligencia de descargos el 30 de marzo de 2017.

Luego, tras un análisis del material probatorio recaudado, concluyó que se acreditó la comisión de las conductas endilgadas en la misiva de despido, no obstante, condenó al pago de la indemnización legal, en tanto de conformidad con el criterio jurisprudencial establecido por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia S.L 19502 de 2017, no se cumple con el presupuesto de la inmediatez, toda vez que desde el momento en que acaecen los hechos y la determinación de terminar el contrato, no medió un plazo razonable.

De otra parte, frente a las pretensiones de orden extralegal, señaló que al plenario se aportó la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO y la organización sindical ANTHOC, correspondiente al periodo de vigencia 2002-2003, y copia del Laudo Arbitral; de otra parte se aportó la Convención Colectiva de Trabajo para vigencia 2016-2018, sin la correspondiente constancia de depósito ante el Ministerio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Trabajo, lo cual no se suple con el sello del archivo sindical, que solo señala que es copia del original, por lo cual la normativa extralegal no fue aportada como lo exige el artículo 469 del C.S.T., por lo que carece de valor probatorio, aunado a ello que por la fecha de afiliación tampoco le serían aplicable la Convención Colectiva de Trabajo, absolviendo de las pretensiones a la accionada.

III- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandante presentó recurso de apelación en el que en suma indica que la prueba aportada al plenario, atinente a la Convención Colectiva de Trabajo de los años 2016-2018, corresponde a un documento de elaboración autónoma por parte de la empleadora, lo cual se evidencia con la prueba que milita a folio 381 del expediente digital, y el cual da como consecuencia de un ejercicio de compilación normativa

De tal manera, que la normativa convencional es compleja, toda vez que no existe un documento unificado que contenga la compilación de todas las normas convencionales, ello a pesar que en el Laudo Arbitral así fue ordenado; con base en lo anterior, la Convención Colectiva de Trabajo se compone de tres documentos, atinentes a (i) la Convención Colectiva de Trabajo de los años 2002-2003, la cual se aportó con la constancia de depósito; (ii) el Laudo Arbitral; y (iii) la Convención Colectiva de Trabajo generada como consecuencia de la etapa de arreglo directo del conflicto colectivo suscitado en el año 2016, obrando a folio 105 del expediente digital, un documento dirigido por la empleadora al Sindicato ANTHOC, con fecha 11 de mayo de 2016, en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cual se manifiesta que se adjunta la copia del Acta depositada en el Ministerio de Trabajo el día 28 de abril de 2016, y que corresponde a la negociación realizada entre el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO y ANTHOC, acta de arreglo directo que se ha señalado por la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico, que hacen parte de la Convención Colectiva de Trabajo.

De otra parte, que no es de recibo que se estime que no le resulte aplicable el beneficio convencional al haberse afiliado en el año 2013, toda vez que no es afiliado de SINTRASANIGNACIO, sino de ANTHOC, y por lo tanto los beneficios y normas convencionales le resultan aplicables.

En tal sentir solicita se estudie la garantía prevista en la cláusula 4^a Convencional, y en consecuencia se ordene el reintegro y adicionalmente se estudien las pretensiones de beneficios convencionales.

A su turno la convocada a juicio presenta recurso de apelación en el que en suma indica que, tal como lo ha contemplado la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, el despido no es una sanción disciplinaria, pese a ello el *a-quo* impuso un procedimiento y unos términos que no están plasmados en las normas que regulan la relación contractual.

De otra parte, respecto a la temporalidad, se debe tener en cuenta cuál fue la fecha de conocimiento de los hechos, porque no se puede imponer a un empleador que tome medidas de hechos sobre los cuales no conoce, lo cual acaece en el plenario, en tanto existía un pacto de silencio para que no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

comunicara al Hospital lo acaecido; así las cosas, solo hasta febrero se conoce que se incurrió en la causal de despido, máxime que si bien el accionante adujo en la diligencia de descargos que le comunicó a su superior, lo cierto es que el mismo no era *per se* representante de la empleadora, acorde lo dispone el C.S.T., aunado a ello que no se corroboró su dicho por ningún otro medio de convicción y se refiere que tuviera conocimiento de todas las causales endilgadas.

De otra parte, que el plazo fue razonable, máxime que se pidió un aplazamiento para evidenciar de quien eran los insumos, lo cual se solicitó por el Sindicato y fue coadyuvado por el trabajador, por lo tanto, si se dio una investigación en garantía del derecho de defensa, por lo cual si se cumple el presupuesto de la inmediatez.

Finalmente, que se debe revocar la condena en costas, máxime que el monto de agencias en derecho no es proporcional frente a las condenas que prosperaron y los gastos en que también se incurrió en defensa de la accionada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse en primer lugar si el demandante es beneficiario de las normativas convencionales alegadas; en segundo lugar, es imperioso establecer si con fundamento en las mismas tiene derecho al reintegro o si por el contrario habría lugar al pago de la indemnización por despido injusto.

c. Del contrato de trabajo

Sobre este punto no existe punto de debate alguno en cuanto a que entre las partes existió una relación laboral que se extendió del 17 de noviembre del 2012 al 21 de abril del 2017, con ocasión al cual el demandante se desempeñó como Auxiliar de Enfermería, con una última remuneración salarial promedio de \$1.389.405,95. Ello por cuanto así se encontró acreditado en primera instancia, y tales supuestos de facto no fueron objeto de debate en esta instancia.

d. De los Instrumentos Convencionales y su aplicación al caso.

Solicita el libelista que dada su calidad de trabajador de la pasiva y miembro del sindicato ANTHOC, es beneficiario de la Convención Colectiva, el Laudo Arbitral y el Acuerdo del 19 de abril del 2016.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora aunque en la demanda no hace una mayor precisión sobre dichos instrumentos, al interpretar los fundamentos de hecho de la demanda, se tiene que hace alusión a la Convención Colectiva suscrita entre ANTHOC y la pasiva el 29 de abril del 2002, el Laudo Arbitral proferido el 29 de enero del 2014 y el Acuerdo al que llegaron las partes el 19 de abril del 2016, en el marco de la negociación que inició con la presentación del pliego de peticiones por parte de la Organización Sindical el 28 de marzo del 2016.

Sobre el particular, vale la pena indicar que de los instrumentos aludidos únicamente comportan fuente de obligación para las partes, en estricto sentido, la Convención Colectiva y el Laudo Arbitral, conforme lo disponen los artículos 461 y 467 del C.S.T. Por cuanto ambos instrumentos comportan una forma de dar por terminado un conflicto colectivo de trabajo, de suerte tal que el artículo 461 asemeja al Laudo Arbitral a la Convención Colectiva al indicar que *“El fallo arbitral pone fin al conflicto y tiene el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo”*.

Con todo, no ocurre lo mismo en tratándose del Acuerdo al que alude la parte promotora, habida consideración que conforme las reglas establecidas por el legislador sobre la etapa de arreglo directo en la negociación colectiva, luego de presentado el pliego de peticiones (artículo 432 del C.S.T.) y surtidas las respectivas negociaciones (artículos 433 y 434 C.S.T.), los acuerdos a los cuales lleguen las partes deberán quedar establecidos en la respectiva Convención Colectiva de Trabajo, como bien lo establece el párrafo 2º del artículo 435 del C.S.T., el cual reza:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Si se llegare a un acuerdo total o parcial sobre el pliego de peticiones, se firmará la respectiva convención colectiva o el pacto entre los trabajadores no sindicalizados y el patrono, y se enviará una copia al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por conducto del inspector respectivo.

“Los acuerdos que se produzcan en la primera etapa del trámite de negociaciones se harán constar en actas que deberán ser suscritas a medida que avancen las conversaciones y que tendrán carácter definitivo”.

Así pues, no puede confundirse la Convención Colectiva de Trabajo como fuente de derechos con las Actas de los Acuerdos a los cuales se han llegado a lo largo de la negociación, pues estas últimas solo permiten llevar la constancia de los puntos en los cuales han llegado a acuerdo las partes, con el objeto de llevar la respectiva trazabilidad que permitirá dejar las constancias respectivas en el acta final, en caso de no llegarse a un acuerdo y continuar con la siguiente etapa, como lo erige el artículo 436 del Estatuto procesal laboral:

“Si no se llegare a un arreglo directo en todo o en parte, se hará constar así en acta final que suscribirán las partes, en la cual se expresará el estado en el que quedaron las conversaciones sobre el pliego de peticiones y se indicará con toda precisión cuales fueron los acuerdos parciales sobre los puntos del pliego y cuales en los que no se produjo arreglo alguno.

Copia de esta acta final se entregará al día siguiente al Ministerio de trabajo y Seguridad Social”.

Siendo del caso precisar que esta última acta se extiende cuando quiera que no haya un acuerdo, y en tal caso, para finalizar el conflicto las partes podrán acudir a la Huelga o al Arbitramento, según sea el caso, conforme las disposiciones normativas llamadas a regular el tema.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, efectuada la anterior precisión vale la pena mencionar que por disposición legal las Convenciones Colectivas de Trabajo no producen efecto alguno, sino cuentan con constancia de depósito, conforme lo establece el artículo 469 del C.S.T, el cual reza:

“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 todos los requisitos la convención no produce ningún efecto”

Por manera que de tiempo atrás ha sido criterio pacífico de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala laboral, que en juicio solo podrá tenerse como prueba de la Convención aquel instrumento que se aporte con la respectiva constancia de depósito. Entre muchas otras podemos citar a modo de ejemplo la sentencia SL-378 del 2018, en la que rememoró la Corporación de cierre:

“Así las cosas, ante la ausencia de prueba de la nota de depósito del acuerdo convencional, es claro que el colegiado de segunda instancia no podía partir de la existencia de la norma sustancial -por su contenido-, sino que, contrario a lo planteado por la censura, hizo bien en indagar por la existencia del derecho a cuyo reconocimiento aspiró el promotor del litigio, entre otras razones, porque requería conocer los supuestos fácticos en perspectiva de definir si reconocía o negaba el derecho deprecado, en tanto, frente a la oposición de la demandada a las pretensiones de la demanda, se alegó la inaplicabilidad para el actor de la cláusula convencional sobre la cual soportó su pretensión pensional. Bien puede decirse, entonces, que el juzgador tiene el deber de verificar si se cumplen o no los requisitos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual: «La convención colectiva de trabajo debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se depositará necesariamente en el departamento nacional de trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto»”.

Finalmente, destacamos que la referida constancia de depósito no resulta exigible en tratándose de Laudos Arbitrales, pues no existe disposición normativa en tal sentir y la Corte Suprema de Justicia ya ha señalado que su validez se encuentra refrendada por los propios árbitros; sobre este punto en sentencia con Radicación No. 23246 del 30 de septiembre del 2004, precisó:

“Pues bien, para que produzca efectos el contrato colectivo en el que las partes con su libre acuerdo de voluntades y sin la intervención de terceros, aceptan la manera de regular sus relaciones laborales, el artículo 469 del C.S.T. prevé la formalidad de su depósito ante el Ministerio de Trabajo en un término no superior a 15 días siguientes a su suscripción, para garantizar de esta manera la validez y exigibilidad del acto solemne acordado, quedando bajo la custodia de una entidad independiente de las partes en conflicto. Pero este requisito tratándose del Laudo Arbitral jurídicamente no es necesario por cuanto de la certeza del acuerdo dan cuenta los árbitros y la Sala Laboral de esta Corte, si el mismo ha sido objeto del recurso de anulación, aunque con el tiempo se siga presentando la práctica del depósito a manera de seguridad.”

Realizadas las anteriores precisiones, la Sala procedió a analizar el material probatorio arrimado al plenario, logrando corroborar que no existe debate en cuanto a que el demandante es afiliado del sindicato ANTHOC, pues obra certificación de la Organización Sindical de la cual se desprende que se afilió al mismo desde el 25 de abril del 2013 (Fl 14), por manera que *prima facie* sería beneficiario desde dicha data de la Convención Colectiva de Trabajo o Laudo Arbitral existente entre dicha organización y la demandada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, igualmente reposa la Convención Colectiva de Trabajo 2002-2003, misma que constata la Corporación tiene constancia de depósito por parte del Ministerio de Trabajo (Fls 21 - 30); en igual sentido reposa el Laudo Arbitral del 29 de enero del 2014 (Fls 47 a 58) y por último copia del Acta de arreglo directo del 19 de abril del 2016, en la que se deja constancia de los acuerdos a los que han llegado las partes en el marco de la etapa de arreglo directo (Fls.77-79)

Siendo ello así, no encuentra la Corporación argumento alguno para restar validez, por lo menos a la Convención Colectiva 2002-2003 y al Laudo Arbitral, quedando por establecer su vigencia y la aplicación de los mismos al *sub-lite*.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el Acta del 19 de abril del 2016, por cuanto, tal y como se explicó, esta no da fin a la negociación colectiva, sino que hace parte de la misma y permite definir los acuerdos parciales a los que han llegado las partes, para poder culminar la etapa de negociación. Misma que solo concluye bien mediante la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo o a través del respectivo Laudo Arbitral.

De otra parte, observa la colegiatura que se aporta una Convención Colectiva de Trabajo con fecha 2016-2017, la cual milita a folios 370 a 438, misma que en efecto no cuenta con constancia de depósito. Pero que en todo caso no comporta la que solicita el actor se le aplique, pues esta aparece suscrita por la demandada y el sindicato SINTRASANIGNACIO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así mismo, reposa la Convención Colectiva 2016-2018 suscrita entre ANTHOC y la pasiva. No obstante, al igual que sucede con la anterior, la misma carece de constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo, luego este instrumento tampoco podría ser tenido en cuenta por la Sala.

De cara a lo indicado encuentra la Sala que en el *sub-lite* solo se encuentra probada la validez de la Convención Colectiva de Trabajo 2002-2003 y el Laudo Arbitral del 29 de enero del 2014.

Sobre este punto, se tiene que si bien es cierto la cláusula 3^a de la precitada Convención alude que este instrumento se aplica a todos los trabajadores sindicalizados o no, también alude que lo será en los términos previstos en el artículo 68 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con los artículos 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965. Siendo ello así, se recuerda que estos artículos, son aquellos por los cuales se modificaron los artículos 470 y 471 del C.S.T. según los cuales, la Convención Colectiva de Trabajo solo resulta aplicable a los miembros del sindicato, excepto cuando quiera que este comprenda más de las dos terceras partes de los trabajadores.

No obstante, en el *sub-lite* no existe prueba alguna que nos permita inferir que el sindicato ANTHOC agrupaba más de las dos terceras partes de los trabajadores de la empleadora, de suerte tal convención no le resulta aplicable al demandante con anterioridad a su afiliación, esto es, antes del año 2013.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, vale la pena indicar que para cuando se afilió el demandante a la organización sindical, la precitada convención ya había sido denunciada parcialmente ante el Ministerio de Trabajo acorde lo descrito en los artículos 479 y 480 del C.S.T., el 26 de junio del 2012 (Fl 31) y se presentó el respectivo pliego de peticiones. Destacando que esta negociación vino a finalizar precisamente con el Laudo Arbitral del 29 de enero del 2014 (Fls 47-58).

A su vez, el 30 de diciembre del 2015 se denunció tanto el referido Laudo como parte de los apartes de la Convención que no habían sido parte de la denuncia parcial, enunciada (Fl 59) y esta concluyó con la Convención Colectiva 2016-2018 que como bien se explicó no fue aportada con la respectiva constancia de depósito.

Siendo ello así, al volver la vista sobre la demanda, se puede leer como los pedimentos están encaminados a la aplicación de las cláusulas 4^a, 10^a, 12^a, 13^a, 14^a, 23^a, 24^a y 28^a de la convención colectiva *“vigente para la época del despido y suscrita entre la demandada y ATHOC”*. En tal sentido como la Convención Colectiva vigente para la terminación del contrato de trabajo era la 2016-2017 y la misma no fue aportada con constancia de depósito, la Sala arriba a la misma conclusión que el fallador de primera instancia.

Esto es, que el promotor no tiene derecho a ninguno de los precitados derechos convencionales, pues no cumplió con la carga probatoria que le incumbía, pues no aportó las pruebas de las normas cuya consecuencia jurídica buscaba se aplicaran al presente asunto (artículo 167 del C.G.P.).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En igual sentir, desde ya se debe enunciar que frente al punto concerniente a la aplicación de la cláusula 14^a del Laudo Arbitral “*Cena, refrigerio y desayuno*”, el resultado es exactamente el mismo, pues se itera tras el denuncia del Laudo Arbitral y una vez quedó en firma la Convención Colectiva de Trabajo 2016-2018, era esta la que resultaba aplicable y la misma no fue allegada de forma correcta al plenario.

En claro lo precedente, no cabe duda alguna en torno a que mal puede entenderse que la Convención Colectiva 2016-2017, comportaba una mera compilación de las normas convencionales, como lo alude el recurrente en la alzada; pues realmente se corrobora que es el resultado de la negociación que se extendió entre las partes en conflicto y con la cual, finalizó la vigencia del Laudo y los apartes de la Convención que hasta entonces regían.

Implica lo expuesto que ninguno de los argumentos propuestos en el recurso de apelación tiene la facultad de derribar el fallo de primera instancia, en lo que a los reclamos de la parte actora concierne.

e. De la indemnización por despido injusto

Sobre este punto del debate, no existe controversia en torno a que el actor fue despedido con justa causa el día 21 de abril del 2017, con fundamento en los siguientes hechos que acaecieron el 31 de diciembre del 2016:

- a. Presentarse bajo los efectos del consumo de bebidas alcohólicas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

- b. Se presentó diecinueve (19) minutos tarde al inicio de su turno de trabajo.
- c. Solicitar a sus compañeros que lo canalizaran, sin autorización en un cubículo deshabilitado.
- d. Ausentarse de su puesto de trabajo de las 7:52 p.m a las 9:03 p.m.
- e. Atender paciente bajo los efectos del alcohol.
- f. No realizó las notas de recibo de pacientes asignados, sino que lo hizo su compañera Bibiana Meneses.

Supuestos de hecho que de forma clara configuran una justa causa de despido a la luz de lo dispuesto en los numerales 2º, 4º y 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, norma que subrogó el artículo 62 del C.S.T., en concordancia con el artículo 58 del C.S.T.

Siendo del caso precisar que los mismos fueron debidamente acreditados en el curso del proceso, tal como lo determinó la falladora de primera instancia, con fundamento en los hechos confesados por el propio demandante tanto en los descargos que realizó el 30 de marzo del 2017, como en la ampliación de los mismos del 21 de abril del 2017, al igual que conforme lo admitió en la diligencia del interrogatorio de parte que se surtió en este proceso.

Por cuanto el actor, en las precitadas diligencias admite que el 31 de diciembre del 2016 se presentó 19 minutos tarde a su trabajo, que se encontraba bajo los efectos del alcohol ya que hacia el mediodía hizo un brindis con su familia, que cuando ingresó llegó a un cubículo a descansar sin autorización porque aduce



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que estaba triste y cansado, que durante este tiempo su compañera BIBIANA MENESES hizo el ingreso de cuatro (4) pacientes que le correspondían y los atendieron sus compañeros BIBIANA MENESES y ANDRÉS NIETO, sin autorización previa del Hospital, además de confesar que ese día fue canalizado, sin valoración médica previa, porque se encontraba indispuesto.

De cara a lo indicado no recabará la Sala sobre la justeza del despido, pues es patente que el demandante confesó todos y cada uno de los hechos que se le endilgaron como justa causa de despido y en todo caso, la alzada no se erige en torno a discutir la ocurrencia de los mismos.

Superado este punto, se tiene que el punto de inconformidad que plantea la pasiva en la alzada se cimenta en que el fallador de primera instancia erró al dar por sentado que en el *sub-lite* no se cumplió con el principio de inmediatez, en la medida en que no tuvo en cuenta que: (i) el fallador desconoció que no existe ninguna norma de carácter legal que le imponga al empleador la obligación de surtir un proceso disciplinario previo al despido y así lo ha dejado establecido la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en reiterados pronunciamientos; y (ii) no se tuvo en cuenta que la demora que existió entre la data en que ocurrieron los hechos y el despido, se encuentra justificada por el momento en que la pasiva tuvo conocimiento de los hechos que configuraron la falta y el trámite que se surtió en aras de corroborar la ocurrencia de la falta.

Sobre el primero de los puntos, basta para la Sala indicar que el fallador de primer grado jamás desconoció el criterio imperante en torno a que el despido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no es una sanción, en tal virtud, no se requiere surtir un proceso disciplinario previo. Con excepción claro está de aquellos casos en que la Convención, Laudo Arbitral, Pacto o cualquier otra fuente de obligación para las partes así lo tenga concebido. Postura recientemente morigerada, en el sentido de precisar que en todo caso, se debe conceder al trabajador la oportunidad de pronunciarse frente a los hechos que se le endilgan, como se expone en la sentencia SL-2351 del 2020, al indicar:

“En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

Lo anterior, por cuanto el *a-quo* no fundamentó su decisión en que la pasiva dejó de aplicar un determinado proceso disciplinario o por no haber escuchado al trabajador. En la medida en que su decisión se fundamentó básicamente en que la decisión adoptada no se dio dentro de un término oportuno, por cuanto los hechos que se le endilgan al demandante como base de la terminación del contrato acaecen el 31 de diciembre del 2016 y finalmente, la decisión de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

terminar el contrato se adopta el 21 de abril del 2017, esto es, transcurridos más de 4 meses.

Sobre este asunto, se debe recordar que de tiempo atrás la jurisprudencia ha dejado por sentado que desde la fecha en que ocurre el hecho que configura la justa causa de despido y la decisión de dar por terminado el contrato, debe mediar un término prudencial, no siendo dable al empleador terminar la relación laboral en cualquier momento con fundamento en sucesos que han ocurrido en cualquier momento de la relación laboral. Con todo, no se ha llegado a puntualizar el término con el que cuenta el empleador para hacer uso de esta facultad, siendo del resorte del juzgador entrar a evaluar en cada caso en concreto si la decisión fue o no adoptada dentro de un plazo razonable, labor en la cual debe tener en cuenta situaciones tales, como el momento en que tuvo conocimiento el empleador del hecho y las actuaciones que se hayan desplegado en aras de verificar la ocurrencia de la conducta. Sobre estos aspectos la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL-3239 del 2015 nos explica:

“Al margen de que se está examinado un cargo por la vía de los hechos, no está de más recordar que, sobre el análisis de la inmediatez que ha de existir entre la justa causa y la decisión motivada del despido, ha dicho esta Corte:”

“En similares términos recordó la Corte en sentencia de 16 de julio de 2007 (Radicación 28682), lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Asimismo, se impone traer a colación la sentencia de 30 de julio de 1993, radicado 5889, citada por el demandante en el recurso de apelación, en la cual la Corte razonó así:

“[...] En efecto, es de esperar que un empleador prudente se cerciore suficientemente acerca de la forma como ocurrieron los hechos constitutivos de la violación del contrato, y asimismo sobre otras circunstancias que puedan tener influencia en la grave decisión que habrá de privar del empleo al trabajador, sin olvidar que, además, el empresario puede estar obligado por convención o reglamento a cumplir ciertos trámites previos al despido, o que desee simplemente acatar las pautas que sobre la materia señala la Recomendación 166 de la Organización Internacional del Trabajo.

“Lo que la jurisprudencia de la Corte ha precisado como voluntad del legislador es que entre la falta y la sanción debe existir una secuencia tal que para el afectado y para la comunidad laboral en la cual desarrolla su actividad no quede ninguna duda acerca de que la terminación unilateral del contrato se originó en una determinada conducta del trabajador, impidiendo así que el empleador pueda invocar incumplimientos perdonados o infracciones ya olvidadas como causales de un despido que, en verdad tiene motivación distinta, pero esto no significa, que el empresario esté obligado a precipitar decisiones que, tomadas apresuradamente, en muchos casos redundarían en perjuicio de los intereses de los propios trabajadores”(subrayado fuera de texto).”

“En este caso, acertó el ad quem al considerar que no se presentó extemporaneidad del despido, puesto que, como el mismo juzgador lo anotó, la demandada «...demostró que en ese periodo se adelantaron las investigaciones necesarias para imputar la falta al actor» y, para reafirmar su consideración, el tribunal procedió a relacionar las actividades ejecutadas por la empresa dentro de la investigación llevada a cabo para esclarecer los hechos.

“En consecuencia, encuentra la Sala que el juez de alzada no tenía como arribar a la conclusión que extraña la censura de que el trascurso del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tiempo se tradujo en la condonación o perdón de la falta o la conformidad con las explicaciones del inculpado.

“Por demás, para efectos de analizar la inmediatez, se precisa que el estudio de la razonabilidad del plazo para tomar la decisión del despido motivado ha de comprender también el momento en que el empleador tiene conocimiento de los hechos hasta la fecha de terminación unilateral del vínculo.”

Derroteros con los cuales, le concierne Sala proceder a examinar los hechos que rodearon el presente caso, en aras de establecer si en autos existió un plazo razonable entre la fecha de ocurrencia de la falta y la decisión de dar por terminado.

Para ello, tenemos por un lado que los actos cometidos por el demandante se dieron el 31 de diciembre del 2016. Sin embargo, se contrae del material probatorio que el demandante fue citado a descargos hasta el día 28 de marzo del 2017 (Fls 239-240) y la misma se surtió el 30 de marzo del 2017 (Fl 241). Posteriormente, el 20 de abril del 2017 (Fls 254-255), lo citan a ampliar los descargos el 21 de abril del 2017 (Fls 257-259), data misma en que luego de surtir la diligencia, se toma la decisión de terminar la relación laboral (Fls. 258-259).

Con todo, la pasiva argumenta que la demora en la decisión de terminar el contrato de trabajo radicó en que tuvo conocimiento de la falta hasta el 17 de febrero del 2017, y así se lo hizo saber al demandante en la citación a descargos (Fls 239-240). Afirmación que fue confirmada por la testigo CAROLINA OBANDO, Jefe de Gestión Humana de la pasiva, quien al absolver su testimonio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

explicó que fue en febrero del 2017 cuando el área de enfermería les informa sobre el suceso que acaeció con el demandante el 31 de diciembre del 2016, por hechos narrados por uno de los trabajadores, aunque no les precisan el nombre del trabajador que dio cuenta de los hechos, agregando que sobre el particular los trabajadores habían efectuado un pacto de silencio para que no se tuviera conocimiento del particular.

A partir de ese momento, el Área de Gestión Humana inicia la investigación correspondiente, llamando a descargos a todas las personas involucradas como la señora BIBIANA MENESES quien aceptó que canalizó al demandante con insumos del hospital y al jefe GIOVANNI CURTIDOR, persona que a su turno expuso que no autorizó al demandante para trabajar el cubículo, pero aclara que en total se tuvo que indagar a ocho (8) personas que estaban en el turno de noche.

Declaración que es confirmada por la testigo MARÍA FERNANDA RUBIO Directora de Gestión Humana del Hospital. Por cuanto es conteste al expresar que hasta marzo del 2017 se les comunicó que un grupo de trabajadores estaban preocupados por los hechos que acaecieron el 31 de diciembre del 2016, frente al cual se había hecho un pacto de silencio para no informar a los superiores lo sucedido. Acto seguido, se requiere al demandante, e inicialmente este remite una comunicación escrita a enfermería en la que indica que no paso nada. Pero posteriormente, habla con la Jefe de enfermería JACQUELINE FLÓREZ y reconoce lo que pasó, momento a partir del cual se inicia el proceso de investigación para esclarecer los hechos, luego se escuchó la declaración de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

BIBIANA MENESES, quien aceptó el uso de insumos del Hospital, situación que se confirmó con el área de compras y almacén.

Información que a su vez concuerda con lo indicado en la diligencia de descargos del 30 de marzo del 2017, en la cual se expresa que la jefe JACQUELINE FLÓREZ informó que el día 17 de febrero del 2017 tuvo conocimiento de los sucesos del 31 de diciembre del 2016 y se le preguntó al demandante toda vez que el 23 de febrero del 2017 se había presentado en la enfermería y manifestó lo ocurrido, hecho que confirma el propio demandante en su declaración, al aceptar que hasta ese día habló con la jefe de enfermería.

De lo expuesto se colige que si bien los hechos acaecen el 31 de diciembre del 2016, debido a un pacto de silencio de los trabajadores, no es sino hasta el 17 de febrero del 2017 que la jefe JACQUELINE FLÓREZ tiene conocimiento de lo sucedido y requiere al demandante, quien solo hasta el 23 de febrero del 2017 le informa que el 31 de diciembre cuando se presentó a laborar no se sentía bien; luego, el área de enfermería informa a Talento Humano y esta a su vez, despliega todo un proceso de investigación para esclarecer los hechos, en el curso del cual requiere escuchar ocho declaraciones de las personas en el turno de la noche, entre estos el jefe GIOVANNI CURTIDOR y la compañera BIBIANA MENESES. Por manera que consolidada la información el 28 de marzo del 2017 se cita a descargos al demandante para el día 30 de marzo, data en la cual se determina no cerrar la diligencia hasta tanto se pueda verificar si los insumos utilizados eran del Hospital o de los compañeros. Luego, una vez se verifica la información, se llama nuevamente al demandante para ampliar los descargos el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

21 de abril del mismo año, data en la que se decide terminar el contrato.

Bajo este hilo conductor, para la Sala permite entrever que sí existió un plazo razonable entre el momento en que ocurre el hecho y el despido, si se parte del supuesto que el Hospital realmente tiene conocimiento de lo sucedido mes y medio después, de hecho el Área de Talento Humano, se entera hasta finales de febrero y a partir de dicho momento se inicia un proceso de investigación, en aras de esclarecer los hechos, permitiendo que se escuche a todas las personas involucradas en lo sucedido y ante todo, garantizando el derecho al debido proceso y derecho de defensa que le asistía al demandante, al punto que luego de ser escuchado en diligencia de descargos el 30 de marzo, al cierre de la misma se suspende hasta corroborar con el almacén si los insumos para canalizarlo realmente eran del Hospital, y en razón de ello es que solo hasta el 21 de abril se culmina el proceso.

Así, es claro que el tiempo que duró la empresa en tomar la decisión fue producto de un proceso concienzudo en el que se veló por garantizar el debido proceso y establecer con claridad las circunstancias que rodearon la falta imputada al demandante.

Finalmente, para la Sala no es de recibo el argumento del *a-quo* al enunciar que el Hospital tenía conocimiento previo de lo sucedido, basado en la afirmación que hiciera el demandante en la diligencia de descargos del 30 de marzo del 2017, cuando al indicar que el 31 de diciembre del 2016 lo sucedido fue puesto en conocimiento por su superior GIOVANNI CURTIDOR. En tanto se trata de una afirmación que proviene del propio demandante y no goza de ningún respaldo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

probatorio. Por el contrario, se denota de las pruebas enunciadas que realmente fue hasta por lo menos el 17 de febrero del 2017 que lo ocurrido fue de conocimiento de la empleadora por conducto de la Jefe de Enfermería.

Corolario de lo expuesto, la Sala no comparte la decisión a la cual arribó la falladora de primera instancia, pues se itera evidencia que existió un plazo razonable desde la fecha de la falta al momento en que se decide terminar el contrato de trabajo, partiendo del momento en que la pasiva tiene conocimiento del suceso, de suerte que a la luz de los parámetros jurisprudenciales enunciados, si se cumpliría con el principio de inmediatez y por tanto, resulta imperioso revocar la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a la pasiva de todos y cada uno de los pedimentos.

Como corolario de lo anterior, se revoca la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, se revocan las de primer grado, las cuales estarán a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 1º de diciembre del 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, se revocan las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **05 2018 00312 01**
Demandante: MAURICIO HERNANDO TRUJILLO BERNAL
Demandado: ASESORÍA EN COMUNICACIONES ASECONES S.A. EN
REORGANIZACIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MAURICIO HERNANDO TRUJILLO BERNAL, formuló demanda Ordinaria en contra de ASESORÍA EN COMUNICACIONES ASECONES S.A. EN REORGANIZACIÓN, con la finalidad que se declare que con la demandada existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 12 de febrero de 2001 y el 26 de febrero de 2018, percibiendo un salario promedio mensual de \$5.774.568, por lo que la liquidación de prestaciones sociales se efectuó desconociendo la totalidad de los factores salariales. Así mismo, se declare que la terminación del contrato de trabajo acaeció por justas causas atribuibles al empleador.

Por consiguiente, depreca se condene a la encartada al pago del reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, prima de



servicios, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que inició a laborar al servicio de la demandada el 12 de febrero de 2001, suscribiendo con posterioridad, esto es el 12 de agosto de 2002, un contrato de trabajo a término indefinido, al considerarse que había aprobado el periodo de prueba, desempeñando el cargo de Técnico y posteriormente el de Ingeniero.

Que su salario mensual era de \$2.530.166, recibiendo pagos a su cuenta de nómina de manera permanente por otros conceptos constitutivos de salario; expuso que cumplía jornada laboral de lunes a sábado, desarrollando a cabalidad con sus funciones, lo que conllevó a que incluso los clientes de la empleadora, tales como EMCEL, ECOPETROL y EAB, solicitaran sea él quien se encargue de las actividades, dada su experiencia y cumplimiento.

Que en la evaluación de desempeño realizada por la empresa se evidencian calificaciones mayores al 90%, nunca fue suspendido del trabajo ni recibió llamados de atención; refiere que pese a lo anterior se venían presentado una serie de conductas reiterativas de acoso laboral desde el año 2015. Indicó que desde la suscripción del contrato de trabajo no se pactó modificación alguna de funciones, ni tampoco se llegó a un acuerdo para la aceptación de estas, sin que se le hubiese convocado para participar en la reunión del grupo primario, del área de operaciones, ni de Gestión Humana HSEQ, por lo que no tenía conocimiento a cuál área pertenecía.

Que el 9 de febrero de 2018 envió un correo al Comité de Convivencia Laboral manifestando los hechos constitutivos de acoso laboral; y pese a que el 13 de febrero de 2018 se llevó a cabo una reunión, las circunstancias continuaron presentándose, al imponer funciones ajenas a su contrato, cargo y perfil, de ahí que hubiese presentado renuncia motivada el 26 de febrero de 2018.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, expuso que en el paz y salvo de retiro que elaboró la demandada, también quedaron plasmados los motivos de la renuncia, como lo fue la falta de protección laboral, remuneración baja, falta de incentivos y mal ambiente laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad demandada ASESORÍA EN COMUNICACIONES ASECONES S.A. expuso ser cierto que el actor inició una relación laboral el 12 de febrero de 2001 mediante contrato a término fijo, el cual finalizó el 9 de agosto de 2002 y seguidamente suscribió otro contrato de trabajo a término indefinido el 12 de agosto de 2002, último que tuvo como finiquito el 26 de febrero de 2018, como consecuencia de la renuncia presentada por el actor.

En lo que respecta a los pagos pretendidos por el actor como constitutivos de salario, mencionó que correspondían a viáticos y horas extras, y se incluían en el IBC para el pago de seguridad social y prestaciones sociales, los restantes pagos no tenían carácter salarial, tal como lo demuestra el Otrosí de ingresos no salariales suscrito el 1º de junio de 2011, en el que se indica claramente que el actor recibiría unos pagos de medios de transporte que no constituían salario ni eran factor prestacional en los términos del artículo 128 del C.S.T., al igual que en lo pactado el 28 de septiembre de 2015, cuando se suscribió Otrosí al contrato en el que se refirió claramente que de ser necesario se reconocería al trabajador el pago de concepto tales como movilización, alimentación, hidratación y lavandería con el propósito que atendiera a cabalidad sus funciones.

Argumentó respecto del acoso laboral aducido por el demandante, que se calificó que no se incurrió en tales conductas por parte del Comité de Convivencia Laboral mediante acta del 23 de febrero de 2018, máxime que no obra prueba que advierta la presunta conducta.

Formuló las excepciones denominadas prescripción y cobro de lo no debido.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de diciembre de 2020, condenó a la demandada pagar al demandante la suma de \$14.273.750 por concepto de indemnización moratoria en los términos establecidos en el artículo 65 del C.S.T., suma que deberá pagarse debidamente indexada al momento del correspondiente pago, absolviéndola de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que dentro del proceso está demostrado que entre las partes existieron dos relaciones laborales, siendo la primera a término fijo desde el 12 de febrero de 2001 hasta el 11 de agosto de 2001, y al año siguiente, esto es el agosto 12 de 2002, se inició un nuevo contrato de trabajo a término indefinido hasta el 26 de febrero de 2018, última calenda en la que el trabajador presentó su carta de renuncia por razones imputables al empleador, aduciendo entre otras razones discriminación laboral, cambio de funciones por las cuales no había sido contratado, por lo que atendiendo la carga dinámica de la prueba, debió ser el actor quien demostrara estas causales.

Que tampoco está en discusión que dada la ejecución de labores del demandante como Ingeniero de la empresa demandada debía trasladarse fuera de su sede de trabajo, por lo que se le reconocieron viáticos como dan cuenta los diferentes desprendibles de nómina que fueron de carácter permanente, a tal punto que estuvo durante cinco años fuera de la sede, más exactamente en Puerto Boyacá, siendo retornado en el año 2015 nuevamente a la sede en Bogotá.

Sostuvo que de las pruebas arrimadas al plenario se evidenció que esos viáticos en ningún momento constituyeron salario como quiera que se le suministraban al demandante para el desempeño de sus funciones y no como retribución de su servicio a la luz del artículo 128 del C.S.T., como lo eran los conceptos de gasolina y peajes.

Que al revisarse los comprobantes de nómina se auscultó que en algunas ocasiones se tuvieron en cuenta algunos viáticos como pagos constitutivos de salario y trabajo extra suplementario, y que a su vez corresponden a los aportes que se le efectuaron al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como da cuenta la historia laboral del demandante ante PORVENIR S.A., y que si bien la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

parte actora allegó unos extractos bancarios para demostrar la constitución del salario, dichas pruebas no son totalmente conducentes, porque allí lo que se relacionan son conceptos tales como reembolsos precisamente por peajes y gasolina, anticipos y prestaciones sociales, por lo que no se podría establecer qué proporción constituía salario y que no; circunstancia por la cual, no habría lugar a la reliquidación de prestaciones sociales pretendidas.

En lo que atañe a la sanción por despido sin justa causa, expuso no estar en discusión que el 26 de febrero de 2018 el actor radicó ante la demandada renuncia con motivo de un cambio en sus funciones, comunicación que por demás se deriva de la queja presentada ante el Comité de Convivencia Laboral presentada el 9 de febrero de 2018, en la cual el demandante expuso varios puntos de infirmitad, concluyendo el *a-quo* en términos generales que el actor no logró demostrar las presuntas justas causas por las cuales motivó su carta de renuncia, pues el hecho que al demandante no se le hubiesen fijado actividades en campo y por ende no accedía a viáticos, no implica ello una desmejora en sus condiciones laborales, máxime si se demostró que la encartada inició proceso de reorganización el 25 de julio de 2019 como da cuenta el auto emitido por la Superintendencia de Sociedades.

De otra parte, argumentó el fallador de instancia que si bien existió buena fe desde la terminación del contrato de trabajo, lo cierto es que la demandada efectuó una reliquidación de prestaciones sociales del demandante en virtud a que el *software* de la empresa no liquidó en legal orden sus acreencias laborales, por lo que se procedió a consignar el pago respectivo, trámite de consignación que no se llevó a cabo en legal forma, por cuanto no se autorizó la entrega al actor ni mucho menos se acreditó que el pago por consignación se hubiese repartido para su respectiva entrega, por lo que concluyó esta última situación como demostrativa de mala fe, dejando asentado que la indemnización moratoria se liquidaría solo hasta el momento en que la Superintendencia de Sociedades emitió el auto de reorganización que como ya se dijo, lo fue el 25 de julio de 2019, por lo que fulminó condena a partir del 29 de marzo de 2019 y hasta el 25 de julio de 2019 a razón de 116 días de mora con un salario básico mensual de \$2.530.166.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Refirió que con relación a la indemnización moratoria, en efecto la consignación que realizó la demandada de acreencias laborales la efectuó el 29 de marzo de 2019 y que el auto de reorganización que emitió la Superintendencia de Sociedades lo fue el 25 de julio de 2019, pero a pesar de ello lo cierto es que la demandada tuvo la oportunidad de realizar la consignación en debida forma, lo cual no acaeció en tanto la consignación debió realizarse desde el día siguiente en que finalizó la relación laboral, circunstancia por la cual, la indemnización moratoria deberá calcularse desde la culminación de la relación laboral y hasta el día en que se efectúe el correspondiente pago, y que de forma subsidiaria se tenga como extremo final de la condena la ya referida fecha del 25 de julio de 2019.

Que con relación a la indemnización por la terminación del contrato de trabajo, que en virtud del *ius variandi* se dispuso una modificación de funciones, pasando de ser Ingeniero Operario de Campo a Capacitador, aspecto por el cual es notorio la desmejora en sus condiciones laborales, máxime si se tiene en cuenta que quedó demostrado dentro del proceso que la empresa tenía contratos con otras empresas, lo que daba lugar a que pudiera seguir desempeñando funciones de campo.

La parte demandante elevó su inconformidad en el hecho que sí se dio trámite a la consignación de las acreencias laborales y que la misma obra en el Juzgado Doce de Pequeñas Causas Laborales aun cuando en el expediente no hay constancia de la misma, pero como empresa si cumplió con la consignación del pago respecto lo adeudado y que incluso, el mismo demandante sostuvo en su interrogatorio de parte que sí había recibido comunicación de dicha consignación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, la Sala auscultará como primer problema jurídico si es procedente la prosperidad de la pretensión por concepto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., y de salir próspera cuáles son los extremos en que la misma debe calcularse para su correspondiente pago.

En segundo lugar, la Sala deberá determinar si es procedente la sanción por despido sin justa causa en los términos de que trata el artículo 64 de la misma disposición normativa.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre las partes se suscribieron dos contratos de trabajo, el primero a término fijo por el periodo comprendido entre el 12 de febrero de 2001 y el 11 de agosto de 2001, y el segundo lo fue a término indefinido por el periodo comprendido entre el 12 de agosto de 2002 y el 26 de febrero de 2018, calenda última en la que el actor presentó carta de terminación del contrato de trabajo motivada en hechos constitutivos de acoso laboral, prueba de ello lo son los diferentes contratos de trabajo y la respectiva carta del finiquito (Fls. 21 a 23, 24 y 139 a 140 - Expediente Digital).

Tampoco el hecho que si bien el demandante gozó de viáticos durante cinco años, como dan cuenta los respectivos desprendibles de nóminas, lo cierto es que los mismos no constituyeron factor salarial, tópico que ni siquiera fue apelado por la parte demandante.



De la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T.:

Ahora bien, tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el art. 65 C.S.T.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, entre otras.

La presente indemnización la condenó el fallador de instancia, bajo el entendido que la encartada con su contestación de demanda acreditó haber realizado una consignación con destino al actor como consecuencia de una reliquidación de prestaciones sociales, actuar que en inicio podría revestirse como de buena fe, pero a pesar de esto, también quedó demostrado que el trámite de consignación no se llevó a cabo en legal orden, como quiera que el dinero tan solo se consignó sin mediar la respectiva autorización.

Puestas así las cosas, se aprecia que a folio 501 del expediente digital, la demandada acreditó una consignación que realizara con destino al demandante el 29 de marzo de marzo de 2019 en la suma de \$364.672 a través del Banco Agrario de Colombia, y que como lo sostuvo la prueba testimonial OLGA LUCÍA CUBILLOS POLANCO, quien labora en el área de Gestión Humana de la empresa demandada, dicho pago se hizo con ocasión a que el *software* que maneja la



empresa para realizar las liquidaciones presentó inconsistencias que condujeron a que precisamente al demandante se le hubiese quedado adeudando unos rubros.

En ese orden de ideas debe acotarse como primera medida que no es dable estimar acreditada la mala fe patronal por el hecho de haber solucionado el monto adeudado mediante la consignación, pues *a contrario sensu* tal actuar comportaría el pago total de la obligación adeudada, que incluso no haría viable que se continuara causando una eventual indemnización moratoria. De tal manera que no resulta dable haber emitido condena por indemnización moratoria desde el pago integral de la liquidación definitiva de acreencias laborales, pues precisamente el pago de lo adeudado comporta la interrupción definitiva de la mora.

Es por ello, que en principio le asiste razón a la parte demandante, en cuanto a que la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.S.T., debe ser analizada frente a la conducta patronal desplegada a la fecha de la terminación del contrato de trabajo.

Una vez determinado lo anterior, se advierte que al plenario se aportó la liquidación definitiva del contrato de trabajo, en la cual se incluyeron los salarios y prestaciones sociales adeudadas, y se solucionó un monto de \$1.596.401, tras realizar las respectivas deducciones, determinándose posteriormente según la prueba testimonial antes referida, que por un error de *software* se quedó adeudando la suma de \$364.672, la cual si bien no se realizó de manera oportuna, lo cierto es dicha cuantía en manera alguna se evidencia tenga la incidencia de acreditar un actuar de mala fe patronal dirigido a menoscabar los derechos laborales del actor.

Por el contrario, la conducta del empleador atendió a realizar y pagar la liquidación del contrato de trabajo a la fecha de finalización, y al pago de lo adeudado por consignación al evidenciar el yerro acaecido, lo cual además por la cuantía adeudada, no comporta una omisión de tal trascendencia que implicara estimar como no desvirtuada una mala fe patronal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Aunado a lo anterior se realizó la consignación el 29 de marzo de marzo de 2019, calenda última en que el mismo demandante sostuvo en su interrogatorio de parte que la empresa le había comunicado sobre dicha consignación, por lo cual no es dable estimar que dicha conducta haya comportado un obrar de mala fe. Por tal razón, si bien no existe prueba en el plenario que enrostre la comunicación de esa consignación, se itera que fue el mismo demandante quien confesó que la encartada le puso de conocimiento esa situación.

Es por ello que a juicio de la Sala no existió una conducta constitutiva de mala fe patronal, en tanto, se reitera, (i) se liquidó el contrato de trabajo a la finalización del contrato de trabajo, solucionando lo que estimaba adeudarse en una suma aproximada a lo realmente devengado; y (ii) tras evidenciarse el yerro en la liquidación, se solucionó en su integridad las acreencias laborales consignando un monto de \$364.672, cuantía que no es indicativa de una intención de afectar las garantías laborales del actor, motivo que impele a revocar la condena emitida por este concepto.

De la sanción por despido sin justa causa – despido indirecto:

Ahora bien, en lo que concierne a la figura del despido indirecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1082-2020, Radicación No. 64090 del 20 de abril de 2020, puntualizó:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».

“Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. Lo anterior quedó condensado en sentencia CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 44155, en la que se dijo:

“El despido indirecto o autodespido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

“Por otra parte, si bien se ha señalado que frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (sentencia CSJ SL, del 22 de oct. 1997, rad. 9826)”.

En tal sentido, para la constitución de esta sanción, es menester que el trabajador logre demostrar que la extinción del vínculo fue con ocasión a faltas imputables al empleador y previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del C.S.T.

A folio 24 del expediente digital, se aprecia la carta de terminación del contrato de trabajo que presentara el actor a la demandada denominada “*Renuncia por acoso laboral*”. Los argumentos de la motiva giraron en torno a que el 9 de febrero de 2018 había informado al Comité de Convivencia Laboral de la empresa los detalles del acoso laboral al que dice estaba siendo sometido meses atrás, sin que respecto del mismo se hubiese llegado a un acuerdo, por el contrario, se le continuaron imponiendo funciones ajenas a las que le correspondía según su contrato y perfil.

Que por consiguiente, y con ocasión al estado de completa desmotivación a la que se le incitó, y a la carencia de argumentos legítimos que se le brindaron en las áreas de Recursos Humanos y de Operaciones, así como en el Comité de Convivencia Laboral, que a su vez fracasaron para acordar una conciliación,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consideró un atropello hacia su integridad, por lo que tomó la decisión de renunciar y comunicar lo respectivo al Ministerio del Trabajo.

De lo anterior, obra igualmente en el plenario comunicación que presentara el actor vía correo electrónico el 9 de febrero de 2019 ante el Comité de Convivencia Laboral (Fls. 38 a 39 – Expediente Digital), mediante el cual se puso de presente que de tiempo atrás se venían presentando acciones que le causaron desmotivación y estancamiento en su trabajo, e incluso la burla de varios compañeros por el cambio sin justificación de puesto y asignación de labores ajenas a su perfil en la empresa, y a su vez a su capacitación, conocimiento y habilidades.

Argumentó igualmente que en el año de 2017 se encontraba asignado al área de operaciones donde estaba realizando trabajos para el proyecto ENERTOLIMA optimizando y mejorando la red instalada, el 29 de septiembre se le informó por parte de Recursos Humanos que salía a vacaciones sin haberlas solicitado, al retornar el 16 de enero de 2018 la empresa argumentó una falta de trabajo, ello pese a que se encontraban pendientes varias actividades en ENERTOLIMA.

Que el 16 de enero de 2018, la empresa le comunicó que en razón a que no había trabajo debía realizar capacitaciones al personal de la empresa relacionadas con el Área Técnica, y además debía trasladarse del Área de Operaciones al Área de HSEQ, recalcando además que no gozaba con capacitación, entrenamiento, ni vocación para desarrollar capacitaciones. Que el 17 de enero de 2018, el área Comercial y de Operaciones de la empresa le informó que los necesitaban para un estudio de unas cámaras de video, área en la que tenía experiencia al haber diseñado, instalado y mantenido una red completa en MECL, pero les informaron que no volvieran a contar con él porque ya estaba asignado a las capacitaciones, demostrando así que existían trabajos específicos para el desarrollo regular de sus actividades.

Sostuvo que después de lo ocurrido, le informó a OLGA CUBILLOS sobre su intención de continuar en operaciones de trabajos de campo y al mismo tiempo realizar las capacitaciones básicas que le habían asignado, a lo cual no se accedió por la empleadora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Obra a folios 464 a 465 el perfil del cargo del demandante, que aduce que es del Área Operativa. A pesar de ello, atendiendo las declaraciones de los señores OLGA LUCÍA CUBILLOS POLANCO y WILLIAM RICARDO JARAMILLO CUBILLOOS, claro es para la Sala que como consecuencia de la falta de proyectos que dejó de ostentar la demandada en el desarrollo diario de su objeto social, se adoptaron una serie de medidas en el especialísimo caso del demandante, pues si bien era Ingeniero de Campo, lo cierto es que la empresa ante esa falta de proyectos tuvo que entrar incluso en proceso de reorganización, que como se dijo se llevó a cabo el 25 de julio de 2019 en los términos de la Ley 1116 de 2006 (Fls. 503 a 507 – Expediente Digital), por lo que atendiendo esa situación fue que se adoptó la decisión de mantener al actor en la ciudad de Bogotá realizando capacitaciones, sin que ello implicara una desmejora en sus condiciones laborales.

Esto implica que no se desconocieron los derechos laborales que por ley le asistía y que se itera, el cambio de funciones ocurrió debido a la falta de proyectos que la empresa había dejado de percibir, sin que hubiese existido una vulneración a sus derechos mínimos ni a su dignidad, sumado al hecho que era notoria la experiencia con la que como Ingeniero contaba el actor pues trabajó por más de diecisiete años al servicio de la encartada, por lo que su labor como capacitador de cierto modo estaba atado a la experticia que había adquirido con el transcurrir de los años, de ahí que pudiera transferir sus conocimientos al resto del personal, máxime que la prueba testimonial dio cuenta que era factible asignar dicha función.

Por otra parte, el demandante alegó en la carta comunicada al Comité de Convivencia una situación anómala en cuanto a habersele enviado a vacaciones, tópico que no se desorbita del ordenamiento legal toda vez que el artículo 187 del C.S.T. faculta al empleador para enviarlo al correspondiente periodo de vacaciones, aspecto que fue el sucedido como da cuenta la comunicación del 29 de septiembre de 2017 (Fl. 35 – Expediente Digital).

En últimas, se aprecia que respecto del Comité de Convivencia el 23 de febrero de 2018 se suscribió acta de conciliación donde se concluyó que no existía acoso laboral (Fls. 473 a 475 – Expediente Digital), situaciones todas por la que se puede concluir que el actor no logró demostrar las justas causas que lo conllevó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a presentar carta de renuncia, por lo que la sentencia de primera instancia se confirmará en este aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada del reconocimiento y pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

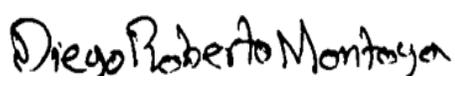
SEGUNDO CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

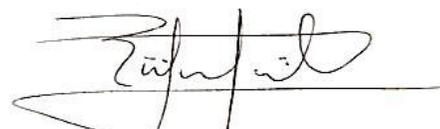
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor VICTOR PÉREZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE TECNOLOGIA E INFORMACIÓN, UGPP, SEÑAL COLOMBIA, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A y LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, con el objeto que se declare que el demandante mantuvo una relación laboral del 1º de noviembre de 1981 al 31 de diciembre del 2004 con la extinta y liquidada INRAVISIÓN, siendo beneficiario a la terminación del contrato de la Convención Colectiva de Trabajo y del retén social como prepensionado, de conformidad con la Ley 790 del 2002.

En consecuencia, solicita se condene a la pasiva a concederle la pensión convencional, en forma retroactiva, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que laboró para INRAVISIÓN del 1º de noviembre de 1981 al 31 de diciembre del 2004; precisa que desde el 1º de noviembre de 1981 perteneció al Grupo de Mantenimiento y Operación de la Radió Pública, el 7 de junio de 1991 fue promovido del Cargo de Servicios Generales a Ayudante de Estación Clase II y mediante la Resolución No. 0041117 del 29 de diciembre de 1993, lo promueven a la planta de personal como Ayudante de Estación Clase I.

Con derecho de petición radicado el 7 de abril de 1999 solicitó la aplicación del artículo 22 de la Convención Colectiva de Trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En 1998 INRAVISIÓN promueve un Plan de Retiro Voluntario para algunos funcionarios que ostentaban más de 19 años de servicios y posteriormente, el 1º de abril del 2003, se promueve un plan de pensión anticipada, sin que el actor se haya acogido a los mismos.

El 28 de octubre del 2004, el Gobierno mediante el Decreto 3550 de 2004, decide liquidar INRAVISIÓN y en acatamiento del Decreto 4404 del 30 de diciembre del 2004, le comunican sobre la terminación de su contrato de trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN en su escrito de contestación de la demanda, se opuso a las pretensiones, argumentando en su defensa que el demandante jamás ha laborado para dicha entidad y, en consecuencia, se atiene a lo expuesto en el proceso.

Formula como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho pretendido por el actor y la genérica.

La FIDUPREVISORA S.A, se opone a las pretensiones, Aduciendo desconocer cualquier vínculo laboral entre el promotor del juicio e INRAVISIÓN. Destaca que no tiene la representación legal de la entidad liquidada, por lo que estima existe una falta de legitimación en la causa por pasiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propone como medios exceptivos los que denomina falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del demandado, inexistencia de la obligación, imposibilidad de representación y la genérica.

La RADIO TELEVISIÓN NACIONAL DE COLOMBIA, hoy RTVC SISTEMA DE MEDIOS PÚBLICOS, se opone a las pretensiones, argumentando que dentro del plenario se evidencia que el demandante se vinculó a INRAVISIÓN desde el 29 de diciembre del 2003 y que prestó los servicios como jornalero esporádicamente durante algunos días dentro del periodo comprendido entre noviembre de 1981 y mayo de 1991.

Propone como excepciones las que denomina prescripción, extemporaneidad en la presentación de la reclamaciones administrativas o agotamiento de la vía gubernativa, ineptitud y falta de alcance en las pretensiones, confusión entre terminación del vínculo laboral y reconocimiento de la pensión de jubilación, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la sustitución patronal y falta de competencia.

El MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN se opone al *petitum* en la medida que todas las pretensiones están encaminadas a que se ordene reconocer la pensión convencional, lo cual escapa de la órbita de competencia de la entidad.

Formula como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a su turno se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto estas carecen de fundamento legal y constitucional, por cuanto se ha actuado conforme el régimen jurídico aplicable, sin que tenga derecho al reconocimiento pensional.

Propone como medios exceptivos los que denomina inexistencia de la obligación, inexistencia de condición de prepensionado, imposibilidad de causar pensión convencional, prescripción, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 23 de febrero del 2021 decide absolver a las encartadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenar en costas a la parte actora.

Como sustento de su decisión indicó que el artículo 22 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1999 a 2000, dispone que INRAVISIÓN continuará aplicando íntegramente el régimen de jubilación, retiro por vejez, invalidez y excepción, respetando y manteniendo los derechos consagrados para los trabajadores y trabajadoras de INRAVISIÓN sin distinción alguna, en la Constitución Política y la Ley 182 de 1995, agregando la norma que INRAVISIÓN reconocerá como válidos los tiempos de pensión que haya laborado el trabajador y/o trabajadora, en las modalidades de jornal, contrato o supernumerario, siempre y cuando la vinculación sea superior a tres (3) meses y bajo subordinación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Resalta que para la resolución del conflicto aplica el Decreto 2661 de 1960, el cual regula la pensión especial de jubilación con 20 años de servicios, no obstante en el juicio se acreditó que la accionante se vinculó con INRAVISIÓN como trabajador de planta desde el día 7 de julio de 1991 hasta el día 31 de diciembre de 2004, por espacio de 13 años, 6 meses y 25 días; luego, bajo la modalidad de jornal en forma discontinua o intermitente, por periodos de tres meses, que exige la norma desde el mes de noviembre de 1981 hasta el mes de mayo de 1991, un total de 1312 días, equivalente a 43,73 meses, esto es 3 años y 6 meses, aclarando que los periodos registrados en la documental antes citada que no superan tres meses, no se contabilizan en virtud de la aplicación del artículo 22 de la Convención Colectiva de Trabajo 1999 a 2000 y en este orden de ideas el promotor no cumple los 20 años de servicios que exige la norma convencional.

III- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte actora presenta recurso de apelación en el que en suma indica que en el proceso está probado que el actor estaba vinculado a INRAVISIÓN desde 1981 hasta el 30 de diciembre del 2004, por lo cual acumuló un total de 23 años y 3 meses con la entidad, aunado a ello que según el acta, salió el 27 de octubre de 2006, lo cual incluso implicaría un término mayor.

De otra parte, que se interpretó de manera indebida el artículo 22 de la Convención Colectiva de Trabajo, por cuanto señala de manera expresa que INRAVISIÓN reconocerá como tiempo válido para efectos de pensión, el que haya



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

laborado el trabajador o trabajadora en las modalidades de jornal y contrato supernumerario, siempre y cuando la vinculación sea superior a tres meses bajo subordinación. En ese orden de ideas, los trabajadores de INRAVISIÓN tenían periodos permanentes en una estación y eran relevados por otro compañero, lo cual no obsta para señalar que existiera vínculo laboral, más aún cuando en respuesta a un derecho de petición, del 30 de agosto de 2004, se refirió que el tiempo que laboró en jornal, le será tenido en cuenta para efectos de la pensión y de conformidad con lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo.

Refiere también que el Decreto 1835 del 3 de agosto de 1994, consagra que los servidores públicos de INRAVISIÓN, en los cargos o actividades señalados en el Decreto 2661 de 1960, vinculados a esa entidad al momento de entrar en vigencia la Constitución Política de la República de Colombia, se les aplicarán íntegramente las normas especiales en materia pensional vigentes a esa fecha, régimen especial aplicable a los operadores y ayudantes de operación que permanecieron por más de 20 años, aplicándose al Ley 100 de 1993 a quienes prestaban servicios en la parte administrativa.

Estima que no se tuvo en cuenta la Resolución No. 1286 del 23 de octubre de 1996, en cuanto el actor permaneció durante más de 23 años en estación, por lo cual se deben aplicar los beneficios de los operadores de transmisión, a fin de garantizar la igualdad material, máxime que la resolución además consagra que le sería aplicable el artículo 1º de la Ley 28 de 1943, lo cual además desvirtúa la aplicación de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, que no se tuvo en cuenta precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional en la sentencia SU-241 del 2015, ni el concepto No. 224 del 8 de septiembre de 1988, en el que se refiere que los empleados de INRAVISIÓN tendrán derecho a que se les reconozca y pague la pensión de jubilación con 20 años de servicios, cuando sean operadores de radio o de televisión, lo cual acontece en el plenario.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, es del resorte de la Corporación entrar a determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional que reclama.

c. Del Vínculo Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se reclama en juicio la declaratoria de una relación laboral entre el demandante y la extinta INRAVISIÓN por el periodo comprendido del 1º de noviembre de 1981 al 31 de diciembre del 2004. Declaración a la cual se oponen las encartadas, en primera medida por cuanto estiman que dicha relación laboral no se encuentra plenamente acreditada, por los interregnos de tiempo reclamados por el promotor.

De cara a lo indicado lo primero que debe desentrañar esta Corporación es si efectivamente el libelista trabajó para la extinta INRAVISIÓN, por los periodos de tiempo que se señala en la demanda.

Sobre el particular se tiene que, del material probatorio arrimado al proceso, se puede colegir con meridiana claridad que el demandante laboró para la extinta INRAVISIÓN. Entidad que fue constituida mediante el Decreto 3363 de 1954 como una Sociedad de Economía Mixta, y a partir de la expedición de la Ley 182 de 1995, pasó a ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

En lo tocante a los extremos de la vinculación laboral se corrobora que, según certificación laboral del 7 de abril del 1999, el promotor inició a laborar con INRAVISIÓN de noviembre de 1981 a julio de 1982, posteriormente de enero de 1985 a marzo de 1991, en periodos alternados de 3 meses con el señor EDILBERTO GARCÍA, y a partir del 22 de marzo de 1991 (Fl 24) lo nombran mediante Resolución No 00869 del 20 de marzo de 1991 como Auxiliar de Servicios Generales (Fl 411).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Último cargo que desempeña hasta la terminación del contrato el 31 de diciembre del 2004 por la supresión del mismo (Fl 22), sin que exista evidencia que la relación se haya extendido por un periodo de 2 años adicionales, como se indica en la apelación, por demás desconociendo la alzada incluso los supuestos de facto enunciados en la demanda, en la cual el propio demandante aduce que el contrato laboral se extendió hasta el 31 de diciembre del 2004.

De lo enunciado se desprende que si bien es cierto el actor laboró para INRAVISIÓN desde noviembre de 1981 hasta el 31 de diciembre del 2004, acorde se relata en la demanda, lo cierto es que no lo fue mediante una única relación laboral continua e ininterrumpida, por cuanto, antes del 20 de marzo de 1991, el actor laboraba por periodos interrumpidos así:

(i) Del 1º de noviembre de 1981 al 31 de julio de 1982 (Fls 34-42); (ii) del 1º de enero al 31 de marzo de 1985 (Fls 43-45); (iii) del 1º de agosto al 30 de septiembre de 1985 (Fls 47 a 48); (iv) del 1º de enero al 28 de febrero de 1986 (Fls 49-50); (v) del 1º de julio al 30 de septiembre de 1986 (Fls 51-53); (vi) del 1º al 21 de diciembre de 1986 (Fl 54); (vii) del 1º de febrero al 31 de marzo de 1987 (Fls 55-56); (viii) del 1º de julio al 30 de septiembre de 1987 (Fls 57-59); (ix) del 1º de enero al 31 de marzo de 1988 (Fls 60-61 y 73); (x) del 1º de julio al 31 de septiembre de 1988 (Fls 62-64); (xi) del 1º de enero al 31 de marzo de 1989 (Fls 65-68); (xii) del 1º de julio al 31 de agosto de 1989 (Fls 69-70); (xiii) del 1º al 31 de enero al 31 de marzo de 1990 (Fls 77-79); (xiv) del 1º de junio al 31 de julio de 1990 (Fls 80-81); (xv) del 1º de diciembre de 1990 al 26 de enero de 1991 (Fls 82 a 83); y (xvi) del 1º de enero al 20 de marzo de 1991 (Fl 84).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, sería dable declarar la relación laboral pero no por un solo interregno de tiempo, como lo pretende el demandante, sino dentro de los interregnos de tiempo previamente descritos, dado que no existe otra prueba que nos permita corroborar que el actor desarrollaba labores de forma continua como lo alega en la demanda.

d. De la Pensión Convencional

Reclama el libelista que le sea concedida y pagada la pensión convencional, prevista en el artículo 22 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre INRAVISIÓN y ACOTV para el periodo 1999 - 2000.

Sobre este punto se tiene que al revisar el texto convencional que reposa a folios 160 a 190, lo primero que constata la Sala es que el artículo 4º de la precitada Convención establece que la misma será aplicada a todas las relaciones laborales individuales y colectivas suscritas entre INRAVISIÓN y los trabajadores representados por ACOTV.

De esta forma, conforme lo que indica la norma precitada en concordancia con lo dispuesto en los artículos 470 y 471 del C.S.T, lo primero que debió establecer el fallador de primera instancia era si el demandante era beneficiario de la precitada convención, bien por encontrarse afiliado a la organización sindical ACOTV, o porque esta agrupara más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa y por ende, la Convención le resultaría aplicable a todos los trabajadores



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la empresa. Asunto que queda plenamente dilucidado con las documentales de folios 294 a 296, en la que se corrobora que el demandante se encontraba afiliado al sindicato y, por tanto, le eran efectuados los correspondientes descuentos sindicales.

En claro lo descrito, procede la Sala a examinar el artículo 22 de la Convención Colectiva de Trabajo que anhela el demandante se le aplique, cuyo texto es el siguiente:

“Régimen Pensional. INRAVISIÓN continuará aplicando íntegramente el régimen pensional (jubilación, retiro por vejez, invalidez y excepción) contenido en las leyes 28 de 1943, 22 de 1945, 33 de 1985; los Decretos 1237 de 1946, 2661 de 1960, 1848 de 1969 y ley 100 de 1993 y demás normas que regulan dicha materia, respetando y manteniendo los derechos consagrados para los trabajadores y trabajadoras de INRAVISIÓN, sin distinción alguna, en la Constitución Política y la Ley 182 de 1995.

“INRAVISIÓN reconocerá como tiempo válido para efectos de la pensión el que haya laborado el trabajador y/o trabajadora en las modalidades de jornal, contrato o supernumerario, siempre y cuando que la vinculación haya sido superior a tres (3) meses bajo subordinación.

“Los trabajadores y/o trabajadoras que hubieren desempeñado estos cargos sin nombramiento para el efecto, tendrán derecho a que el tiempo laborado se compute para el efecto de la pensión”. (Subrayado fuera de texto)

Se extrae de lo expuesto que la pensión reclamada no puede ser otra que la pensión de jubilación reglada en las normas enunciadas en el primer párrafo del texto convencional, en particular en las Leyes 28 de 1943, 22 de 1945 y 33 de 1985, en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 1237 de 1946, 2661 de 1960, 1848 de 1969 y la Ley 100 de 1993, mismas que contemplan que para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acceder al derecho pensional se requiere contar con más de 20 años de servicios continuos o discontinuos.

Así mismo, se tiene que el mismo texto convencional salvaguardó que para el computo de dichos tiempos tan solo sería dable tener en cuenta los periodos efectivamente laborados por más de 3 meses, como en efecto lo determinó la falladora de primera instancia, sin que encuentre esta Corporación que existe un yerro en la referida interpretación, pues es patente que si bien las partes mediante el clausulado convencional, buscaron extender un beneficio legal que resultaba aplicable en principio a los empleados públicos a todos los trabajadores oficiales de INRAVISIÓN, como un beneficio extralegal. Lo cierto es que tal prerrogativa fue concedida con una limitante y esta es, que para el computo de los tiempos tan solo se pudiese tener en cuenta los periodos laborados superiores a los 3 meses, lo cual quedó taxativamente enunciado en el aparte de la norma subrayado, sin que sea posible dar un entendimiento o alcance distinto.

Sobre este punto, vale la pena indicar que ninguno de los argumentos expuestos en la alzada, llevan a la Sala a un convencimiento distinto al dado por el fallador de primera instancia. Lo anterior, en la medida en que la respuesta al derecho de petición a la que se alude en la apelación, mediante la cual la Coordinadora del Grupo de Recursos Humanos de INRAVISIÓN le indica al demandante que los tiempos que laboró de jornal serán tenidos en cuenta para efectos pensionales, es clara al enunciar que lo será *“de conformidad con lo dispuesto en la Convención Colectiva”* (Fl 28), esto es, con las características ya descritas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, la sentencia SU-241 del 2015, tampoco se transgrede pues en modo alguno se desconoce que los Acuerdos Convencionales son ley para las partes, *a contrario sensu*, en el presente debate justamente se tiene en cuenta lo precavido por las partes en la Convención Colectiva de Trabajo que se utiliza como sustento normativo del *petitum*, acotándose además que la referida sentencia no desata una controversia sobre la normativa extralegal objeto del presente debate, sino una suscrita por la EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES DE BARRANQUILLA E.S.P.

Bajo tales premisas, al volver los pasos sobre los periodos de tiempo que acreditó el promotor del juicio que laboró para la encartada, lo cierto es que los únicos periodos superiores a los 3 meses fueron los desarrollados entre el 1º de noviembre de 1981 al 31 de julio de 1982, correspondiente a 8 meses y 31 días y del 20 de marzo de 1991 al 31 de diciembre del 2004, un total de 13 años, 9 meses y 8 días, para un total de 14 años, 6 meses y 8 días.

Ahora, vale la pena aclarar que la falladora de primera instancia, para efectos del cómputo de tiempo tuvo en cuenta los periodos de tiempo que laboró el promotor incluso por espacio de 3 meses, pese a que el clausulado convencional alude a más de 3 meses, y por ello, su cálculo fue de 17 años y 25 días. Así pues, en virtud del principio de *no reformatio in pejus* la Sala tendrá en cuenta este último computo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Con todo, es patente que el demandante no reúne la densidad de tiempo que se requiere para acceder a la pensión de jubilación reclamada, conforme los términos concebidos por las partes en el Acuerdo Convencional.

Finalmente, vale la pena indicar que los argumentos entablados en la alzada, en torno al Acto Legislativo 01 del 2005, el régimen de las pensiones especiales de alto riesgo e incluso lo que se refiere a la imprescriptibilidad de los derechos pensionales, son asuntos ajenos al presente debate, por cuanto dichas disposiciones normativas nada tienen que ver con la interpretación y alcance, dado a la norma convencional que se estudió en este juicio, ni tampoco permiten quebrar la decisión que se adoptó en primera instancia.

Corolario de lo que hasta aquí se expone, no queda otra salida distinta a confirmar la providencia que se recurre en esta instancia.

Por lo hasta aquí consignado, se conformará en su integridad la sentencia apelada. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

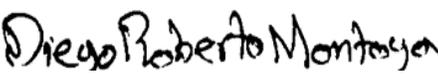
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de febrero del 2021, según los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

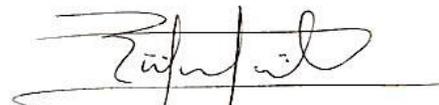
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **07 2018 00391 01**
Demandante: GLORIA ESPERANZA MUÑOZ NIVIA
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada LINDA VANNESA BARRETO SANTA MARÍA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.013.637.319 y T.P. 280.300 del C.S. de la Judicatura, en los términos y facultades del poder conferido.

Asimismo, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de PORVENIR S.A., al abogado JOHN JAIRO RODRÍGUEZ BERNAL, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.967.487 y T.P. 325589 del C.S. de la Judicatura, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora GLORIA ESPERANZA MUÑOZ NIVIA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que realizara ante PORVENIR S.A. el 2 de junio de 1999, como quiera que en su etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna tanto de las ventajas como desventajas entre uno y otro sistema pensional y en especial de su situación personal y concreta.

Que igualmente se declare la nulidad del traslado que realizara ante COLFONDOS S.A. el 29 de noviembre de 2011, solicitando a su vez se retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenándole a COLPENSIONES mantenerla como afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 2 de junio de 1999, afiliación que presenta inconsistencias como quiera que en el formulario no registra su firma, de ahí que no se haya cumplido con el requisito dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Seguidamente, refirió que el asesor comercial no le brindó una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que no se realizó un estudio de su situación particular, sino que se ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional, entre otros factores tendientes a una indebida información.

Que con posterioridad se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 29 de noviembre de 2011, por lo que son las AFP quienes tienen la carga probatoria de demostrar una debida información según los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, sostuvo que nació el 10 de junio de 1963, por lo que cumplió 57 años de edad en el 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su contestación, se opuso a prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, en atención a que obran en el expediente medios documentales probatorios suficientes para establecer que la decisión del traslado de régimen fue libre y voluntaria. Igualmente plantea que no hay prueba alguna que efectivamente demuestre que la AFP incurriera en el error, ni alguna nota de protesta por parte de la actora.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, e innominada o genérica.

La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA LOS ASUNTOS CIVILES Y LABORALES, expuso en su intervención que es el operador jurídico quien debe determinar si en efecto las AFP demandadas suministraron una debida información a la demandante al momento del traslado de régimen pensional, como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y genérica o innominada.

PORVENIR S.A. manifestó que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias es legal, por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento expresado al momento de los surgimientos de los actos jurídicos de afiliación, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la selección del régimen realizado por la demandante.

Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLFONDOS S.A. por su parte, sostuvo que resulta improcedente el traslado de régimen pretendido por la accionante, toda vez que la misma se encuentra inmersa en la prohibición legal contemplada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y lo sostenido jurisprudencialmente por la Corte Constitucional. Así mismo, expuso que la afiliación de la actora no estuvo precedida de algún vicio del consentimiento en los términos del Código Civil.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de octubre de 2020, declaró probada la excepción de fondo de inexistencia de la obligación propuesta por los fondos demandados y el MINISTERIO PÚBLICO, absolviendo a los extremos pasivos de las pretensiones formuladas en su contra.

Como sustento de su decisión indico que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, puesto que debe tomarse bajo la óptica que quien la brinda, debe conocer su importancia y emitir de manera clara, detallada y transparente las situaciones que son de vital interés del trabajador afiliado. En igual sentido, indicó que tampoco se puede soslayar que la Seguridad Social es un derecho fundamental y correlativamente es una obligación del Estado que debe respetarse y garantizarse en forma efectiva, cuando el derecho pensional compromete intereses de los mismos.

Seguidamente, expuso que dentro del plenario obra prueba atinente a una certificación emanada por PORVENIR S.A. que da cuenta que la demandante se afilió a dicho fondo el 4 de octubre de 1994 retirándose el 31 de mayo de 2000, y a partir del 1 de junio se afilió a COLFONDOS S.A. hasta el 31 de enero de 2012. Así mismo, puntualizó que, para el mes de marzo de 1996, se encuentra un ciclo doble y hasta el mes de abril de 2000 el aporte fue devuelto por encontrarse



vinculada a PORVENIR S.A., quedando efectuada la devolución de todos esos aportes sin que se hubiese configurado en ningún momento la afiliación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES.

Que en tal sentido, la actora nunca perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada en su entonces por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, de ahí que nunca se hubiese configurado la ineficacia o nulidad del traslado para el año de 1999 como se solicita en la pretensión principal de la demanda; por el contrario, lo que se presentó fue que la demandante desde el inicio de su vida laboral se vinculó al sistema general de pensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la antigua AFP HORIZONTE S.A., quien a su vez fue su empleadora para el año de 1994, y que si bien aparecen con posterioridad algunos pagos efectuados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, los mismos se devolvieron al fondo privado por cuanto lo que se presentó fue un pago erróneo por parte del empleador INSTITUTO NACIONAL DE PESCA ANDINA para los años de 1996 y siguientes, situación que fue resuelta por cuanto COLPENSIONES realizó la devolución de los aportes al estar afiliada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante inconforme con la decisión la apeló. Mencionó que, si bien es cierto que se afilió en el año de 1994 a través de la antigua AFP HORIZONTE S.A., sobre dicha afiliación no se realizó ningún aporte pensional, por lo que la misma no se perfeccionó y por consiguiente no nació a la vida jurídica.

Adicionalmente, argumenta que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año de 1996 por intermedio del antiguo INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, aspecto por el que las cotizaciones que en su momento se hicieron a este régimen pensional no fueron por error sino porque se encontraba válidamente afiliada, de ahí que al haberse trasladado por intermedio de PORVENIR S.A., la AFP no le suministró una información veraz, oportuna y eficiente al momento de la afiliación.

Por último, sostuvo que para el año de 1994 cuando se afilió al sistema a través de HORIZONTE S.A., tampoco se le informó ninguna de las características de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regímenes pensionales, y que a pesar de que HORIZONTE S.A. fue su empleador, sus actividades laborales las desarrolló en el área comercial donde solamente se dedicaba a recibir unos documentos y otras actividades relacionadas, lo que evidencia una falta de afiliación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera



vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro*



pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, vale la pena recalcar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, articulado que por demás establece las características del sistema general de pensiones, dispone:

“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Así las cosas, de las pruebas acreditadas en el plenario, se observa que obra el formulario de afiliación que realizara la demandante en PORVENIR S.A. el 2 de junio de 1999, así como el efectuado ante COLFONDOS S.A. el 29 de noviembre de 2011 (Fls. 11 y 12 – Expediente digital).

Igualmente, obra certificación emanada del sistema SIAFP de ASOFONDOS, que da cuenta que estuvo afiliada al Sistema de Seguridad Integral en Pensiones inicialmente ante la AFP HORIZONTE S.A. a partir del 4 de octubre de 1994, existiendo un traslado a PORVENIR S.A. el 27 de abril de 2000, y nuevamente un



traslado a COLFONDOS S.A. el 12 de diciembre de 2011 (Fl. 175 – Expediente digital).

La afiliación ante COLFONDOS S.A. se acompasa con la certificación que esta emitiera el 13 de febrero de 2013, en la que se dejó constancia que la misma se hizo efectiva a partir del 1º de febrero de 2012 (Fl. 174 – Expediente digital).

Así las cosas, como lo concluyó el fallador de instancia, la demandante en ninguna oportunidad estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En este punto, vale la pena advertir que la demandante fue clara en exponer en el interrogatorio de parte que se le practicó, que inició sus cotizaciones pensionales en la AFP HORIZONTE S.A. en el año de 1994, puesto que esta administradora pensional fue incluso su empleadora para dicha anualidad aproximadamente un mes y medio, aspecto que se corrobora con la descripción documental referida en precedencia. Ahora bien, a pesar que la accionante sostuvo que en el mes de marzo de 1996 se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, sus dichos se contradicen de la realidad procesal, pues se reitera, no obra constancia que de tal afiliación hubiese surgido a la legalidad, máxime si se tiene en cuenta que esta no fue avalada si quiera por ASOFONDOS, toda vez que como se certificó del sistema SIAFP, nunca existió.

Ahora bien, si en gracia de discusión no fuera suficiente el argumento expuesto, como lo precisó el *a-quo*, se aprecia de la historia laboral de la demandante allegada por COLPENSIONES en el expediente administrativo, actualizada al 15 de agosto de 2018, a la actora desde el mes de marzo del año 1996 el empleador INSTITUTO NACIONAL DE PESCA ANDINA le efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hasta el mes de abril de 2000, las cuales fueron devueltas con destino a PORVENIR S.A. por estar vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de dicha AFP; circunstancia por la cual, no puede pretenderse que por una situación anómala en las cotizaciones de ese entonces, se active la presunción legal de una afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que nunca surgió a la vida jurídica, más aún, si la señora GLORIA ESPERANZA MUÑOZ NIVIA como lo dispone el literal b) del artículo 13



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Ley 100 de 1993, en ningún momento dejó consignada por escrito su voluntad de pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por los motivos expuestos, es que en este asunto no puede efectuarse una valoración probatoria en aras de determinar la ineficacia del traslado acorde con los presupuestos legales y jurisprudenciales que rigen la materia, ya que como se adujo, nunca existió vinculación legal al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por parte de la accionante, situaciones todas que conducen a que la sentencia de primera instancia sea confirmada en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

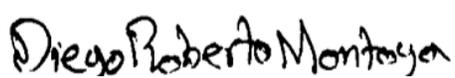
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

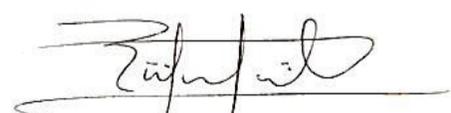
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **04 2015 00338 02**
Demandante: ORLANDO PINZÓN
Demandado: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
 “INDEGA S.A.”
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar la sentencia proferida el 1º de febrero de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus pretensiones.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ORLANDO PINZÓN formuló demanda ordinaria laboral en contra de la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada por el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1998 y el 30 de julio de 2012, desempeñando el cargo de Prevendedor, con un último salario básico mensual de \$707.700, así como que el finiquito sucedió por causas imputables al empleador.

Así mismo, se declare que el salario básico para el año de 2012 de un Prevendedor contratado directamente por la encartada sin incluir comisiones, ascendía a la suma de \$2.500.000, y que la demandada utilizó las sociedades ADECCO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLOMBIA S.A., MERCHANDISING LTDA., STAFF TEMPORALES LTDA., SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES BOGOTÁ – hoy NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. – hoy SERDAN S.A., a efectos de tercerizar su relación laboral, por lo que desempeñaba las mismas funciones de un Prevendedor de la Empresa demandada, consistentes en realizar la preventa de los productos, organizar exhibiciones de los mismos, realizar el control de las neveras y los productos y montar pedidos.

Igualmente, que la demandada omitió el pago de las cesantías correspondientes a la duración de la relación laboral, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, seguridad social integral, caja de compensación, horas extras, comisiones y bonificaciones.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, horas extras, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción por despido sin justa causa conforme lo dispone el artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 de la misma disposición, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria, pretende se condene a la pasiva al pago de prestaciones sociales y seguridad social dejados de percibir, más el pago de salarios sin prestación del servicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 140 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que existió un contrato de trabajo como medio vinculante con la accionada, por el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1998 y el 30 de julio de 2012, desempeñando el cargo de Prevendedor, ejecutando sus labores en las zonas de ventas de la ciudad de Bogotá – Zona Norte.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que el horario de trabajo era de lunes a domingo de 6:00 a.m. a 6:00 p.m., por lo que en todo el interregno del contrato causó tres horas extras diarias, efectuaba sus labores de manera personal y recibía órdenes de la empresa, siendo su último salario en la suma de \$707.700.

Sostuvo que sus funciones consistían en realizar la preventa de los productos de la demandada, organizar exhibiciones de los mismos, verificar el control de las neveras y montar pedidos de productos. Que las canastas de productos correspondían a la encartada, así como los vehículos en los que se trasladaba el producto, resaltando que en la empresa existió el cargo de Prevendedor.

Expuso que la encartada utilizó diferentes sociedades con la finalidad de ocultar la verdadera relación laboral como lo fueron Empresas de Servicios Temporales y Cooperativas de Trabajo Asociado ADECCO COLOMBIA S.A., MERCHANDISING LTDA., STAFF TEMPORALES LTDA., SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES BOGOTÁ - hoy NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. - hoy SERDAN S.A. Que la pasiva le certificó capacitaciones y seminarios realizados y le efectuó pagos parciales al Sistema Integral de Seguridad Social y prestaciones por intermedio de otras empresas.

Enunció que con las diferentes empresas con las que la demandada ocultó el contrato de trabajo emitieron diferentes certificaciones laborales, así como que estas empresas le pagaban comisiones y todas las acreencias laborales que por ley le correspondían.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A., contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que nunca ha existido relación laboral alguna con el demandante, sumado al hecho que en la compañía no existe el cargo de Prevendedor.

Que de acuerdo con lo manifestado por el actor en el *petitum*, su vinculación se ha dado con otras empresas con las cuales pudo llegar a tenerse algún vínculo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

comercial, pero tal aspecto no tiene ningún relevancia ni injerencia en la contratación de su personal, ni en la administración y control, por cuanto dichas compañías siempre han actuado con plena autonomía directiva, técnica y administrativa, bajo sus propios medios y asumiendo sus propios riesgos, razón por la cual lo afirmado por el accionante es contrario a la realidad.

Formuló las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la causa y de la obligación, prescripción, buena fe y compensación.

Así mismo, la demandada solicitó llamamiento en garantía respecto de SEGUROS DEL ESTADO S.A., por cuanto alude que celebró con EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. un contrato de servicios de ventas y preventas, de ahí que haya solicitado a esta compañía tomar una póliza de seguros que amparara los riesgos de cada contrato celebrado.

Luego de ser aceptado por el Juzgado de instancia, el llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. contestó que garantizará el amparo de salarios y prestaciones sociales siempre y cuando se demuestre la solidaridad del asegurado o beneficiario INDEGA S.A., y si además el trabajador desempeñó sus funciones durante la vigencia de la póliza que se cubre desde el 12 de abril de 2006 hasta el 7 de febrero de 2010.

Respecto de la demanda formuló las excepciones de imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza.

En lo que atañe al llamamiento en garantía propuso las de ausencia de cobertura de la póliza por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma, lo cual conlleva una falta de legitimación en la causa respecto del llamamiento en garantía efectuado por INDEGA S.A., imposibilidad de condenar a SEGUROS DEL ESTADO S.A. por no estar demostrada la responsabilidad del tomador de la póliza, es decir, EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA., inexistencia de la obligación a cargo de SEGUROS DEL ESTADO S.A. si se declara relación laboral directa entre INDEGA S.A. y el demandante, ausencia de responsabilidad de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

INDEGA S.A. por cuanto no se encuentra probada la solidaridad, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por el concepto de vacaciones, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por las conductas contempladas en el artículo 65 del C.S.T. y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, compensación, límite de la responsabilidad y genérica.

En audiencia llevada a cabo el día 5 de febrero de 2019, se declaró probada la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios, por lo que se dispuso la vinculación de ADECCO COLOMBIA S.A., MERCHANDISING LTDA, STAFF TEMPORALES LTDA., SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES BOGOTÁ – hoy NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA – hoy SERDAN S.A.

Por ello, EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA – hoy SERDAN S.A. indicó que suscribió un contrato de prestación de servicios con INDEGA S.A. para el suministro de personal en misión de conformidad con lo establecido en la Ley 50 de 1990, por lo que en los meses de diciembre de 2001 y junio de 2002 la demandada le solicitó la contratación del demandante previa suscripción de contrato de trabajo de obra o labor determinada, vínculos que se comprendieron entre el 1º de diciembre de 2001 y el 30 de mayo de 2002, y entre el 1º de junio de 2002 y el 31 de diciembre de 2002.

Que en el primer contrato el actor desempeñó el cargo de Desarrollador de Clientes con una retribución salarial mensual de \$862.480, mientras que en el segundo contrato desempeñó el cargo de Prevendedor y devengó un salario mensual de \$670.000, relaciones en que siempre le fueron canceladas sus acreencias laborales.

Formuló las excepciones de pago, compensación, inexistencia de la obligación, prescripción y genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ADECCO COLOMBIA S.A. manifestó en su contestación que mantuvo una relación laboral con el demandante entre el mes de mayo y septiembre de 1998, en virtud de la cual se le cancelaron la totalidad de sus acreencias laborales, contratación que fue legal a la luz de lo regulado en la Ley 50 de 1990.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de responsabilidad solidaria, cobro de lo no debido por ausencia de causa, incumplimiento al deber probatorio, enriquecimiento sin causa del demandante, prescripción y genérica.

EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. explicó que el demandante estuvo vinculado ante sus dependencias mediante contrato de trabajo de obra o labor determinada entre el 1º de enero de 2003 y el 14 de febrero de 2003, desempeñando el cargo de Prevendedor y devengando un salario mensual de \$670.000, cancelándole todas las acreencias laborales.

Formuló las excepciones de pago, compensación, inexistencia de la obligación, prescripción y genérica.

EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. – hoy SERDAN S.A., adujo en su contestación que celebró un contrato de trabajo con el demandante a término fijo el 15 de febrero de 2003, cuya modalidad las partes cambiaron a término indefinido el 16 de agosto de 2004 y el cual finalizó el 12 de julio de 2012.

Formuló las excepciones de existencia de la relación laboral con el demandante, inexistencia de la relación laboral entre el demandante e INDEGA S.A., prestación personal del servicio del demandante, subordinación del demandante, libertad de empresa, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica.

MERCHANDISING LTDA y STAFF TEMPORALES LTDA. contestaron la demanda en un mismo cuerpo, exponiendo en términos generales la oposición de las pretensiones por cuanto no se han probado los fundamentos jurídicos y fácticos que las sustentan. Propusieron la excepción de prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de febrero de 2021, absolvió tanto a la demandada como vinculadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión en primer lugar realizó un recuento normativo respecto de la Empresas de Servicios Temporales en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990. Seguidamente, sostuvo que el demandante tuvo las siguientes contrataciones:

(i) Con MERCHANDISING LTDA a partir del 29 de julio de 2001 en el cargo de Prevendedor Panamco.

(ii) Con SERVICIOS TERMPORALES PROFESIONALES BOGOTÁ - hoy NEXARTE SERVICIOS TERMPORALES S.A. desde el 1º de diciembre de 2001 hasta el 30 de mayo de 2002, y desde el 1º de junio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2002, en el cargo de Prevendedor mediante contrato por duración de la obra.

(iii) Con EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. desde el 1º de enero de 2003 hasta el 14 de febrero de 2003, mediante contrato por duración de la obra, desempeñando el cargo de Prevendedor.

(iv) Con EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. – hoy SERDAN S.A. desde el 15 de febrero de 2003 mediante contrato de trabajo a término fijo, que cambió a la modalidad de término indefinido desde el 16 de agosto de 2004 hasta 12 de julio de 2012.

Así mismo, refirió que no existió prueba de las relaciones laborales con las sociedades ADECCO S.A. y STAFF TEMPORALES LTDA., sin embargo, de la historia laboral expedida por COLFONDOS S.A., se advirtió que el actor realizó aportes a pensión a través de ADECCO S.A. desde el mes de mayo a septiembre de 1998, y por medio de STAFF TEMPORALES LTDA. en septiembre de 2001, como tampoco obra prueba que por medio de las vinculaciones ya referidas hubiese prestado servicios a la demandada INDEGA S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que llama la atención la continuidad en la prestación del servicio del demandante ante la sociedad EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. – hoy SERDAN S.A. por más de nueve años, pero conforme lo indica el certificado de existencia y representación legal de esta, su objeto social y el de la demandada INDEGA S.A. son diferentes, por lo que atendiendo los presupuestos legales del outsourcing, SERDAN S.A. es una empresa especializada en el suministro de la prestación del servicio a otra empresa, sumado a que INDEGA S.A. se dedica a la fabricación de alimentos.

Por tal razón, si bien es cierto que el actor expuso en su demanda que recibía órdenes directas de INDEGA S.A., lo cierto es que sus dichos no se probaron, y que a pesar que en efecto el actor desempeñó la labor de Prevededor, quien suministró las órdenes fueron sus distintos empleadores, pues incluso dentro del plenario se demostró que al actor se le hizo entrega de una máquina para la recolección, la cual fue entregada por SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES BOGOTÁ – hoy NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A.

De otra parte, indicó que el demandante tuvo una relación directa con EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. – hoy SERDAN S.A. desde el 15 de febrero de 2003 hasta 12 de julio de 2012, en la que no se auscultó que la demandada INDEGA S.A. hubiese sido la verdadera empleadora, sino que por el contrario, lo que se probó en juicio fue que EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. – hoy SERDAN S.A. siempre fue el verdadero empleador, circunstancias todas por lo que no se demostró que en algún momento hubiese existido un contrato de trabajo con la demandada INDEGA S.A.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La presente demanda se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante por cuanto la decisión fue adversa a sus pretensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si entre el demandante y la demandada INDEGA S.A. existió un verdadero contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1998 y el 30 de julio de 2012, pues atendiendo los dichos del actor, sostiene que fue contratado a través de diferentes Empresas de Servicios Temporales, ocultándose así el vínculo laboral que persigue.

En caso de establecer la existencia del contrato de trabajo alegado, deberá establecerse si son prósperas las pretensiones de carácter condenatorio atinentes a los derechos laborales que se reclaman, así como la responsabilidad que se persigue con relación al llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

c. Del caso en concreto:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Sea lo primero indicar, que como lo sostuvo el *a-quo*, de las pruebas acreditadas dentro del plenario, se evidencia que el demandante estuvo vinculado por medio de diferentes contratos de trabajo de la siguiente manera:

(i) Con la Empresa de Servicios Temporales MERCHANDISING LTDA., obra una certificación laboral en la que se advierte que el demandante laboró ante sus dependencias a partir del 21 de julio de 1999, desempeñando el cargo de Prevendedor en Panamco, según da cuenta la constancia obrante a folio 40, sin que milite prueba de la finalización del vínculo.

(ii) Con la Empresa de Servicios Temporales SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES BOGOTÁ S.A. – hoy NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., a través de un contrato de trabajo por obra o labor contratada desde el 1º de diciembre de 2001 hasta el 31 de mayo de 2002, y desde el 1º de junio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2002 en el cargo de Prevendedor Pareto, prueba de ello lo es la certificación emitida el 9 de abril de 2003, así como los diferentes contratos y culminaciones de los mismos visibles a folios 41 y 860 a 878.

(iii) Con EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A. desde el 1º de enero de 2003 hasta el 14 de febrero de 2013 en el cargo de Prevendedor mediante contrato de trabajo de obra o labor, según se desprende del contrato de trabajo y la carta emitida por la Empresa de Servicios Temporales que puso fin al finiquito laboral, visible a folios 981 a 984 y 991.

(iv) Con EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. - hoy SERDAN S.A. por el periodo comprendido desde el 15 de febrero de 2003 mediante contrato de trabajo a término fijo donde el actor desempeñó el cargo de Prevendedor, el cual cambió su modalidad a indefinido desde el 16 de agosto de 2004, vigente hasta el



12 de julio de 2012, como dan cuenta los diferentes contratos y demás otrosí visibles a folios 1109 a 1136 del plenario.

Ahora, como lo sostuvo el fallador de instancia, si bien no existe prueba de los contratos suscritos por el señor ORLANDO PINZÓN con las Empresas de Servicios Temporales ADECCO S.A. y STAFF TEMPORALES LTDA, lo cierto es que del reporte de semanas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones emitido por COLFONDOS S.A. (Fls. 37 a 39), se desprende que la primera referida le efectuó aportes para los meses de mayo a septiembre de 1998, mientras que la segunda lo hizo para el mes de septiembre de 2001.

Así las cosas, es menester indicar respecto de las Empresas de Servicios Temporales, que verifican el suministro de personal en misión para coadyuvar a la empresa contratista de forma temporal en el desarrollo de actividades. Las mismas están reguladas por la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 a 94.

En el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres eventos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, que para lo que interesa en el presente caso se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:

“3. 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 prorrogables hasta por seis (6) meses más.”

Ello implica, que si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y en este caso la presunción de la modalidad contractual para el trabajador de la empresa contratante.

Si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y en este caso la presunción de la modalidad contractual laboral.

En tal sentido, atendiendo las diferentes contrataciones laborales sostenidas entre el demandante con las Empresas de Servicios Temporales como lo fueron MERCHANDISING LTDA., SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES BOGOTÁ S.A. – hoy NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., ADECCO S.A. y STAFF TEMPORALES LTDA., no cabe duda que la finalidad fue la contratación del demandante en misión para con INDEGA S.A., pero a pesar de ello, claro es para la Sala que el término de contratación no se extralimitó en los precisos términos del artículo 77 de la Ley de 1990; circunstancia por la cual, es claro que la figura de contratación con las referidas Empresas de Servicios Temporales fue una vinculación ajustada a la Ley.

En este punto, se precisa que si bien no obra prueba de los extremos específicos de finalización del contrato de trabajo entre el señor ORLANDO PINZÓN y MERCHANDISING LTDA., esa carga probatoria le asistía al demandante, aspecto que no llevó a cabo y por tal razón, no se puede pretender que ante la orfandad probatoria se efectúe un juicio valorativo a su favor.

Por otra parte, y como se sostuvo en las consideraciones primigenias, entre el demandante y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA – hoy SERDAN S.A. existió una relación laboral a partir del 15 de febrero de 2003 mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual con posterioridad se convirtió a término desde el 16 de agosto de 2004 hasta el 12 de julio de 2012.

Las súplicas del actor giran en torno a que se presentó una tercerización por parte de la demandada a fin de contratar personal, como fue su caso, con la empresa EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA. – hoy SERDAN.

Sobre este tópico, resalta la Sala en primer lugar que EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS – hoy SERDAN S.A. no es una Empresa de Servicios Temporales, pues como se desprende de su objeto social enmarcado en su certificado de existencia y representación legal (Fls. 1050 a 1063), una de las actividades permitidas para su explotación es la de *“C) Apoyo logístico para la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ejecución de laborales de preventa, venta y posventa de toda clase de productos y servicios y apoyo logístico para actividades administrativas y operativas en diferentes áreas y procesos productivos empresariales e industriales”.

De otro lado, según se aprecia del certificado de existencia y representación de la demandada INDEGA S.A. (Fls. 21 a 30), su objeto social consiste en:

“La sociedad tendrá por objeto principal la producción de jarabes, sodas, sodas, aguas, minerales, bebidas gaseosas, bebidas no alcohólicas en general y productos alimenticios de cualquier índole.

A) La distribución y venta de jarabes, sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas y productos alimenticios de cualquier índole; B) la adquisición, negociación y cesión de toda clase de derechos de propiedad industrial o intelectual, franquicias, representaciones, agenciamientos; C) la compra, venta, importación y exportación de toda clase de bienes y productos manufacturados o no, es decir la ejecución de cualquier actividad de comercialización nacional o internacional.

En el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte de la Representante Legal de INDEGA S.A. señora SHARA TRUJILLO, quien manifestó que no conoce al demandante toda vez que INDEGA S.A. como empresa productora de un portafolio de bebidas tiene distintos servicios que no hacen parte de su negocio propiamente, sino que existe tercerización con diferentes empresas contratistas, como sucede en la actualidad con el servicio de preventa, venta y en general todo lo que tiene que ver con estrategias de comercialización del portafolio de productos que se maneja.

Que en lo que pudo observar en el texto de la demanda, tiene entendido que el demandante estuvo prestando servicios de preventa con diferentes empresas, precisando que nunca tuvo un vínculo de naturaleza laboral con INDEGA S.A., máxime si en la actualidad en la empresa no existe el cargo de Prevendedor.

Que INDEGA S.A. ha venido contratando un servicio con diferentes empresas especializadas en comercialización de productos, de ahí que tal situación demande la existencia de unas pautas sobre el tipo de producto que se va a comercializar, en este caso puntual respecto del cual se va a hacer una gestión de preventa o televenta, por lo que en esa medida algunas pautas que se le compartió a las empresas contratistas y por consiguiente a su personal, no obedece a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indicación o capacitación de cómo realizar la gestión propiamente del servicio que se presta, sino a ciertas indicaciones referentes al producto respecto del cual están prestando el servicio, ya sea de venta, televenta u otro.

Se le puso de presente a la Representante Legal una fotografía allegada como medio de prueba en el expediente, en la que el demandante porta una chaqueta roja con el logo de Coca-Cola, a lo cual sostuvo que en efecto esa indumentaria no corresponde a INDEGA S.A., bajo el entendido que Coca-Cola no es una marca ni razón social de su propiedad.

Insistió que lo que hace INDEGA S.A. a las empresas comercializadoras de sus productos, son precisamente unas pautas sobre los mismos ya que es lógico que esas empresas comercializadoras deban conocer las características de cada producto, como lo es el portafolio de bebidas, pues si bien son expertos en comercializar no lo son en el conocimiento específico del producto, por lo que es natural que INDEGA S.A. como contratante de ese servicio deben comunicar las características o condiciones mínimas.

Ahora, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, Radicación No. 81104 del 4 de noviembre de 2020, frente a la simple intermediación adujo:

“1. La tercerización laboral

“Desde un punto de vista amplio, la tercerización laboral, outsourcing o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

*“En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) **la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial;** (ii) **la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos;** (iii) la exteriorización de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible.

“Ha dicho la Corte que la tercerización laboral en Colombia es «un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas», siempre que se funde «en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero». Por tanto, «no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades» (CSJ SL467-2019).

“2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

“En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva» (subraya propia).

“Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas.”

Descendiendo al caso de marras, en atención del argumento jurisprudencial expuesto, este cuerpo Colegiado puede concluir que dentro del presente asunto no puede tenerse a la demandada INDEGA S.A. como un verdadero empleador, ya que de conformidad con las pautas jurisprudenciales establecidas, y atendiendo los objetos sociales tanto de la ya referida como de EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS – hoy SERDAN S.A., esta última se encarga de un apoyo logístico para la ejecución de labores de preventa, venta y posventa de toda clase de productos y servicios, así como apoyo logístico para actividades administrativas y operativas en diferentes áreas y procesos productivos empresariales e industriales, lo que implica que su objeto social se ajusta a la necesidad de INDEGA S.A., pues como se dijo, es la producción de bebidas en sus diferentes connotaciones para posteriormente su distribución.

Lo anterior, implica que en este asunto no se haya presentado una tercerización en virtud de la cual INDEGA S.A. ocultara una verdadera relación laboral con el demandante, pues se reitera, la contratación de servicios entre INDEGA S.A. y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS – hoy SERDAN S.A. busca precisamente que en aras de preservar un flujo negociable entre producción y comercialización de productos que se haya configurado el *outsourcing*.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación No. 35988, del 2 de agosto de 2011, señaló:

“Resultan ser contradictorios los propios argumentos del censor, en tanto, por un lado pretende demostrar que el actor laboró como trabajador en misión y que la demandada SERDAN actuó como su empleadora, y, por el otro, pretende desvirtuar dicha situación, en tanto alega que la vinculación con la demandada Bavaria duró más del año permitido por la ley para los trabajadores en misión y que su ocupación no obedeció a un trabajo transitorio, ocasional o para reemplazar personal en vacaciones o en licencias.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“De otro lado, no es cierto que el Tribunal no hubiere apreciado el certificado de la Cámara de Comercio de la demandada SERDAN, pues no admite duda que esa fue la prueba que lo llevó al convencimiento de que dicha sociedad no se había constituido como empresa de servicios temporales, además que, si se observa dicho documento, no aparece que se hubiere equivocado en su apreciación, pues, por ningún lado aparece allí consignado que la demandada se hubiere constituido como tal, ni tampoco emerge de su contenido que, dentro de su objeto social estuviere el de remitir personal a otras entidades, como lo sugiere el censor, de modo que, al tenor de los artículos 71 y 72 de la Ley 50 de 1990, no se puede catalogar a esta entidad como una empresa de estas características, pues el objeto social es muy diferente.

“Así mismo, el contrato de trabajo que suscribió SERDAN con el actor, no es prueba idónea para establecer que se trató de un trabajador en misión a los que se refiere el artículo 74 de la Ley 50 de 1990, así se hubiere estipulado allí que sus labores las desempeñaría en las instalaciones de la empresa Bavaria, y su modalidad de contratación fuere similar a uno de estas condiciones, como se pretende establecer a través de los interrogatorios de partes de los representantes legales de las demandadas, de modo que no se le puede aplicar la regulación legal especial para este tipo de trabajadores, como se pretende en el cargo.

De otra parte, nótese que dentro del proceso no existió prueba que demostrara que el actor en algún momento estuvo subordinado por personal de INDEGA S.A., por el contrario, de las pruebas arrimas a juicio lo único que se denota es que EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS – hoy SERDAN S.A. fue la que siempre canceló sus acreencias laborales y que actuó como su verdadera empleadora, como dan cuenta los contratos de trabajo y acciones de subordinación para con el demandante como los parámetros para la ejecución de las funciones del 2 de junio de 2010, recordatorio de funciones del 22 de noviembre de 2010 y del 26 de enero de 2011, e incluso las pautas de procesos disciplinario que se le adelantaron al demandante para los años 2010 y 2012 (Fls. 1108 a 1132).

A pesar que el testigo PLUTARCO VARGAS expuso en su declaración que el demandante desarrollaba las mismas funciones que él como Prevendedor, no fue enfático en detallarlas ni mucho menos en establecer que su actividad fuese supervisada por INDEGA S.A. o por lo menos por un funcionario de esta.

Como corolario de lo anterior la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

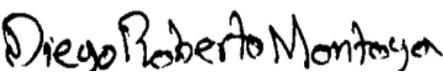
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 1º de febrero de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

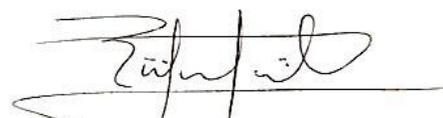
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **05 2017 307 01**
Demandante: ADRIANA VICTORIA SANABRIA SANTANA
Demandados: BIOTOSCANA FARMA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a pronunciarse frente al recurso de apelación que formula la demandada en contra de la sentencia proferida el 5 de noviembre del 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ADRIANA VICTORIA SANABRIA SANTANA presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad BIOTOSCANA FARMA S.A., con el objeto de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo.,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pactando un salario integral, el cual estuvo vigente por el periodo comprendido del 9 de enero del 2008 y el 30 de octubre del 2013, devengando a la finalización del contrato devengó la suma de \$22.016.834.

Así mismo, se declare que la demandada no canceló el valor real de las acreencias laborales y por tanto le asiste el derecho a la reliquidación de las vacaciones y la indemnización por despido injusto.

En consecuencia, solicita se condene a la pasiva a cancelarle la reliquidación de las vacaciones, así como de la indemnización por despido injusto, más la indexación de las sumas adeudadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que prestó sus servicios para la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido del 9 de enero del 2008 al 30 de octubre del 2013, inicialmente fue contratada con un salario de \$8.100.000 más \$2.500.000 de comisiones, para desarrollar el cargo de Líder de Proyectos.

Con escrito del 20 de febrero del 2009, fue trasladada a Caracas – Venezuela, por lo que se pactó un pago de \$10.500 bolívares para habitación y \$1.200 bolívares para alimentación, además de un vehículo para la ejecución de sus funciones, dos (2) viajes anuales para ella y su hijo, teléfono corporativo y la matrícula del colegio de su hijo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A partir del año 2011 BIOTOSCANA COLOMBIA le canceló un básico de \$10.600.000 y BIOTOSCANA VENEZUELA \$7.920.955, más el beneficio de alimentación y vivienda.

El día 30 de octubre del 2013, su contrato se dio por finalizado sin justa causa. Sin embargo, en la liquidación no se incluyeron los pagos percibidos por la demandante por concepto de alimentación de \$1200 bolívares y vivienda de \$10.500 bolívares.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad BIOTOSCANA FARMA S.A., en su escrito de contestación acepta la existencia de una relación laboral y sus extremos, así como el hecho que la demandante recibía un salario integral. Sin embargo, explica que el pacto en torno a las retribuciones percibidas por su traslado a Venezuela era cancelado por la empresa BIOTOSCANA FARMA – VENEZUELA, pues como lo admite la demandante, las condiciones eran diferentes para cada empresa.

Formula como medios exceptivos, los que denomina cobro de lo no debido por inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, prescripción, compensación, cosa juzgada y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 5 de noviembre del 2020 condenó a la demandada a pagar a la demandante \$37.157.714 por concepto de reliquidación de indemnización por despido injusto y \$10.329.983 por concepto de reliquidación de vacaciones, debidamente indexadas. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, frente al factor salarial que denominó vivienda y alimentación y condenó en costas a la pasiva.

Como sustento de su decisión indicó que está demostrado que, para la finalización de la relación laboral en octubre del 2013, el salario de la promotora del litigio ascendió a \$22.912.257. En lo que respecta a la cosa juzgada por el acta de transacción, alude que esta quedó supeditado única y exclusivamente a los gastos de repatriación.

Estima que BIOTOSCANA COLOMBIA decidió abrir BIOTOSCANA VENEZUELA y enviar a la demandada a la ciudad de Caracas, destacando que según el testimonio del señor LUIS CLAVEL, el 90% de BIOTOSCANA VENEZUELA era de propiedad de BIOTOSCANA COLOMBIA, luego para el Despacho se aplica el criterio de territorialidad, acorde al cual las labores desarrolladas por la demandante lo fueron en el marco del contrato con la primera, en tanto BIOTOSCANA COLOMBIA siempre ejerció la subordinación.

En ese orden de ideas, y atendiendo la prueba testimonial, no existieron dos contratos de trabajo, sino uno solo regulado por el ordenamiento jurídico colombiano.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En torno al salario, en el interrogatorio de parte de la representante legal de la accionada, al ponérsele de presente las denominados “*ofertas laborales*”, se limitó a decir que se constituyeron en un error, por cuanto en realidad se trataban de dos contratos de trabajo, no obstante, al tratarse de un solo contrato las compensación deben acumularse a efectos de establecer el salario, y acogiendo el salario mínimo de Venezuela y el cambio a la tasa de mercado de esa fecha, se obtiene la suma de un verdadero salario de \$22’912.257, suma con la cual se debieron liquidar las acreencias laborales deprecadas, por lo que procede la respectiva reliquidación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que existe claridad en cuanto al contrato de trabajo con la accionada, no obstante, la oferta laboral aportada al plenario, da plena cuenta que la accionante suscribe otro contrato con BIOTOSCANA FARMA VENEZUELA, para desarrollar actividades diferentes, y por las cuales devengaba un salario solucionado por dicha empresa, sin que el hecho que la accionada se beneficiara del mismo, sea dable establecer que se tratara de un solo contrato de trabajo, máxime que tal como lo refiere el testigo LUIS CLAVEL, una vez él se desvinculó, la sociedad cambia de razón social y la actora lo reemplaza como Gerente General de la misma en Venezuela, y posterior a ello, finaliza el contrato de trabajo con BIOTOSCANA COLOMBIA, por lo cual no es claro que el cierre de la empresa en Venezuela tenga algo que ver con la terminación del contrato de trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Refiere además que en las pretensiones de la demanda se aducía que el salario se componía de los beneficios de alimentación y habitación, los que cuantifica en el escrito demandatorio, no siendo de recibo que en la sentencia se argumente que dichos beneficios no corresponderían a salario de acuerdo con el artículo 128 del C.S.T., pese a lo cual se acceda a las pretensiones, sin que se haya mención a un fallo en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Por otro lado, que la transacción si tenía por objeto formalizar la terminación del contrato de trabajo y resolver la controversia sobre la base salarial que debe ser tomada para el cálculo de las acreencias laborales, la cual tiene plena validez, y no es dable estimar que en la misma se haya consignado un retracto, ni que la haya suscrito bajo el apremio que, de no proceder de tal manera, no le serían solucionadas las acreencias laborales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante mantuvo un único contrato con BIOTOSCANA FARMA S.A. y si en virtud del mismo, recibió los pagos por las labores desarrolladas en Venezuela, o si por el contrario existió una coexistencia de dos (2) contratos laborales, con BIOTOSCANA FARMA S.A Colombia y el otro con BIOTOSCANA Venezuela.

En claro lo anterior, de confirmarse que los pagos percibidos lo fueron en el marco de un único contrato con la demandada, si resultaba procedente ordenar la reliquidación de las vacaciones y la indemnización por despido injusto, en la forma que lo estableció el fallador de primera instancia o si existió cosa juzgada como consecuencia del Acta de Transacción suscrita por las partes.

a. Del Vínculo Laboral:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió del 9 de enero del 2008 al 30 de octubre del 2013, por cuanto así lo aceptó la pasiva en su contestación.

No obstante, alega la encartada que en virtud de dicho contrato la demandante percibió un salario integral que ascendía a \$8.100.000 más \$2.500.000 por comisiones, precisando que las otras sumas devengadas lo fueron con ocasión de un segundo contrato de trabajo suscrito con otra persona jurídica que era BIOTOSCANA Venezuela. Tesis que derruyó el fallador de primer grado, al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

explicar que las labores desarrolladas en Venezuela también lo fueron en el marco del contrato con la pasiva y, por ende, los pagos percibidos hacían parte de la remuneración salarial percibida en el marco de este contrato.

Así en aras de desatar este debate se tiene que, resulta procedente establecer si en autos se configuró la coexistencia de contratos laborales reglada por el artículo 26 del C.S.T., existiendo pagos individuales por cada contrato; o en su defecto un único contrato de trabajo que se desarrolló inicialmente en Colombia y posteriormente desde Venezuela, pero bajo la continua subordinación de su empleador.

Esto bajo el marco del criterio de territorialidad en materia de competencia laboral al cual ha aludido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiteradas sentencias en las que ha expresado que las leyes laborales se aplican en tratando de actividades que se desarrollen en otro país siempre que no exista duda en que la subordinación emerge de Colombia o bien porque las partes así lo pactaron expresamente, como se indica en la sentencia SL 1371 del 2019:

“Sobre el particular, la Sentencia SL1976-2018, rememoró lo esbozado en la sentencia CSJ SL0240-2017, rad. 39747, que al analizar un caso de aplicación de la ley en el espacio, sostuvo:

“Para dar respuesta al tema planteado por el recurrente, debe advertirse que esta Sala de la Corte, frente a la aplicación de la ley en el espacio, ha indicado que por regla general, y de conformidad a lo señalado en el artículo 2.º del Código Sustantivo del Trabajo, la legislación colombiana no aplica a servicios prestados en el exterior, siendo su excepción la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

inequívoca continuidad de la subordinación desde Colombia, o que las partes hubieran convenido al respecto, posición que se reitera nuevamente en esta oportunidad, en la medida que no se observan razones atendibles que conlleven a variarla. (Negrillas fuera de texto original). En efecto, en sentencia CSJ SL, 10 feb 2009, rad. 31301, que reiteró la sentencia CSJ SL, 28 jun 2001, rad 15468, se dijo:

“Como lo destaca el cargo, en la aludida sentencia explicó la Sala:

“Conviene precisar que conforme a la jurisprudencia mayoritaria de la Corte sobre aplicación de la ley en el espacio, el principio general es que con arreglo al artículo segundo del Código Sustantivo del Trabajo la legislación colombiana no se aplica a servicios prestados en el exterior, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso, caso en el cual el empleador contrae un deber cuya fuente es su propia voluntad, sin que nada impida que se obligue a ello, preservándose así los principios de autonomía de la voluntad, buena fe y lealtad.

“Cuestión distinta es cuando las partes – como ocurre en el caso aquí debatido – acuerdan expresamente lo contrario, esto es, que los servicios prestados por un trabajador en el exterior no se tengan en cuenta en Colombia para fines de salario o de prestaciones sociales, porque de conformidad con el precitado artículo segundo del código del trabajo esa estipulación es lícita, también desarrolla los postulados de autonomía de la voluntad, buena fe y lealtad, y por tanto no le es dable a ninguna de las partes rebelarse contra ella ni desconocerla”.

*“La impugnación parte de un equivocado entendimiento de la jurisprudencia respecto de las excepciones a la aplicación del principio de territorialidad establecido en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, particularmente de los criterios jurídicos vertidos en la sentencia arriba transcrita. Y ello es así porque es cierto que ha considerado esta Sala que la regla que se ha dado en denominar *lex loci solutionis*, contenida en el artículo 2º aludido y que es fiel desarrollo del principio de territorialidad de la ley, no es absoluta y admite algunas excepciones a su*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aplicación, que permiten que, pese a que el contrato de trabajo no se ejecute en Colombia, se aplique la legislación laboral del país.

“Por lo tanto, en virtud del principio de territorialidad previsto en el artículo 2º del CST, la Sala ha establecido como regla general que la legislación laboral aplicable es la del país donde se desarrolló la relación laboral, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso.”

Con miras a definir cuál de las precitadas tesis opera en el presente caso, es del resorte de la Corporación efectuar un análisis del material probatorio recaudado en el marco del cual se advirtió: el contrato de trabajo suscrito entre la libelista y la demandada (Fl 9-12); memorando del 20 de febrero del 2009 mediante el cual la pasiva dispone el traslado de la demandante a Venezuela (Fl 13); la autorización para trabajadores extranjeros que tramitó BIOTOSCANA FARMA DE VENEZUELA C.A (Fl 14); la oferta laboral del traslado de la demandante a Venezuela realizada por la pasiva (Fl 15-16); así como los desprendibles de nómina de la demandante ,de los cuales se desprende que el último salario que canceló la pasiva a la demandante estaba comprendido por un monto básico de \$8.100.000 y \$2.500.000 a título de incentivos y \$1.100.000 por auxilio de movilización.

De otra parte, se evacuaron los correspondientes interrogatorios de parte, en el marco de los cuales la demandada aceptó que a la demandante se lo propuso un cambio en el año 2009 para prestar laborar en Venezuela, pero aclara que existían dos contratos de trabajo; que además si se generó una modificación en las condiciones laborales, pero fue por un error en el formato, en tanto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

realmente se pactaba un nuevo contrato en Venezuela. Sin embargo, más adelante confiesa que la demandante fue trasladada a Venezuela para abrir el mercado en ese país.

A su vez la demandante confesó que, de forma bimensual hacia un viaje de Venezuela a Colombia para rendir informes de las ventas, que su cargo en Venezuela era Gerente de Mercadeo y Ventas, más el de Colombia era Gerente y Líder de Proyectos de Marketing, aclara que desde Colombia se direccionaban las metas, tanto de ventas como de cobros, y debía rendir informes al Gerente de Colombia José Ramírez Moros y al Gerente de Venezuela Luís Clavel.

Admite que recibió una oferta laboral por parte de BIOTOSCANA VENEZUELA pero aclara que fue conciliada desde BIOTOSCANA COLOMBIA, por eso una parte del salario la pagaba Colombia y la otra Venezuela, siendo esta última la encargada del pago de alimentación, vivienda y colegio, que recibió el pago de los salarios y prestaciones por parte de BIOTOSCANA COLOMBIA, además de admitir que firmó el acta transaccional, pero alude que lo hizo en tanto de no acceder el pago sería consignado en una cuenta de depósito.

De otra parte, fueron evacuados los testimonios de ASTRID JOHANA HURTADO MILA, quien afirma que laboró para la pasiva entre los años 2011 y 2018 como Gerente de Nómina, sin embargo, aduce que no conoció a la demandante y que no recuerda que se haya trasladado personal a Venezuela.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

NURY OMAIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, indica que conoció a la demandante en el año 2011 cuando ingresó a laborar en la empresa demandada como Asistente Jurídica y de Gerencia, pues la demandante venía a Colombia a constantes reuniones con el Gerente, además rendía informes relacionados con las ventas de Venezuela y recibía instrucciones relacionadas con los productos nuevos que se iba a promocionar.

Precisa que la pasiva tenía varias filiales que eran BIOTOSCANA Colombia, Venezuela y República Dominicana, y la filial de Venezuela era en realidad de Colombia, y posteriormente la misma se vendió y le refirieron que se debía liquidar el contrato de trabajo de la demandante, por lo que se trató el tema de la repatriación. De otra parte, precisa que el día de la firma de la transacción la demandante no quería firmar y por ello le pidieron hablar con la actora, dejando en claro que no la podía presionar y que si no quería el pago se debía hacer en un depósito judicial.

NUBIA INÉS RODRÍGUEZ ALARCÓN, a su turno afirmó que fue compañera de trabajo de la demandante y por ello le consta que laboró de 2009 a 2013 y que fue trasladada a Venezuela hasta la terminación de su contrato. Agrega que la actora en dicho país estaba haciendo una fusión comercial y debía que hacer algunos reportes en Colombia, por ello viajaba a fin de reunirse con el Gerente el señor JOSÉ RAMÍREZ MORO y que solo tenía conocimiento del contrato que tenía la promotora en Colombia, por lo que la nómina se le pagaba desde Colombia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, se escuchó la declaración del señor LUÍS ALBERTO CLAVEL quien informó que conoció a la demandante en el año 2008, en una visita a Colombia en la que se tocó el impuso de BIOTOSCANA VENEZUELA, que era una filial de Colombia; que la labor era abrir el mercado en Venezuela con una empresa que se creó en ese país, cuyo capital en un 90% era participación de BIOTOSCANA COLOMBIA y el 10% de JOSÉ RAMÍREZ MORO, quien funge como representante legal de BIOTOSCANA COLOMBIA y VENEZUELA; que el testigo fue nombrado Gerente General en Venezuela por BIOTOSCANA COLOMBIA, y para formar el equipo de mercadeo, él sugirió incluir a la actora, quien firmó un contrato en Venezuela y solicitó un permiso de trabajo.

En relación con la oferta que reposa en el plenario, indicó que el documento está diseñado con compensación en los dos países, porque el ingreso de la actora rompía la estructura salarial del organigrama, y a fin de no afectar a los homólogos de ella en Venezuela, se acordó que casi un 30% lo pagaban en Colombia.

Sin embargo, aclara que las funciones de la demandante no eran diferentes para Colombia y Venezuela, pues aclara que ella como Gerente de Mercadeo o de línea de producto, desde Venezuela lideró la línea de gastroenterológica, siendo indiferente en donde estén radicados los gerentes de BIOTOSCANA.

De lo hasta aquí expuesto, advierte la Sala que si bien la demandada intentó acreditar mediante la declaración del señor LUIS CLAVEL que la demandante realmente tenía dos contratos de trabajo uno en Colombia y el otro con otra



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empresa en Venezuela, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y a la luz del material probatorio recaudado, se desprende con plena claridad que la promotora realmente laboró siempre para la empresa BIOTOSCANA FARMA S.A y que todos los pagos que percibió, incluso en el marco de las actividades realizadas en Venezuela, fueron percibidas con ocasión al contrato de trabajo que celebró en Colombia.

Lo anterior, en la medida en que el material probatorio recaudado nos permite inferir que la pasiva tenía una filial en Venezuela y trasladó a la demandante a dicho país para que abriera el mercado, como lo confiesa la representante legal en su interrogatorio de parte. Máxime que es preponderante la declaración de los testigos de cara a que todas las labores desarrolladas en Venezuela se ejecutaron bajo la continua subordinación de la demandada, pues a la promotora le correspondía rendir los respectivos informes a al Gerente de Colombia, viajar continuamente a las reuniones y dar cuenta de su labor.

Es más, conforme se desprende de la declaración del propio LUIS CLAVEL la demandante manejaba una línea de Suramérica para la compañía, de suerte que realmente no importaba desde que país desarrollara su labor.

Así pues, aunque se pretenda disfrazar que los pagos recibidos en Venezuela se dieron con ocasión a otro contrato de trabajo que existió de forma simultánea con el de Colombia, es patente que la realidad nos enseña que realmente esta era una estrategia de la compañía, pues lo cierto es que más allá de lo dicho por el testigo LUIS CLAVEL, el precitado contrato con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empresa Venezolana ni siquiera fue aportado. Por el contrario, reposa en el plenario la oferta del traslado que la propia demandada hace a la demandante, en la que especifica las condiciones salariales del mismo.

Bajo estos presupuestos, no existe duda alguna para la Corporación en torno al punto de que le asiste la razón al fallador de primera instancia al afirmar que no existieron dos contrato de trabajo con personas jurídicas distintas, sino un único contrato de trabajo con la demandada y en consecuencia todos los montos percibidos por la promotora a título salarial hacen parte del salario integral de la demandante.

Ahora, se precisa que si bien en la apelación la pasiva alega que existió un error del *a-quo* al declarar dicho monto salarial, el ataque fue formulado por cuanto estimó que en el proceso lo pretendido por la demandante era que se declararan como constitutivos de salarios los beneficios como la habitación, respecto de los cuales el fallador de primera instancia indicó que no eran salario acorde lo reglado en el artículo 128 del C.S.T y por ende, la mentada condena no se podía imponer pues no se indicó que fuera un fallo *ultra y extra petita*.

En lo que a este argumento atañe, basta indicar que el mismo se encuentra totalmente alejado de la realidad, pues si se leen las pretensiones con detenimiento, las mismas tan solo se contraen a que se declare a que a la terminación del contrato devengaba \$22.016.834 y que no le pagaron el salario real de las acreencias laborales, pero lo cierto es que en el *petitum* jamás se alude que para llegar a dicha conclusión se deban tener en cuenta de forma



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

exclusiva los beneficios que el juez declaró que no eran salario, como lo expresó el fallador de primer grado. Luego es lógico que este punto de la apelación no rompa con el principio de congruencia.

Implica lo aludido que el juez no incurrió en error alguno al determinar la existencia de un solo contrato de trabajo.

b. De la transacción:

Para finalizar, en torno al debate planteado frente a la validez del Acta Transaccional, es menester de la Sala recordar que en materia laboral la transacción goza de plena validez, acorde lo reglado en el artículo 15 del C.S.T, siempre que esta no se surta frente a derechos ciertos e indiscutibles.

Siendo del caso precisar que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en múltiples pronunciamientos efectuados en torno a la transacción en materia laboral, concebida en efecto como un acto mediante el cual ambos contratantes realizan mutuas concesiones que les permite llegar a un acuerdo, ha destacado que dichas concesiones no pueden recaer frente a derechos ciertos e indiscutibles, entendiéndose los primeros como aquellos que por mandato legal le corresponden al trabajador y no existe debate alguno en cuanto a su causación, mientras los segundos se predicen frente a aquellos en que no existe controversia alguna en torno a su exigibilidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sobre el particular esa H. Corporación, en el proveído AL7872 del 2016, puntualizó:

“De otro lado, esta Sala tiene establecido que las concesiones hechas por el trabajador en un negocio transaccional, no pueden abarcar derechos ciertos e indiscutibles, así en providencia CSJ AL3525-2016 se estimó:

*“La transacción es definida por el artículo 2469 del Código Civil, como «un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual». Ahora bien, es importante advertir que la transacción celebrada en tratándose de iguales, como sería la concertada entre quienes detentan un vínculo regulado por el derecho civil, es notoriamente diferente a la celebrada por un trabajador y su empleador (artículos 15 del C.S.T. y 53 de la C.N), en razón a que estos últimos conviven en una relación donde la balanza de poder se inclina más hacia quien ostenta los medios de producción. En efecto, en el negocio transaccional, el trabajador está disponiendo del capital necesario para llevar una existencia decorosa, **por lo que las concesiones hechas por este no pueden abarcar derechos ciertos e indiscutibles**, concebir lo contrario sería desconocer la finalidad misma de las normas del trabajo, esto es, lograr justicia entre las relaciones que surjan entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.*

“De lo expuesto, resulta necesario entender cuándo estamos frente a un derecho cierto e indiscutible. Esta sala, en providencia CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332, estimó:

*“[...] el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, **un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales”. (Negrillas fuera de texto)

De otra parte, en lo tocante a los vicios del consentimiento encontramos que el artículo 1508 del Código Civil prevé como vicios del consentimiento el error, a fuerza y el dolo. Ahora, en lo que respecta a la fuerza el artículo 1513 del mismo estatuto refiere:

“La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor de reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no basta para viciar el consentimiento”

Al descender al caso *sub-examine*, se corrobora por parte de esta Sala que el Acta de Transacción suscrita por las partes el día 31 de octubre del 2013 estableció de forma clara las concesiones que realiza cada una de las partes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En estas, se puede corroborar que la pasiva a consecuencia de la terminación del contrato laboral le concede a la demandante por concepto de repatriación \$21.200.000 y a cambio la demandante declara:

“que está de acuerdo con las afirmaciones y condiciones hechas en este Contrato de Transacción, y conforme las obligaciones recíprocas de las partes, específicamente con la base para calcular las acreencias laborales a la terminación del contrato de manera unilateral y sin justa causa, declara a paz y salvo a BIOTOSCANA FARMA S.A, por todo concepto derivado de la relación laboral que existió con El Empleador, y en especial por salarios, indemnizaciones legales y extralegales, auxilios y beneficios legales y extralegales, medios de transporte, comisiones, bonos, vacaciones, viáticos, y aportes al sistema de seguridad social, deducciones efectuadas durante la vigencia del contrato de trabajo y a su terminación, cualquier prestación legal, reajuste de prestaciones sociales o de derechos laborales y por cualquier otra causa, indemnización por falta de pago o indemnización moratoria o cualquier otro tipo de indemnización, auxilios, beneficios y prestaciones extralegales en dinero y/o en especie, reajustes de auxilios, beneficios y prestaciones extralegales por cualquier causa, bonificaciones extralegales reconocidas durante la vigencia del contrato de trabajo, así como cualquier derecho que se derive de la discusión sobre su naturaleza salarial o no salarial y cualquier derecho incierto presente o futuro derivado directa o indirectamente del contrato de trabajo”.

Dimana de lo expuesto que la transacción en efecto comprendió todo tipo de discusión en torno a la reliquidación de derechos laborales, como lo son la indemnización por despido injusto y las vacaciones, así como lo relacionado con el monto del salario devengado. Luego *prima facie* comprendería los pedimentos de que trata el presente proceso, en tanto para la fecha de suscripción no se trata de derechos ciertos e indiscutibles, como quiera que no existía certeza en torno a si dichos pagos salariales se habían causado en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

marco del contrato laboral con la hoy demandada o con un contrato con un tercero, luego había una clara discusión frente a la exigibilidad de la reliquidación de los derechos laborales, sobre los cuales se fulminó la condena.

Sumando a lo anterior, se debe precisar que en el *sub-lite* la promotora no logró acreditar que la suscripción de la precitada Acta estuviera viciada del consentimiento, pues basta indicar que no era suficiente que con la firma del documento la promotora indicara que se reservaba el derecho a asesoría legal, ni mucho menos que se sintiera constreñida como lo alega en el interrogatorio, por el hecho de que se le hubiere dicho que de no firmar la transacción la empresa procedería al pago mediante depósito judicial. Pues lo cierto es que la propia ley establece y regula el pago por consignación, aunado a ello que el constreñimiento debe estar acreditado como un acto de tal magnitud que la voluntad de la persona se vea doblegada a adoptar una decisión contraria a su propio querer.

De cara a lo indicado, no cabe duda que el punto de disenso que nos convoca en el presente asunto fue objeto de la precitada transacción, lo que en suma implica que existe cosa juzgada y por tal razón, habrá de ser revocado el fallo de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

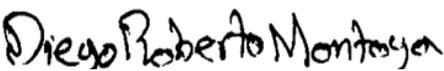
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de noviembre del 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar; **DECLARAR** probada la excepción de cosa juzgada, y en consecuencia **ABSOLVER** a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

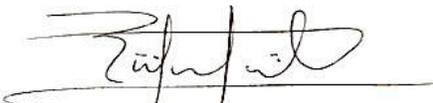
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **02 2016 00176 01**
Demandante: EDILBERTO BENAVIDES MUNÉVAR
Demandado: JORGE ELIÉCER GÓMEZ BENAVIDES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por el demandado en contra de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDILBERTO BENAVIDES MUNÉVAR, presentó demanda ordinaria laboral en contra de JORGE ELIÉCER GÓMEZ BENAVIDES, a efectos que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido del 15 de enero de 1995 al 20 de abril de 2015, el cual finalizó de forma injusta, sin que se realizaran los aportes al Sistema General de Seguridad Social, percibiendo un salario de \$1.400.000.

En consecuencia, solicita se condene al demandado al pago de las cesantías, intereses de cesantías, la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indemnización por despido sin justa causa, el pago de los valores correspondientes que resulten de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que ingresó a laborar para el demandado el 15 de enero de 1995 mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido, con una remuneración mensual de \$1.400.000, desempeñando el cargo de conductor y mecánico-latonero.

Así mismo, asevera que no le fueron solucionados los aportes al Sistema General de Seguridad Social, durante todo el tiempo laborado. Refiere que fue despedido sin justa causa el 20 de abril de 2015, y que durante todo el tiempo laborado no le reconocieron ni le pagaron las acreencias laborales cuyo pago deprecia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado operó la *litis contestatio* oponiéndose a las pretensiones aduciendo que entre las partes no existió una relación laboral, lo cual se acredita con el ofrecimiento de prestación de servicios por parte del actor de fecha 1º de agosto de 2007, respecto de un vehículo de placas SNJ065 y sus servicios como conductor.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad de la acción impetrada, inexistencia de la relación o contrato laboral a término indefinido entre el 5 de enero de 1995 hasta el 20 de abril del año 2015, y existencia de prestación de servicios entre el demandante y el demandado.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 7 de diciembre de 2020, declaró que entre el demandante EDILBERTO BENAVIDES MUNÉVAR y el demandado JORGE ELIÉCER GÓMEZ BENAVIDES existió una relación laboral del 1º de agosto de 2007 al 22 de abril de 2015, con una asignación mensual de un salario mínimo legal mensual vigente.

En consecuencia, condenó al demandado al pago de \$4.673.970 por concepto de cesantías, \$133.307 por intereses de cesantías, \$1.404.553 por prima de servicios, \$1.142.429 por compensación de las vacaciones, \$1.367.444 por indemnización por despido injusto; \$8.449.733 por concepto de sanción por no pago de cesantías, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. la cual se concreta en un día de salario por cada día de retardo, por valor de \$21.478 a partir del 23 de abril de 2015 al 23 de abril de 2017, para un total de \$15.464.400 y a partir del 24 de abril de 2017 al 30 de abril de 2020 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera; condenó al demandado al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social; absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandado.

Como sustento de su decisión adujo que se acreditó que el actor prestaba de manera personal la actividad para el demandado JORGE ELIÉCER GÓMEZ BENAVIDES, como prueba de ello se encuentra el ofrecimiento de prestación de servicios por parte del demandante, en el que ofrecía un vehículo de placas SNJ 065 y sus servicios como conductor, las cuentas de cobro, que dan cuenta que el demandante prestó sus servicios como conductor no solo en el vehículo señalado en el ofrecimiento de prestación de servicios, sino en otros diferentes. Así mismo, señala que el demandado aceptó en su contestación que el demandante también prestaba servicios de pintura y latonería.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De tal manera que se acreditó la prestación personal del servicio, presumiéndose la existencia de un vínculo laboral, lo cual no logró ser desvirtuada por la parte demandada.

En cuanto a los extremos temporales de dicha vinculación, señaló que se ubican entre el 1º de agosto de 2007, fecha del ofrecimiento de prestación de servicios por parte de EDILBERTO BENAVIDES MUNÉVAR y el 22 de abril de 2015, esto teniendo en cuenta la documental allegada al plenario por parte del demandado, denominada “*pago prestación de servicios como conductor*”, en la que se establece que, a la fecha señalada, queda a paz y salvo de todo concepto con el actor.

Con fundamento en lo anterior, procedió a realizar los cálculos aritméticos de rigor en torno a las acreencias laborales adeudadas al demandado.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el extremo demandado presenta recurso de apelación, fundamentado en que sí se logró derruir la presunción del artículo 24 del C.S.T., ello en tanto se acreditó que el actor ofreció un vehículo de placas SNJ 065 y sus servicios como conductor, sin haberlo verificado de manera exclusiva en el vehículo señalado; aunado a lo anterior con base en las cuentas de cobro allegadas al plenario, se observa que el demandante realizaba sus labores de manera interrumpida, siendo las labores de latonería y pintura desempeñadas ocasionalmente, y era remunerado por parte de los conductores a quienes les prestaba el servicio, mas no por el demandado.

Finalmente, que los mismos testigos indicaron que el demandante no realizaba solo labores en la empresa del demandado, sino que también desempeñaba otros trabajos de manera ocasional.

IV.- CONSIDERACIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá, si entre el demandante y el señor JORGE ELIÉCER GÓMEZ BENAVIDES existió una relación laboral.

c. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

d. Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si entre las partes existió una relación laboral.

Para tal efecto, es menester señalar inicialmente que el accionante adujo en el libelo demandatorio que laboró entre el 5 de enero de 1995 y el 20 de abril de 2015, señalando además que existió un contrato de trabajo a término indefinido, laborando en una jornada laboral de lunes a viernes, y algunos fines de semana, como conductor y mecánico – latonero.

De otra parte, se tiene que el accionado admitió una prestación ocasional e independiente del servicio, para lo cual aportó una oferta de prestación de servicios, presentada por el actor de fecha del 1º de agosto de 2007 (Fl. 92), así como diversas cuentas de cobro por los servicios como conductor del vehículo de placas SNJ 065, APD 685, FBJ415, SRJ516, SRJ165, con sus respectivos comprobantes de egreso, la liquidación de los viajes y cheques emitidos por el banco Davivienda (Fls. 93 a 141).

Ahora bien, se debe señalar como primera medida, que el actor debía demostrar la prestación personal y continuada subordinada del servicio en los extremos laborales aducidos en el supuesto fáctico de la demanda, *onus probandi* que no cumplió, ello en tanto no obra prueba alguna que acredite la prestación de servicios entre los años 1995 y julio de 2007; no obstante, la *a-quo* estimó acreditada la prestación personal del servicio entre el 1º de agosto de 2007 y el 22 de abril de 2015, datas que corresponden a la oferta de prestación de servicio y al paz y salvo, respectivamente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, debe señalarse como primera medida que al plenario se aportó una oferta de prestación de servicios del mes de agosto de 2007, la cual, debe señalarse, no acredita *per se* una continuada prestación del servicio, toda vez que en la misma se expresa “*Le ofrezco el carro tanque de placas SNJ 065 y mis servicios como conductor [...] para trabajar en el horario de 6 a.m. a 10 pm en días ordinarios o festivos y/o cuando las necesidades de la empresa o usted lo requieran*”, en el cual además se refiere que será durante los años 2007 a 2016 (Fl 91), y frente a la cual en la contestación de la demanda, el accionado señaló:

“Es importante manifestar al despacho que el demandante, para el mes de agosto del año 2007, presento ante mi poderdante, mediante documento escrito, un ofrecimiento de la prestación de sus servicios respecto de un vehículo carro tanque de placas SNJ 065 y sus servicios como conductor, y que dichos servicios los podría prestar y desarrollar en un horario y disponibilidad que el mismo demandante estableció, manifestando que el prestaría sus servicios ofrecidos a mi poderdante, cuando las necesidades de la empresa o mi poderdante lo requiera; frente a este ofrecimiento de prestación de servicios tanto del referido vehículo como del demandante para prestar sus servicios manejando el referido vehículo en los horarios que el mismo demandante estableció, mi poderdante le manifestó que el tomaría entonces los servicios ofrecidos por el demandante y que lo haría cuando él requiriera los mencionados servicios conforme a la actividad económica que desarrolla mi poderdante y cuando él lo requiera contrataría la prestación de dichos servicios.

[...]

“Los referidos servicios prestados por el demandante a mi poderdante tanto suyos como los del carro tanque de placas SNJ 065, fueron prestados en el horario y forma que el demandante estableció en su ofrecimiento y mi poderdante nunca estableció horario para tal fin, ni tampoco estableció algún tipo de subordinación por parte del demandante frente a mi poderdante, pues el demandante presentaba sus cuentas de cobro por el servicio prestado al momento de haber finalizado y culminado su servicio prestado.

Lo anterior permite establecer que el accionado aceptó el ofrecimiento, sin embargo, no existe confesión en cuanto a los términos contenidos en el mismo, por cuanto en manera alguna refiere que desde el 1º de agosto de 2007 y de manera continua en el horario de 6:00 a.m. a 10:00 p.m, haya prestado el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

servicio o estado en disponibilidad; acotando, además que el servicio se prestó de conformidad con los horarios y disponibilidad establecida por el accionante.

En ese orden de ideas, no resulta dable estimar acreditada con dicha prueba documental, una prestación personal y continuada del servicio desde el 1º de agosto de 2007.

De otra parte, las cuentas de cobro que, si bien no se refirieron como la únicas existentes, lo cierto es que datan del mes de junio 2009, y se allegan algunas correspondientes a los años 2010, 2012, 2013 y 2015, en el discurrir de las cuales no media una continuidad, por el contrario, se evidencia que corresponde a diversos viajes, e incluso siendo variable el monto de lo solucionado en cada uno de ellos, de la siguiente manera:

AÑO	MES	DIAS	MONOTO	FOLIO
2009	JUNIO	1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 14 Y 15	\$ 364.000	92
2010	FEBRERO	2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13	\$ 598.000	94
	MARZO	19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30	\$ 624.000	96
	MAYO	1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 13, 14 Y 15	\$ 542.000	97
	MAYO	18, 19, 24, 26, 27, 30 Y 31	\$ 320.000	99
2012	DICIEMBRE	1 A 31	\$ 8.921.724	122
2013	ENERO	1 A 31	\$ 7.874.652	123
	JULIO	21 VIAJES	\$ 544.891	101
	AGOSTO	25 VIAJES	\$ 960.000	102
	SEPTIEMBRE	25 VIAJES	\$ 9.384.000	116
	OTUBRE	27 VIAJES	\$ 10.084.000	104 Y 111
	NOVIEMBRE	23	\$ 200.000	104
	NOVIEMBRE	25	\$ 300.000	104
	NOVIEMBRE	27	\$ 1.500.000	104
	NOVIEMBRE	12 VIAJES	\$ 3.904.320	119
	DICIEMBRE	9	\$ 350.000	104
	DICIEMBRE	9	\$ 2.650.000	104
	DICIEMBRE	14 Y 15	\$ 780.000	124
2015	ENERO	5, 6, 7, 8, 9, 13, 14 Y 15	\$ 500.000	125
	ENERO	16, 17, 19, 20,21 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30 Y 31	\$ 1.000.000	127



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	FEBRERO	3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13 y 14	\$ 825.000	129
	FEBRERO	16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27 Y 28	\$ 800.000	131
	MARZO	16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31	\$ 710.000	133
	ABRIL	2	\$ 100.000	135

En ese orden de ideas, las facturas de cobro dan cuenta de la prestación de un servicio esporádico entre junio 2009 y abril de 2015, existiendo meses e incluso anualidades en las cuales no obra constancia o prueba alguna de la prestación del servicio, evidenciándose además que el monto dependía del viaje al punto que no se evidencia un salario fijo como se alegó en la demanda de \$1.400.000, por el contrario, existían viajes que superaban ampliamente dicho monto o eran inferiores dependiendo de la cantidad y kilometraje recorrido en los viajes.

Debe acotarse además que a los testigos no les consta la existencia de una continuada prestación del servicio.

En efecto, el señor ROSENDO MARTÍNEZ, quien refirió haber laborado para el demandado, manifestó que laboró para el accionado y dejó de trabajar con él aproximadamente hace diez (10) años. Señaló que el actor trabajaba como conductor, en latonería y pintura; señaló que no se cumplía horario de trabajo, pues dependía de los viajes para transportar agua; y que el establecimiento se denominaba AGUA LIMPIA. Refiere no conocer la periodicidad de los pagos ni el monto, o si se solucionaban prestaciones y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Aseveró que el accionado era propietario de los vehículos los cuales debía conducir, así como desarrollar actividades de latonería, soldadura y pintura; finalmente, refirió constarle los hechos con posterioridad a su retiro, al transitar por el establecimiento, por cuanto conducía un taxi.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, a juicio de la Sala no es dable formar el convencimiento de la Sala en cuanto a la continuada prestación del servicio, pues relató haber salido hace diez (10) años del establecimiento AGUA LIMPIA, aunado a ello que su conocimiento de una actividad permanente es por transitar en un vehículo cuando labora como taxista, lo cual no permite dar plena certeza a sus dichos, máxime que refiere que le consta una prestación personal del servicio, incluso cuando tenía pasajeros o estaba cerrado el local.

Como se advierte, dicho testigo no tiene conocimiento directo de la manera en que se prestó el servicio, al realizar visitas eventuales, sin constarle de manera directa que en efecto haya existido una continuada prestación de servicios personales, y mucho menos en los términos consignados en la oferta presentada por el actor, así como en los extremos laborales decretados en primera instancia.

Por otro lado, el deponente ARQUIMIDIO RODRÍGUEZ ZORRO señaló constarle que el actor laboraba con el demandado, señalando que cuando frecuentaba el establecimiento, el accionante le comentaba que el empleador era el demandado; aunado a ello que aseveró que la última vez que visitó al establecimiento fue hace aproximadamente diez (10) años; indicó también que en una ocasión le ayudó al señor EDILBERTO BENAVIDES MUNÉVAR a arreglar un vehículo, por lo que le consta que realizaba labores de latonería y pintura, observándolo conducir distintos vehículos; refiere además que en una ocasión evidenció que el demandado le comento al actor que había un viaje para realizar. Finalmente, que el actor trabaja un tiempo con el demandado y luego se retiraba por espacio de 8 a 15 días para hacer otro trabajo, y que luego retornaba.

Del análisis del testimonio, se advierte que se trata de un testigo de oídas frente a la identificación del empleador, aunado a ello que su conocimiento data de hace aproximadamente diez (10) años, cuando relata visitaba el establecimiento, señalando incluso que supone que laboraba con el accionado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

al observarlo conduciendo un vehículo de transporte de agua, aclarando en todo caso, no constarle la relación contractual que los ataba.

En ese orden de ideas, no es dable formar el convencimiento con la prueba testimonial frente a la prestación personal del servicio, en tanto no dan cuenta que en efecto el actor entre los años 1995 a 2015 prestara el servicio de manera continua e ininterrumpida, ni en los extremos declarados en primera instancia, esto es entre el 1º de agosto de 2007 y el 22 de abril de 2015.

Debe acotarse además que el paz y salvo del 22 de abril de 2015 (Fl. 135), solo da cuenta del pago de un viaje el día 4 de abril y por valor de \$100.000, más no que haya laborado de manera permanente hasta dicha fecha.

De igual manera, no existe una prueba fehaciente que acredite que el accionante prestaba continuamente el servicio de mecánica, latonería y pintura, pues el testigo solo habló de una sola ocasión en que le ayudó en tal actividad, y no existe confesión en ese sentido, en tanto el demandando señaló en la contestación de la demanda que *“tomo algunos servicios de latonería y pintura, también ofrecidos de manera verbal por el demandante”*.

En ese orden de ideas, se avizora que no se acreditó una prestación personal y continuada del servicio. Corolario de lo hasta aquí referido, para la Sala no existen suficientes elementos de juicio para confirmar que existió una prestación personal del servicio de manera continua entre el 1º de agosto de 2007 al 22 de abril del 2015, aunado a ello que la prueba documental da cuenta que se ofertó un vehículo y servicios para explotar un objeto social, lo cual acaeció de manera esporádica según las cuentas de cobro, teniendo el accionante a su alcance realizar otras actividades cuando no era requerido el servicio, sin que además exista prueba alguna que dé cuenta que el accionante se dedicaba a laborales de latonería, mecánica y pintura de manera permanente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por manera que, al no encontrar acreditada la prestación personal y continuada del servicio y, por el contrario, haberse demostrado que medió una oferta para explotar un vehículo del demandante y realizar viajes esporádicos, prestando otros servicios cuando no era dable explotar el vehículo, no resultaba dable fulminar las condenas peticionadas por el libelista.

Debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, señaló:

“La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

“En relación con el criterio de la integración en la organización de la empresa, acogido en la Recomendación n.º 198 de la OIT, la Sala ha destacado su importancia en las dinámicas productivas actuales (CSJ SL4479-2020), dado que se trata de un indicador abierto, complejo -aglutina otros indicios- y relevante para resolver casos dudosos, como aquellos que se presentan en sectores económicos fragmentados por prácticas de tercerización laboral o de subcontratación en las que el juez se enfrenta a una pluralidad de empresas (relaciones multipartitas o redes empresariales) o trabajos caracterizados por el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

“Este criterio da por descontado que la empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de su titular. Cuando el empleador organiza de manera autónoma sus procesos productivos y luego inserta al trabajador en ese ámbito para dirigir y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

controlar su labor, según esos fines empresariales, se estará ante un indicio claro de subordinación. El trabajador que no tiene un negocio propio, una organización empresarial suya con su propia estructura, medios de producción, especialización y recursos, sino que se ensambla en la de otro, carece de autonomía. No se trata de una persona que desarrolla libremente y entrega un trabajo para un negocio, sino que su fuerza de trabajo hace parte del engranaje de un negocio conformado por otro.

“Sobre el particular, la doctrina autorizada ha señalado que el criterio en cita tiene la peculiaridad de englobar una tríada de conceptos: integración, organización y empresa. De modo tal que este indicio se traduce «en la inserción o disponibilidad del prestador de servicios dentro del ámbito de dirección y organización del beneficiario, esto es, en la esfera de la empresa a su cargo», premisa de la que se deriva suficientemente «el carácter dependiente o subordinado de la prestación de servicios».

En el presente proceso se acreditó que el actor no estaba sujeto a una permanente realización de viajes o una imposición para su aceptación, al punto que los mismos se desarrollaron de manera discontinua y el monto a pagar dependía de cada viaje realizado, sin corresponder con el salario alegado por activa, sino a los gastos de respectivo viaje al punto que se acredita el pago de alguno de ellos en el monto de \$10.0854.000, lo cual dista de una relación laboral continua remunerada mensualmente por valor de \$1.400.000.

En ese orden de ideas, el accionante puso a disposición un vehículo para su explotación, realizó una oferta que, si bien se acepta su aceptación, se refirió que se lo hizo bajo otros condicionamientos atientes a la autonomía del actor, de lo cual da cuenta la manera en que se desarrolló tal actividad, así como la manera en que se remuneró con las cuentas de cobro.

De manera que el actor, al no cumplir con la carga probatoria que le imponía demostrar los supuestos de hecho sobre los cuales recaen las normas jurídicas cuya consecuencia jurídica persigue, para esta Corporación no queda otra salida distinta que revocar la decisión adoptada en primera instancia, para en su lugar absolver al demandado de todas y cada una de las pretensiones invocadas en el libelo genitor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como corolario de lo anterior se revoca la condena en costas dispuesta en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de diciembre del 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, para en su lugar **ABSOLVER** al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 02 2019 00088 01
Demandante: GLORIA ESPERANZA MALDONADO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería adjetiva en representación de COLPENSIONES, a la abogada LAURA ROCÍO MARTÍNEZ LIZAEAZO, identificada con cédula de ciudadanía 33.368.799 y T.P. 280.323 del C.S. de la Judicatura, conforme a los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2013 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora GLORIA ESPERANZA MALDONADO formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare nulo o ineficaz el traslado realizado el 1º de noviembre de 1996 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR S.A.

Por consiguiente, se condene a las encartadas autorizar su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que PORVENIR S.A. deberá trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de sus saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, así como que se ordene a esta última recibir las respectivas contingencias, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 9 de junio de 1961, al igual que realizó cotizaciones a pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida ante la extinta CAJANAL por el periodo comprendido entre el 20 de junio de 1995 y el 31 de octubre de 1996.

Que luego de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para el mes de octubre de 1996 fue visitada en su lugar de trabajo por un promotor de PORVENIR S.A., quien le comunicó y asesoró sobre los supuestos beneficios que obtendría si se trasladaba del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, asesoría que consistió en que si se trasladaba al régimen privado obtendría una pensión de vejez no sólo anticipada, sino superior a la que obtendría si tomaba la decisión de permanecer en el régimen pensional, y además tendría el derecho a excedentes de libre disposición.

Puntualizó que la información no solo resultó insuficiente sino falaz respecto de sus intereses, por cuanto implicó la pérdida del régimen de transición del cual gozaba, además desmejoró sus expectativas pensionales teniendo en cuenta que la pensión proyectada por la AFP resulta inferior a la que se le hubiese reconocido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de



ahí que la información fuese engañosa, máxime si su pensión de vejez ascendería a una suma mensual de un S.M.L.M.V.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones. Argumentó que del caudal probatorio se encuentra demostrado que la demandante se encuentra válidamente afiliada PORVENIR S.A.

Por otra parte, expuso que el traslado efectuado lo realizó con plena voluntad, suscribiendo los formularios respectivos; adicionalmente, que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco (5) años a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, se limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para adquirir su edad pensional, salvo en los caso en que los afiliados tuvieran quince años o el equivalente a 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, presupuesto que la actora no acreditó para la prosperidad de lo pretendido.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. sostuvo que a la demandante se le dio a conocer de manera completa, clara y suficiente sobre los requisitos para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que es claro que, por la naturaleza de cada uno de los regímenes, la obtención de la pensión de vejez denota diversas diferencias, lo cual no implica una falta al deber de información.

Que el traslado de la actora se realizó bajo las estipulaciones vigentes establecidas para la época, sumado a que no se demostró omisión o engaño.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante el formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de febrero de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación que realizara la demandante ante PORVENIR S.A. el 4 de octubre de 1996, ordenándole trasladar con destino a COLPENSIONES los valores que reposen en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, incluyendo los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, sin que haya lugar a que sobre dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración.

En igual sentido, ordenó a COLPENSIONES recibir los aportes de la accionante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumento que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por cuanto se encuentra ad portas de pensionarse.

Por otra parte, la sentencia C-1024 de 2004, determinó que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se establece sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados para que cuando cumplan los requisitos de edad y semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, por lo que de aceptarse el traslado de la demandante se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera que como entidad se le debe resguardar, como quiera que la actora no ha sido tenida en cuenta dentro de la reserva actuarial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que atendiendo la carga de la prueba dispuesta en el artículo 167 del C.G.P., le correspondía a la actora demostrar los vicios del consentimiento regulados en el Código Civil, actuar que no se probó dentro del presente asunto.

Por último, adujo que, en caso de proceder la ineficacia, PORVENIR S.A. deberá remitir con destino a sus dependencias la totalidad de los rubros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo gastos de administración y rendimientos, emolumentos que además deberán entregarse debidamente indexados.

Por su parte PORVENIR S.A. indicó que el traslado de régimen realizado por la demandante en el año de 1996 se efectuó basado en una información oportuna y completa, más aún si la actora no es beneficiaria del régimen de transición y que durante veinticuatro (24) años no elevó ninguna reclamación, consulta o solicitud tendiente a que se verificara el cambio de régimen pensional.

Que al formulario de afiliación suscrito por la accionante no se le puede restar valor probatorio, como quiera que el mismo surgió en cumplimiento de la Ley 100 de 1993, actuar que conlleva a la absolución de lo perseguido por la accionante, además que, para el año de 1996, calenda en que la actora se trasladó, no existía el deber de documentar las circunstancias de la afiliación, de ahí que aparte del formulario resulta imposible allegar más información, máxime si la señora GLORIA ESPERANZA MALDONADO es una persona mayor de edad, totalmente capaz, por lo que no se puede hablar de ningún vicio del consentimiento ni alguna conducta dolosa.

Al unísono, resaltó que en lo que atañe a la condena por gastos de administración, el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 regula lo de su cargo, por lo que los mismos no hacen parte integral de la pensión de vejez, ya que con ese rubro no se financia la prestación por lo que no son dineros que le correspondan al afiliado, tópico que conlleva que en caso de ser trasladados se constituya un enriquecimiento sin causa.

IV. CONSIDERACIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 4 de octubre de 1996 a la AFP PORVENIR S.A. (Fl. 127 - Expediente digital), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de la misma, máxime si fue enfática en resaltar que la asesoría no le fue brindada en forma individual sino de manera grupal en un máximo de veinte minutos, junto con otros compañeros de trabajo cuando laboraban al servicio de la extinta CAJANAL.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto tanto por PORVENIR S.A., respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como lo aduce PORVENIR S.A. en el recurso de alzada.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

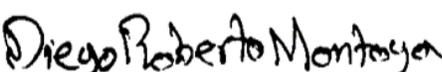
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 23 de febrero de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

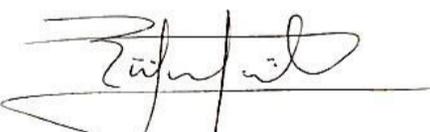
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 01 2019 00464 01
Demandante: GERARDO CARDENAS DIAZ
Demandado: BUZON DIGITAL LTDA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 5 de marzo del 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GERARDO CARDENAS DIAZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de BUZÓN DIGITAL LTDA., con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo; en consecuencia solicita se condene a la demanda al pago



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del auxilio de cesantías, compensación de vacaciones, prima servicios, indemnización por despido injusto, salarios, intereses a las cesantías y la indemnización moratoria.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que el 25 de febrero de 2009 las partes suscribieron un contrato de trabajo, para que el actor se desempeñara en el cargo de Operario de Acabados y Terminados en las instalaciones de la demandada; refiere que se pactó un salario de \$640.000, pagaderos quincenalmente.

Relata que el 23 de abril del 2018 la pasiva decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, no obstante, adujo un supuesto incumplimiento de sus obligaciones e irrespeto a sus superiores; finalmente que citó a la accionada al Ministerio de Trabajo el 4 de febrero del 2019, sin llegar a ningún acuerdo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad BUZÓN DIGITAL LTDA. en su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones argumentando que la relación laboral finalizó por justa causa y, en consecuencia, no hay lugar al pago de la indemnización por despido injusto. Además, refiere que canceló al demandante todas las acreencias laborales causadas en vigencia de la relación laboral.

Propone como medios exceptivos los que denominó la terminación del contrato de trabajo se dio con justa causa, inexistencia de presupuestos de hecho para el pago



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la indemnización por despido sin justa causa, inexistencia de presupuestos de hecho para el decreto de pago de salarios y prestaciones sociales con posterioridad a la fecha del despido, improcedencia del pago de indemnización moratoria, indebida acumulación de pretensiones, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 5 de marzo del 2021, decidió declarar probadas las excepciones de terminación del contrato de trabajo, inexistencia de los presupuestos de hecho para el pago de la indemnización por despido sin justa causa, inexistencia de presupuestos de hecho para el decreto de pago de salarios y prestaciones sociales con posterioridad a la fecha del despido.

Como fundamento de su decisión indicó que la sociedad demandada dio por terminada la relación laboral mediante comunicación del 23 de abril de 2018, aduciendo justa causa por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales y por el irrespeto hacia sus superiores y compañeros de trabajo, conductas consideradas como faltas graves, estimando que la prueba testimonial da plena cuenta de su comisión, aunado a ello que se adelantó el respectivo proceso disciplinario, garantizándose el debido proceso, aunado a ello que a la finalización del contrato, se solucionaron las acreencias laborales adeudadas.

III- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la relación laboral que existió entre las partes finalizó con justa causa.

c. Del contrato de trabajo

En el *sub-lite* no es objeto de debate que entre las partes existió una relación laboral que se extendió del 25 de febrero del 2009 al 23 de abril del 2018, en tanto la demandada en su contestación no refutó dichos supuestos facticos de la demanda. A más de encontrar sustento probatorio en el contrato de trabajo que reposa a folios 5 a 10 y la carta de terminación del contrato de folio 11.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

d. Del despido injusto:

Al respecto, debe decirse que para que proceda dicha indemnización, es conocido que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador la demostración de la justeza del mismo.

En igual sentir se tiene adoctrinado que le basta al empleador enunciar en la comunicación de despido los hechos que dieron lugar a la terminación del contra. Como lo expuso la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia con Radicación No. 37436 del 28 de agosto del 2012, al explicar:

“Cabe agregar que uno de los planteamientos vertidos sin conexión con otros ni debidamente estructurados, del cargo es que la carta de despido no aparece suficientemente detallada, aserto sin ningún asidero en la realidad porque la comunicación es suficientemente explícita y aunque en verdad no especifica el literal del artículo 62 del CST que estima violado ni la norma del reglamento, esa omisión no la invalida ni representa un vicio que comprometa su eficacia, pues una de las formas en que puede notificarse el despido es con la indicación precisa de los hechos que se imputan al trabajador sin que importe que no se señalen las normas quebrantadas por su acción u omisión”.

Así mismo, es criterio pacífico que cuando se encuentre determinado en el contrato, reglamento o Convención Colectiva de Trabajo que una determinada falta es grave, no le es dable al juzgador entrar a calificar la gravedad de la misma, tal como se indicó en la sentencia con Radicación No. 15822 del 19 de septiembre del 2001, al expresar:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En tal sentir, justo resulta recabar en los argumentos expuestos por la pasiva como fundamento de la terminación de la relación laboral. En tal sentir, encontramos que, en la carta de despido del 23 de abril del 2018, la encartada manifestó:

“Con la presente le informamos que la empresa ha decidido terminar de manera unilateral su contrato de trabajo con justa causa, debido al incumplimiento de sus obligaciones contractuales e irrespeto a sus superiores y compañeros de trabajo considerados como falta grave.

“La anterior decisión se toma conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 43 y literal d) del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, Cláusula novena del Contrato de Trabajo y artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo”

De forma tal que corresponde a la Corporación proceder a determinar si la justeza del despido alegada por la parte demandada se encuentra plenamente acreditada.

Así las cosas, al analizar el acervo probatorio se constata que mediante memorandos del 23 de abril del 2018, se citó al actor a diligencia de descargos por los hechos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acaecidos el 19 de abril de 2018 por el irrespeto al compañero de trabajo RICARDO LEÓN (Fl 12); el 9 de abril por irrespeto al compañero de trabajo ARCADIO VARGAS (Fl 13), e irrespeto a su superior CARLOS VARGAS (Fl 14). Diligencia de descargos que se surte el mismo 19 de abril, con fundamento en las quejas presentadas por los propios trabajadores involucrados y los testigos recibidos en el curso del proceso disciplinario.

Se resalta de las referidas documentales que en la queja puesta por el señor CARLOS VARGAS, este expone que el 19 de abril de 2018, solicitó al demandante un trabajo con el objeto de que se plastificaran unas muestras, a lo cual obtuvo una respuesta del actor con palabras soeces, hecho que es corroborado por los señores OSCA JAVIER SÁNCHEZ y LUZ MARINA VEGA, al exponer que estaban presentes en dicho momento.

Así mismo, se corrobora que previo a este suceso el demandante recibió varios llamados de atención los días 29 de septiembre del 2009, 1º de febrero del 2010, 18 de febrero del 2011 e incluso su comportamiento fue objeto de análisis por parte del Comité de Convivencia el 5 de noviembre del 2016, por las quejas elevadas por sus compañeros de trabajo y en este se dejó constancia que el demandante se comprometía a mejorar sus relaciones interpersonales.

De otra parte, se evacuó el interrogatorio de parte de la demandada, quien admite que el demandante laboró para la pasiva por más de 16 años y se desempeñó como operario de acabados y terminados, pero expuso que el demandante había sido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sujeto de diversos llamados de atención por su comportamiento hacia sus compañeros de trabajo, por lo que su caso se analizó en el Comité de Convivencia Laboral y luego se le adelantó el respectivo proceso disciplinario.

A su vez, el demandante en el interrogatorio de parte admite que el señor CARLOS VARGAS era su jefe y que conocía el Reglamento Interno de Trabajo.

De otra parte, fueron practicados los testimonios de JORGE ALEXANDER BERMÚDEZ MELO, Abogado Asesor de la empresa y OSCAR JAVIER SÁNCHEZ RAMÍREZ, compañero de trabajo del demandante.

En el curso de las declaraciones, el primero narra que dada su calidad fue consultado por la empresa por el caso del demandante en atención a que su jefe inmediato CARLOS VARGAS, reportó que se le había dado una orden al trabajador y este no la acató, además se evidenció que había tenido conductas groseras con sus compañeros de trabajo, según declaración de estos mismos.

Precisa que previamente, el caso del demandante había sido puesto en consideración del Comité de Convivencia por comportamientos groseros del demandante hacia sus compañeros de trabajo y en esa oportunidad, el libelista se había comprometido a cambiar su conducta.

El señor OSCAR JAVIER SÁNCHEZ RAMÍREZ por otro lado, expone que como compañero del demandante le consta que utilizaba expresiones inadecuadas para dirigirse a sus compañeros de trabajo, e incluso utilizó lenguaje soez con su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

compañero de trabajo RICARDO LEÓN; de igual manera expresa que el demandante tuvo una discusión muy fuerte con su superior; destacando que estuvo presente en dichos momentos. Agrega, que el promotor era una persona que se alteraba cuando no estaba de acuerdo con alguna decisión u orden, y se dirigía con groserías.

De lo expuesto se colige que se acreditó de manera fehaciente que el actor incurrió en las conductas que le fueran endilgadas en la misiva de despido, siendo además escuchado al momento de adoptar la decisión, al haber sido citado a diligencia de descargos. Sobre tal aspecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL-2351 del 2020, señaló:

“En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

De cara a lo indicado dimana lógico afirmar que la convocada a juicio logró acreditar los hechos enunciados como justa causa de despido, pues es claro que se marginó de atender una orden que le impartió su jefe y adicionalmente, fue grosero con este y con sus compañeros de trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A juicio de la Sala los hechos alegados por la demandada sí comportan una justa causa de despido, acorde lo dispuesto en el numeral 2º y 6º del literal a) del artículo 62 del C.S.T., atinentes a *“Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo”* y *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”*, respectivamente; normativa que también fue enunciada en la carta de terminación, por cuanto es patente de los hechos anotados que el demandante incurrió en malos tratamientos hacia sus compañeros de trabajo e incumplió gravemente con sus obligaciones, pues no solo desatendió una orden que se le impartió sino que contestó de forma soez a su superior.

Acota la Sala que, frente a la causal endiligada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1114-2021, Radicación No. 84167 del 24 de marzo de 2021, señaló:

“Sobre el maltrato de palabra u obra como justa causa de despido en el cumplimiento de las labores o fuera del servicio por parte del trabajador contra el empleador o los miembros de su familia, la Corte en decisión CSJ SL, 27 nov. 2000, rad.14705, adoctrinó:

“[...] en el C.S.T se contemplan obligaciones para el empleador relativas a respetar y proteger la dignidad personal del trabajador (arts 57-5 y 59-9) y si no se incluyó una específica atinente al buen trato en general, sin duda ella se deriva con toda claridad del hecho de configurar justa causa para terminar el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contrato de trabajo por parte del trabajador, el maltrato inferido por el patrono contra éste o los miembros de su familia dentro o fuera del servicio, o inferido dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del patrono con el consentimiento o la tolerancia de éste (Dcto 2351 de 1965, art 7-literal b., ordinal 2)

“Ahora bien, no se remite a duda que el maltratamiento a que aluden las pruebas referidas debe entenderse en su sentido usual, valga decir, como acción y efecto de maltratar o maltratarse o sea tratar mal a uno de palabra u obra y es de advertir también que el maltrato inferido por el trabajador dentro del servicio, es decir, en las labores o en aspectos inherentes a las mismas y aquel en que incurra el patrono en cualquier circunstancia, no requiere del ingrediente de gravedad para que configure justa causa de despido, cosa que si exige la ley en el evento de que el maltrato ocurra fuera del servicio por parte del empleado.

“Y debe aclararse que a los contratantes, y particularmente al trabajador, les asiste la obvia posibilidad jurídica y humana de pedir, reclamar o exigir en modo respetuoso sus derechos, pero si bien es dable entender que pueden hacerlo en tono firme o incluso enérgico, en modo alguno es admisible que utilicen la descortesía, el agravio o lo burlesco.

En ese orden de ideas, al haberse acreditado la justeza del despido, y no avizorarse además que se adeude suma alguna de dinero por concepto de salarios y prestaciones sociales en tanto la pasiva allegó constancia del pago de las mismas, así como la respectiva liquidación definitiva de prestaciones sociales y su comprobante de pago (CD Fl83), se confirmará en su integridad la decisión objeto de consulta en esta instancia. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 marzo del 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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