



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2019 00540 01
DEMANDANTE: GLORIA ELSA CASTILLO PINILLA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que causó el derecho a la pensión de vejez el 4 de abril de 2008. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la mesada 14 a partir de junio de 2012, asimismo a reintegrarle debidamente indexados los descuentos por mesadas adicionales realizados mediante Resolución GNR 245856 de 2014 y GNR 63565 de 2015 y VPB 55470 de 2015, junto con los intereses moratorios, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de abril de 1953 y cotizó para pensiones a lo largo de su vida laboral un total de 1.217 semanas. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad y 750 semanas de aportes y que mediante Resolución n.º 041763 de 12 de septiembre de 2018, el Instituto de Seguros Sociales

le reconoció pensión al amparo de la Ley 71 de 1988, a partir del 1º de octubre de 2008, en cuantía inicial de \$915.740. Al resolver recurso de reposición la entidad mediante Resolución 20700 del 18 de mayo de 2009, confirmó su decisión inicial.

Señaló que el 6 de diciembre de 2010 solicitó a reliquidación de su pensión, a la cual se accedió mediante Acto Administrativo GNR 245856 de 3 de julio de 2014, por lo que la mesada quedó en cuantía de \$1.390.181 para el 29 de mayo de 2008 y ordenó el pago de un retroactivo de \$12.099.929 y el descuento de \$8.880.435 por concepto de mesadas adicionales más los aportes correspondientes a salud. Inconforme, interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones GNR 63565 de 4 de marzo de 2015, con la cual se fijó la mesada inicial en la suma de \$1.419.460 y ordenó hacer un nuevo descuento por concepto de mesadas adicionales, lo que generó un valor negativo a cancelar de \$5.550.384.

Indicó que al atender el recurso de apelación mediante Resolución VPB 55470 de 2015, Colpensiones determinó como cuantía inicial de la prestación la suma de \$1.419.471, un retroactivo de \$2.947.662 y descuento por valor de mesadas adicionales de \$235.777, con un nuevo saldo a pagar de \$2.828.965. Expuso que el 9 de junio de 2018 presentó derecho de petición para que le informaran por qué no le fue cancelada la mesada 14, en la que le indicaron que la pensión era superior a 3 salarios mínimos legales. Reiteró la solicitud el 17 de agosto de 2018 y solicitó revisar los valores descontados en las resoluciones previas, la cual fue negada por Acto Administrativo SUB 321313 de 10 de diciembre de 2018. Inconforme, interpuso recurso de apelación, que fue resuelto con Resolución DIR 1370 del 5 de febrero de 2019, en el que confirmó la decisión anterior.

Refirió que la cuantía de la pensión a partir del año 2012 es inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la entidad no estaba facultada para descontar dineros que fueron recibidos de buena fe. Señaló que para la fecha en que entró en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005,

contaba con la edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de vejez (f.º 1 CD expediente digital).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio de a demandante y los referentes a los actos administrativos expedidos por la entidad. En su defensa, propuso las excepciones de mérito de prescripción inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, cobro de lo no debido, la buena fe, pago y las demás declarables de oficio (f.º 1 CD expediente administrativo).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de septiembre de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones y cobro de lo no debido. En consecuencia, absolvió a Colpensiones de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14 como quiera que la prestación para el año 2018 fue reconocida en suma superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que el espíritu de la mesada 14 siempre refiere a que las mesadas no perdieran el valor adquisitivo, en razón a que estas eran incrementadas por debajo del aumento anual del salario mínimo y como quiera que a partir del año 2012 la prestación que recibe la accionante disminuyó a una suma inferior a 3 salarios mínimo tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional deprecada. Indicó aquí que no es

procedente avalar la decisión arbitraria y desconsiderada tomada por Colpensiones que aplicó la norma con olvido del principio de favorabilidad.

Arguyó que la demandante recibió de buena fe los pagos por concepto de mesada 14 e invirtió el dinero en lo que consideró, además que las reliquidaciones otorgadas por la entidad lo que hicieron fue perjudicarla, pues con ellas se le ordenó devolver unas sumas de dinero que le habían sido entregadas.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, a efectos de determinar si el demandante tiene derecho a que le sea reestablecido el pago de la mesada 14, con el consecuente pago de los intereses moratorios.

1. De la mesada adicional

Para dilucidar la controversia, se encuentra demostrado que mediante Resolución n.º 41763 del 12 de septiembre de 2008, la demandada reconoció al actor pensión de vejez a partir del 1º de octubre de 2008, en cuantía inicial de \$915.740, al amparo de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003. Luego la entidad reliquidó la prestación mediante Acto Administrativo GNR 245856 de 3 de julio de 2014 otorgándola en aplicación de la Ley 71 de 1988, al ser la promotora del juicio beneficiaria del régimen de transición, a partir del 29 de mayo de 2008, en cuantía de \$1.390.181. Inconforme la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, al resolver el primero, la entidad confirmó su decisión inicial por Resolución GNR 63565 de 4 de marzo de 2005. Al atender el recurso de apelación Colpensiones mediante Resolución VPB 55470 de 4 de agosto de 2015 reliquidó la mesada

pensional determinándola en la suma de \$1.419.971 a partir de 29 de mayo de 2008.

Se verifica además que mediante Acto Administrativo SUB 321313 del 10 de diciembre de 2018, Colpensiones decide negar la reliquidación de la pensión, así como la mesada 14. Al no estar de acuerdo con lo decidido la accionante interpuso recurso de apelación, resuelto mediante Resolución DIR 1370 de 5 de febrero de 2019, la cual decidió confirmó en todas sus partes su decisión inicial.

Frente al mesada adicional reclamada, se advierte que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

Paralelamente, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en el inciso 8º de su artículo 1º que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”*. Asimismo, la referida enmienda constitucional regula en el párrafo transitorio 6º que se exceptúan de lo establecido en el inciso 8º, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si la prestación se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

En el asunto bajo examen, se corrobora que la señora Gloria Elsa Castillo Pinilla es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues así lo determinó Colpensiones en

Resolución GNR 245856 de 3 de julio de 2014, mediante la cual reconoció la prestación de vejez en aplicación de la Ley 71 de 1988, modificada de manera definitiva mediante Acto Administrativo VPB 55470 de 4 de agosto de 2015, a través de la cual Colpensiones reliquidó la mesada pensional estableciéndola para el 29 de mayo de 2008 en la suma de \$1.419.971.

De otro lado, conforme a la copia de cédula de ciudadanía se verifica que el accionante nació el 4 de abril de 1953 (f. ° 13), por lo que alcanzó los 55 años el mismo día y mes de 2008, data para la cual contaba con 1.220 semanas cotizadas, según Resolución SUB 321313 de 2018, es decir, que la promotora del juicio causó el derecho a la pensión de vejez el 4 de abril de 2008, cuando acreditó el requisito de edad.

Ahora, pese a que la prestación se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011, plazo máximo fijado por el Acto Legislativo 01 de 2005, para acceder a este beneficio y la entidad reconoció la pensión a partir del 29 de mayo de 2008, día siguiente a aquel en el que se realizó la última cotización, fecha en todo caso, también anterior al límite señalado en la reforma constitucional. No es posible reconocer a la promotora del juicio la mesada adicional, porque la pensión se concedió en cuantía inicial de \$1.419.971, esto es, un monto superior a 3 salarios mínimos, dado que para esta anualidad el salario mínimo legal mensual quedó fijado en la suma de \$461.500.

Resulta importante destacar que al amparo del Acto Legislativo 01 de 2005 para determinar si una persona cumple las condiciones para tener derecho a la mesada adicional se debe acudir al monto de la pensión cuando se causó el derecho, sin que resulte viable, ni siquiera en aplicación del principio de favorabilidad, analizar el reconocimiento de la mesada adicional a partir del momento en que la mensualidad por efectos de los incrementos legales se ubique por debajo de los tres salarios mínimos.

Así las cosas, resulta evidente que la accionante no se encuentra incurso en el supuesto previsto en el parágrafo 6º transitorio de la citada

reforma constitucional, por lo que resulta acertada la conclusión del juez de conocimiento al determinar que la accionante no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional, por lo que la sentencia será confirmada.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

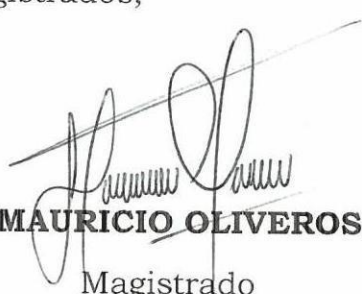
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

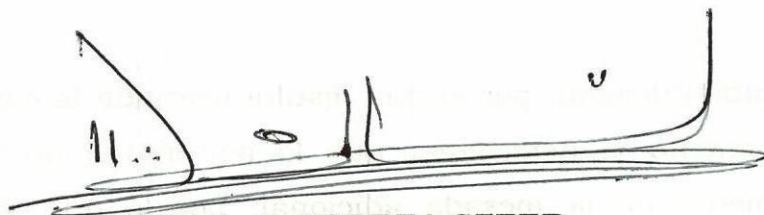
SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 32-2019-540-01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00226 01
DEMANDANTE: JOSÉ RENÉ CAMACHO CHICO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA NACIÓN MINISTERIO DE
HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de junio de 2020. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Nación. Se advierte que este proceso ha pasado a al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a las demandadas Colpensiones y Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir el bono pensional en favor de la AFP Porvenir y, a esta última, a reconocer y pagar la devolución de aportes correspondiente. Se condene a las demandadas a indexar las sumas de dinero adeudadas, a reconocer los derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró al servicio de varias empresas privadas las cuales cotizaron unas al Instituto de Seguros

Sociales y las otras a la AFP Porvenir S.A. Refirió que en forma alterna prestó sus servicios al Magisterio, por lo que el Fondo Nacional de Prestaciones le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución n.º 0575 del 31 de enero de 2013.

Expuso que el 20 de enero de 2019 solicitó a Colpensiones trasladar los aportes que realizó en pensión a la AFP Porvenir S.A., quien indicó que el trámite a seguir para obtener la emisión del bono pensional está a cargo de Porvenir S.A. Precisó que el 25 de enero de 2019 imploró a la AFP demandada la devolución de saldos por la imposibilidad de seguir cotizando y requirió allí la devolución de los aportes efectuados a Colpensiones, la cual respondida de forma negativa el 1º de febrero de 2019. Señaló que el 25 de enero de 2019 pidió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público expedir certificación del valor del bono pensional y aprobar el mismo a favor de la AFP, no obstante, mediante comunicación de 18 de febrero de 2019 negó la petición (f.º 45 a 52 subsunción).

Al dar respuesta a la demanda, la demandada AFP Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó el relacionado con la afiliación del accionante a esa administradora y señaló no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, el hecho exclusivo de un tercero, la petición antes de tiempo, bono pensional no emitible, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 65 a 76).

Por su parte, Colpensiones también se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó el relacionado con la vinculación y cotizaciones realizadas al ISS. Respecto de los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación en cabeza de Colpensiones y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 82 a 86).

De otro lado, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con los servicios a favor del magisterio y la prestación reconocida en virtud de los mismos. Para atacar las pretensiones formuló como excepciones la inexistencia de la obligación a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las demás declarables de oficio (f.º 109 a 115)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de junio de 2020, condenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir el bono pensional a favor del demandante por las cotizaciones realizadas al régimen de prima media con prestación definida administrada por el ISS, hoy Colpensiones, desde el 17 de mayo de 1984 hasta el 30 de septiembre de 2007, por un total de 610.67 semanas.

Paralelamente, dispuso a la AFP Porvenir S.A. realizar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público todas las gestiones necesarias para la emisión del bono pensional y a pagar al demandante por concepto de devolución de saldos el monto del bono pensional al que se ha hecho referencia. Impuso costas a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y absolvió de las pretensiones de la demanda a Colpensiones (f.º 118 y 119)

En sustento de su decisión, indicó que la devolución de saldos reclamada es compatible con la pensión que el accionante disfruta y le fue reconocida en razón a los tiempos de servicios prestados exclusivamente al Magisterio, por lo que procede la emisión del bono a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpuso recurso de apelación al argumentar que el juzgado sustenta su

fallo en la jurisprudencia que proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la cual se indica que existe compatibilidad frente a las prestaciones que reconoce el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y los bonos pensionales a favor de los docentes que ya se encuentran pensionados por dicho fondo, postura de la cual se aparta pues la jurisprudencia no se hace un análisis sobre la fuente de financiación del bono pensional, y es que claramente el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, indica la naturaleza de los bonos pensionales a cargo de la Nación y dice que son títulos de deuda pública, por ello, los bonos pensionales que emite la nación provienen del presupuesto general de la Nación, y para su cumplimiento se apropian las correspondientes partidas presupuestales, en consecuencia, cualquier bono tipo A, a cargo de la Nación tiene una fuente de financiación eminentemente pública.

Arguyó que conforme a la Ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, por tanto, las prestaciones que paga este fondo provienen también de los recursos que se apropian anualmente al Ministerio de Educación.

En ese sentido, argumentó que en el presente asunto se habla de dos prestaciones que provienen del tesoro público y, ello, surge de la interpretación legal de la ley 91 de 1989 y el artículo 121 de la Ley 100 de 1993; por lo que de reconocer el bono pensional se iría en contravía de lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Nacional según el cual nadie puede devengar dos prestaciones que provengan del presupuesto del tesoro público, evidenciándose una clara incompatibilidad.

De otro lado, sostuvo que no discute que el demandante cotizó a Colpensiones a través de empleadores del sector privado en calidad de docente, pero precisó que esas cotizaciones se quedaron en el fondo público, nunca se fueron al régimen de ahorro individual y no están incluidas en el bono pensional sino en el fondo común, pues todos los componentes del bono pensional incluida la capitalización que establece el Decreto 1299 del 94 provienen únicamente de los recursos que conforman el presupuesto general de la Nación y reiteró se apropian tanto al

Ministerio de Hacienda como al Ministerio de Educación que son secciones del presupuesto general de la Nación.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el accionante tiene derecho a la devolución de saldos correspondiente al bono pensional o si esta es incompatible con la pensión de jubilación que actualmente percibe.

Para dilucidar el problema jurídico resulta pertinente indicar que se encuentra probado que: **(i)** el demandante es beneficiario de una pensión vitalicia de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución n.º 0575 del 31 de enero de 2013, a partir del 29 de noviembre de 2011 en cuantía inicial de \$1.887.701 (f.º 27 y 28) y **(ii)** solicitó a la AFP Porvenir S.A. el reconocimiento de prestación económica el 5 de junio de 2018, la cual reconoció devolución de saldos (f.º 64 CD expediente administrativo AFP Porvenir S.A.).

Frente a la devolución de saldos, conforme al artículo 66 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a esa prestación aquellos afiliados que alcancen las edades mínimas para acceder a la pensión de vejez y no tengan el número mínimo de semanas exigidas o acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo.

Además, dispone la norma que la devolución de saldos comprende “los rendimientos financieros y **el valor del bono pensional**, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

En sentencia SL451-2013, rememorada en providencia SL 2649 de 2020, al abordar un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención del Tribunal, la Corte Suprema de Justicia puntualizó:

“En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

En lo que atañe al segundo aspecto, cumple indicar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994 prevé la posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores, en los siguientes términos:

Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

En cuanto a dicho postulado, la Sala ha precisado que solo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias

previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo (CSJ SL451-2013).

En relación con el tercer punto planteado en el ataque, es preciso advertir que el art. 81 de la Ley 812/2003 mantuvo la exención establecida para los docentes en el art. 279 de la Ley 100/1993, únicamente respecto de los vinculados con posterioridad a dicho cambio legislativo, razón por la cual, si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado antes del 27/06/2003 y, al mismo tiempo, para particulares, como es el caso de José Aldemar Giraldo Hoyos, que se vinculó por primera vez al ISS el 16/02/1971, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100/1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente.

En lo que se refiere al argumento según el cual, de los artículos 113, 115 y 120 de la Ley 100/1993 se desprende, como requisito indispensable, tener derecho a la pensión de vejez para poder establecer si es necesaria la expedición del bono pensional, valga recordar que el artículo 11 del Decreto 1299 de 1994 prevé que «(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993». A su vez, según el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos.

De acuerdo con tales disposiciones, el raciocinio del censor es infundado, dado que el bono pensional no está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, por lo que no es indispensable tener derecho a la misma para que sea posible su emisión, como equivocadamente se denuncia en el cargo.

En lo referente al último tema, relacionado con la incompatibilidad de las pensiones por infracción del art. 121 de la Ley 100/1993, se precisa que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor. Así lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sala en diferentes sentencias, entre otras, en la CSJ SL9730-2014 y la SL5118-2019.

De acuerdo con lo expuesto, en este caso era posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo fueron realizadas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por el demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En ese orden, es claro para la Sala que el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos que le endilga el censor, por lo que el cargo no sale adelante.

El anterior criterio ha sido reiterado por el máximo Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria también en sentencias CSJ SL7421-2017, CSJ SL5092-2019 y CSJ SL1257-2019.

En ese horizonte, es perfectamente válido concluir que el promotor del juicio quien disfruta de pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, además tiene derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual, la cual debe incluir el bono pensional que representa las cotizaciones que efectuó en el sistema de prima media con prestación definida, y debe ser incluido dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos, como quiera que éste no está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez.

Al punto, conviene advertir que los artículos 60 y 115 de la ley integral de seguridad social, establecen que a los bonos pensionales tendrán derecho también los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público, supuesto en el que se encuentra el promotor del juicio.

No obstante, para que este título valor cumpla la finalidad de financiación de las prestaciones que otorga el sistema, debe surtirse un trámite, como lo explica la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4305-2018, que al punto señala que:

“Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación se describirán brevemente cada una ellas:

- a) Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS. La información así obtenida*

- es ingresada por la AFP al Sistema Interactivo que para el efecto tiene la OBP. La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactivo de la OBP.
- b) Conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.
 - c) Con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, cálculo que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional **se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9º del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada. (negrilla y subraya fuera del texto)**
 - d) **Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7º del Decreto 3798 de 2003.** Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional. (Negrilla fuera del texto)
 - e) **Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.**
 - f) La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A que se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A que ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.
 - g) Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.

Al amparo de las anteriores reflexiones, es claro que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de su Oficina de Bonos Pensionales es la llamada a levantar la detención que aparece en la historia laboral del demandante relacionada con el indicio de pensión, para que la AFP Porvenir S.A. pueda generar la liquidación que deberá ser aprobada por el accionante y solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Oficina de Bonos Pensionales la emisión del bono pensional, su

consecuente redención y pago a la AFP, para que esta a su turno proceda a realizar la devolución de saldos correspondiente, por lo que el fallo analizado será modificado en la forma anunciada.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso, atendidos los argumentos de apelación expuestos por la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esta Colegiatura modificará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ni en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de junio de 2020, en el sentido de ordenar a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público levantar la detención del bono pensional del accionante y permitir su liquidación. Una vez realizadas las gestiones pertinentes por parte de la AFP Porvenir S.A., se le ordena proceder a emitir y redimir el bono pensional correspondiente a las cotizaciones realizadas por el demandante al régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

salvo lo de voto

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE RENE CAMACHO CHICO

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 029 2019 00226 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

De manera respetuosa se presenta salvamento de voto respecto de la decisión de la mayoría de la sala por las siguientes razones:

Esta por fuera de debate los siguientes hechos: i) el demandante se encuentra pensionado por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien reconoció pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución No. 575 del 31 de enero de 2013 (f° 26-28), ii) el actor efectuó cotizaciones de forma interrumpida al Instituto de Seguros Sociales por el periodo comprendido entre el 17 de marzo de 1994 y el 31 de octubre de 2006, iii) el 28 de agosto de 2007, se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A Pensiones y Cesantías, y al no alcanzar el capital pensional necesario para recibir de dicha AFP el reconocimiento y pago de la prestación económica de vejez procedió a solicitar la devolución de saldos incluyendo el bono pensional correspondiente a los aportes realizados al ISS, iv) Porvenir realizó la devolución de saldos que se encontraban en la cuenta de ahorro individual del actor, tal y como se verifica en el expediente administrativo allegado por dicha administradora que reposa al folio 64 del expediente y v) para la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el demandante no tiene derecho a la devolución de las cotizaciones efectuadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, representadas en un bono pensional Tipo A Modalidad 2, por considerar que el mismo es incompatible con la pensión de jubilación que en la actualidad devenga.

Decantado lo anterior y analizado el asunto de la referencia, se determina que lo que pretende el actor al reclamar el bono pensional, es la devolución de las cotizaciones realizadas al ISS hoy Colpensiones con la aplicación de la metodología para reconocimiento del bono tipo A que se aplica a las

personas que se trasladan del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Bajo ese panorama, lo primero que debe dejarse claro es que, si bien los recursos para pensiones en el régimen de prima media se administran en un fondo común, la jurisprudencia, en sentencia C.S.J. S.L. radicado No. 24062 de 14 de febrero de 2005, entre otras, ha señalado que dichos recursos no se sufragan del tesoro público y, por lo tanto, no hacen parte de dicho erario; por lo que el argumento de la demandada no está llamado a prosperar.

En segundo lugar, se debe destacar que la pretensión solicitada por el demandante es la devolución de saldos y esta figura está consagrada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, la que al igual que la figura de la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la misma norma, son prestaciones supletorias a la pensión de vejez, lo que hace que para su concesión se deban cumplir los requisitos contemplados en dichas normas.

Establece el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, que dicha prestación puede ser reclamada por quien teniendo las edades señaladas en el artículo anterior no haya cotizado el número mínimo de semanas o no haya acumulado el capital necesario para financiar por lo menos una pensión igual al salario mínimo.

Si bien el demandante acredita más de 62 años de edad, es de anotar que no cumple con el requisito de no tener las semanas suficientes para acceder a la prestación que cubra su riesgo de vejez, lo anterior porque cumplió con las semanas necesarias y por ello se le reconoció la pensión de jubilación del régimen de prima media administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se señala que es una pensión del régimen de prima media porque de conformidad con el artículo 32, el régimen de prima media tiene como características ser un régimen solidario donde los aportes constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados, requisitos estos que se cumplen en los dineros que administra esa entidad.

Asimismo, se advierte la improcedencia de la pretensión, pues debe recordarse que la finalidad de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, no es otra que la de permitir que las personas que pese a cumplir el requisito de edad no consolidan el requisito de semanas cotizadas obtengan del sistema una pretensión subsidiaria a la pensión de vejez que cubra dicho

riesgo, en el Régimen de Prima Media la indemnización sustitutiva y en el Régimen de Ahorro Individual la devolución de saldos.

De tal manera que al gozar el demandante de una pensión otorgada por el régimen de prima media administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se desvirtúa el requisito que permite activar la prestación subsidiaria, se insiste, el de no cumplir con el número mínimo de semanas para obtener la pensión de vejez.

Aunado a lo anterior, se debe destacar que la Ley 100 de 1.993 estableció el sistema de seguridad social integral, conformado por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, sujetos, entre otros, a los principios de integralidad y unidad (arts. 1°, 2° y 8°), del que están excluidos los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y como la afiliación es única al Sistema General de Pensiones no hay lugar a una vinculación simultánea en los regímenes vigentes, máxime cuando se prohíbe de manera expresa esa múltiple vinculación en la Ley 100 de 1993.

Dicho sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones determinados en dicha ley, y está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad (arts. 10 y 12).

El régimen de prima media se encuentra definido en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 como aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez o de invalidez o de sobrevivientes y los aportes y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública y a quienes se les otorga una prestación definida con base en unas reglas previamente establecidas.

Como administrador de dicho régimen se encontraba el Instituto de Seguros Sociales, pero en esta categoría también estaban las cajas de previsión social existentes para la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, en razón a que las prestaciones que se otorgaban a través de ellas tenían las mismas características de ser prestaciones que se reconocen y liquidan con fundamento en reglas previamente definidas por la Ley y se originan del fondo común para todos los afiliados. Por lo que las contingencias derivadas de ellas son incompatibles entre sí en la medida que la compatibilidad vulnera los principios de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, debe recordarse que la Ley 549 de 1999 para garantizar la sostenibilidad del sistema señaló que todos los tiempos deben ser utilizados para financiar la pensión y debe ser entregado el equivalente de las cotizaciones a la entidad que reconoció la pensión.

De tal manera que al no cumplirse los requisitos señalados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 que es la aplicable al caso en concreto, había lugar a revocar la sentencia de primera instancia.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 13 2018 00642 01
DEMANDANTE: ANDREA JOHANNA PARDO BARBOSA
DEMANDADO: ECOALIMENTOS S.A.S.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 5 de enero de 2015 hasta el 31 de marzo de 2018, momento en que fue terminado sin justa causa. Asimismo, que la empleadora canceló de forma incompleta los aportes a seguridad social al omitir la naturaleza salarial de la totalidad de la remuneración. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar salarios de enero, febrero y marzo del año 2018, las cesantías, los intereses a las cesantías, las vacaciones causadas en el año 2018, la indemnización por despido injustificado, la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, la sanción moratoria, los aportes a la seguridad social sobre el salario real, la indexación, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó a la empresa mediante contrato de trabajo el 5 de enero de 2015 como ingeniera de planta, en el que expresamente se pactó como salario la suma de \$2.000.000 y recibió de forma constante y habitual la suma de \$2.624.000, para un total de \$4.624.000 como remuneración. Refirió que la empleadora realizó el pago de aportes a seguridad social con un ingreso base de cotización inferior al salario realmente devengado, igualmente, omitió cancelar los salarios de los meses de enero, febrero y marzo de 2018, las cesantías causadas en los años 2016 y 2017, más la prima de servicios correspondiente al año 2018.

Esbozó que el 28 de febrero de 2018 presentó derecho de petición en el que solicitó el pago de las acreencias laborales insolutas, la cual no fue respondida. El 22 de marzo de 2018, el Ministerio de Trabajo citó a audiencia de conciliación a la cual no compareció la demandada. Finalmente, que el 15 de marzo de 2018 a través de comunicación escrita, la empleadora le informó su decisión de dar por terminado el contrato de forma unilateral e injusta, sin cancelar la indemnización correspondiente (f.º 3 a 21).

Por auto de 28 de junio de 2019, se ordenó el emplazamiento de la demandada (f.º 134, publicaciones 143 a 145).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio a través de curador *ad litem* no admitió ninguna de las pretensiones, al señalar que debe ser el juez quien valore y decida con base en las pruebas aportadas al juicio. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con la existencia del contrato de trabajo, sus extremos y la citación a audiencia de conciliación. En relación con los demás manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones declarables de oficio (f.º 137 a 141).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de febrero de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato

de trabajo desde el 5 de enero de 2015 hasta el 31 de marzo de 2018. Por consiguiente, condenó a la demandada a pagar unas sumas de dinero por concepto de salarios insolutos del año 2018, cesantías correspondientes a los años 2016 a 2018, los intereses a las cesantías de 2017 y 2018, la sanción por no pago de intereses a las cesantías, la prima de servicios del año 2018, las vacaciones correspondientes al 2018, la sanción por no consignación de cesantías de 2016 y 2017, la indemnización por despido injustificado, la sanción moratoria a partir del 1º de abril de 2018. Asimismo, los aportes a seguridad social en pensiones con la base de cotización del salario realmente devengado y las costas del proceso. (f.º 155).

Como sustento de su decisión, señaló que la parte accionante con la prueba documental y la contestación de la demanda logró acreditar la prestación del servicio, los extremos de la relación y el salario devengado. Concluyó que al estar a cargo de la demandada el pago de las acreencias laborales y al no haber demostrado su realización era procedente la condena.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la sentencia de primera instancia debe ser analizada en cuanto a las operaciones matemáticas por lo que deben ser revisados los términos económicos y las sumatorias de las diferentes prestaciones. De otro lado, arguyó que respecto del mes de enero existe certificado de pago, no obstante, existen meses en los que no hay ningún elemento de pago.

IV. CONSIDERACIONES

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo, sus extremos y la remuneración percibida por la demandante, por lo que conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala verificar si es procedente ordenar el pago de salarios

insolutos diferentes a los reconocidos en primera instancia y también, si hay lugar a modificar el monto de las condenas impuestas.

1. De los salarios insolutos

Argumenta el curador *ad litem* en representación de la demandada que si bien respecto del mes de febrero de 2008 existe comprobante de pago hay otros meses que no cuentan con tal soporte.

Frente a dicho tópico, sea lo primero señalar que de la lectura del libelo introductorio se colige que las pretensiones de la demanda están encaminadas en lo que importa al recurso, al reconocimiento y pago de salarios correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de 2018, y el Juez al encontrar acreditado el pago del mes de enero, ordenó a la demandada cancelar las sumas insolutas en relación con las mensualidades de febrero y marzo de 2018, no obstante, lo que ahora se persigue en el recurso es que se analice que respecto de otros meses no existe soporte del pago de remuneración, asunto que no pueden ser considerado por la Sala en atención a que carece de las facultades *ultra y extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, dado que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda. De suerte que no es posible sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Con todo, conviene acotar aquí que conforme lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T - 088 de 2006 *“El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. Sobre el particular, la Corte ha dicho que la decisión de designar curadores ad litem, tiene como finalidad esencial **proteger los derechos del ausente**, que no por estarlo puede recibir un tratamiento*

*procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa. Por ello, **debe entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia puede ser afectado con la decisión que se tome.***” (Negrilla fuera del texto).

En línea con lo expuesto, no es de recibo que quien actúa en el presente asunto en representación de la demandada persiga en apelación la imposición de condenas adicionales a las determinadas en primera instancia, por ello, tal como se indicó en precedencia, no pueden ser si quiera analizadas por el Tribunal al amparo de facultades ultra y extra *petita* que no ostenta.

2. De la cuantificación de las condenas

En otro punto de apelación, se duele la encartada que se deben revisar *“los términos económicos y también los sumatorios correspondientes a las diferentes prestaciones económicas y condenas que aquí se imponen”*

Al punto advierte la Sala que el curador no expone las razones de su inconformidad respecto de las condenas impuestas en primera instancia, tampoco discute los parámetros que se tomaron en consideración tales como los extremos de la relación laboral, el salario devengado por la demandante o las acreencias laborales respecto de la cual se ordenó efectuar algún pago. En consecuencia, es claro que esta parte del recurso carece de sustentación por lo que esta Colegiatura se releva de su estudio.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



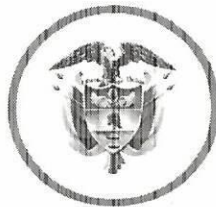
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 018 2017 00174 01
DEMANDANTE: MARÍA DEL SOCORRO MERCHÁN DE PEÑARETE Y
BERTHA ALICIA SERRATO DE SERRATO COMO
INTERVINIENTE *AD EXCLUDENDUM*
DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes la parte contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará la decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en proporción al tiempo convivido con el pensionado Juan Andrés Serrato Piñarete, desde el momento en que se produjo su fallecimiento y hasta que sea incluida en nómina de pensionados, con los reajustes anuales, los intereses moratorios y las costas del proceso. Subsidiariamente, a los intereses moratorios solicitó el reconocimiento y pago de mesadas causadas y no pagadas debidamente indexadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que convivió con Juan Andrés Serrato Piñarete desde el 6 de septiembre de 1977 hasta el 22 de

abril de 2016, día de su muerte, el cual encontraba pensionado y tenía la calidad de cónyuge de la señora Berta Alicia Serrato de Serrato, con quien convivió durante varios años después del matrimonio y actualmente padece una enfermedad terminal, por lo que era la beneficiaria en salud de su esposo, además recibía apoyo económico para su sustento.

Refirió que esta persona y ella se presentaron a reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, una en calidad de esposa y la otra de compañera. Además, concurrieron los hijos del causante, Wilson y Froilan Serrato Serrato, por su condición de discapacidad, calidad que no se ha determinado a la fecha. En respuesta la entidad dejó en suspenso el reconocimiento de la prestación de un lado por existir conflicto de beneficiarias y de otro, a la espera de la valoración correspondiente de los hijos.

Expuso que de manera voluntaria y debido a sus condiciones particulares, han acordado con la esposa del causante conciliar las diferencias respecto del derecho prestacional, no obstante, se hace necesario el trámite de la demanda, pues, el reconocimiento quedó en suspenso hasta que la justicia ordinaria decida (f.º 3 a 12).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Berta Alicia Serrato Serrato contestó la demanda, por lo que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por haber convivido con el causante desde el 14 de julio de 1962 hasta el 22 de abril de 2016. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, convivencia simultánea y las demás declarables de oficio (f.º 60 a 68).

Por auto del 21 de marzo de 2018 se tuvo por no contestada la demanda respecto de Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (f.º 73).

Mediante proveído del 11 de septiembre de 2017, se admitió la intervención ad *excludendum* propuesta por la señora Berta Alicia Serrato de Serrato, quien solicitó declarar que convivió en calidad de cónyuge con

el causante Juan Andrés Serrato Piñarete por espacio de 53 años, 9 meses y 8 días. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocerle y pagarle el 50% de la pensión que percibió su esposo y el 50% restante a sus hijos en condición de discapacidad y a pagar las costas del proceso. Subsidiariamente, imploró reconocerle la pensión en el porcentaje proporcional a los derechos que se logren demostrar en juicio en caso de existir convivencia simultánea.

Para respaldar sus pretensiones narró que contrajo matrimonio católico con el causante el 14 de julio de 1962, fruto de su unión fueron 6 hijos, dos de los cuales tienen condición de discapacidad. Expuso que la convivencia con su cónyuge se extendió hasta el día en que este falleció - 22 de abril de 2016 - y la misma se dio en principio en el municipio de Saboyá y luego en la ciudad de Bogotá, periodo en el cual su esposo cubrió todos los gastos pues ella se dedicaba al hogar. Refirió que reclamó ante la demandada el reconocimiento y pago de la pensión, la cual quedó en suspenso porque también se presentó a solicitar el derecho la señora María del Socorro Merchán (f.º 2 a 10 cuaderno intervención *ad excludendum*).

Al contestar el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se opuso únicamente a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de intereses moratorios y costas del proceso. Aceptó los hechos relacionados con la fecha de deceso del causante, su calidad de pensionado y de cónyuge de la interviniente, así como la calidad de afiliada y beneficiarios tanto de la reclamante como de sus hijos Froilan y Wilson, igualmente aceptó lo relacionado con la reclamación de la prestación.

En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, presunción de legalidad y las demás declarables oficiosamente (f.º 68 a 72 cuaderno intervención *ad excludendum*).

En audiencia celebrada el 30 de julio de 2018, se dispuso la vinculación al proceso de los señores Froilan y Wilson Enrique Serrato Serrato a través de su representante legal Nelsy Serrato Serrato (f.º 99 a

103). Quienes al contestar no se opusieron a las pretensiones, pero indicaron que las mismas solamente podrían limitarse al 50% de la pensión que disfrutaba su padre, pues el 50% ya les fue reconocido a ellos en calidad de hijos en condición de discapacidad (f.º 112 a 115 y 134 a 139).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de febrero de 2020, condenó a la demandada a sustituir la pensión a partir del 23 de abril de 2016 a favor de la señora Bertha Alicia Serrato de Serrato en un 68.2% y a la señora María del Socorro Merchán de Peñarete en un 31.8%, de la mesada pensional que disfrutaba el señor Juan Andrés Serrato Piñarete, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones y de las pretensiones elevadas por los señores Froilan y Wilson Enrique Serrato Serrato. Condenó a la demandada a pagar las costas y agencias del proceso en favor de las demandantes (f.º 187).

Como sustento de su decisión, señaló que, aunque se presentan errores en la prueba testimonial y en los interrogatorios de parte, es posible concluir que el causante convivió con las demandantes de manera simultánea, pues fueron procreados hijos en ambas relaciones y se demostró la convivencia en los dos lugares. Concluyó que no es procedente imponer condena por concepto de intereses moratorios, pues la entidad respondió dentro del término legal y su negativa estaba fundada ya que las pruebas aportadas generaban bastante duda de la convivencia del causante con cada una de las demandantes.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la demandante María del Socorro Merchán y la demandada interpusieron recurso de apelación.

La accionante María del Socorro Merchán señaló que no comparte la decisión en relación con el porcentaje en que le fue reconocida la prestación, al indicar que aunque los testigos presentaron contradicciones, el Juzgado no tomó en consideración que el causante manifestó a Ferrocarriles Nacionales, en documental allegada por esta entidad, que convivía con ella de tiempo atrás. Arguyó que el causante manifestó a la demandada en documentos que ante su fallecimiento debía otorgarse la pensión a su esposa, pero de fallecer esta, la prestación debía ser otorgada a su compañera con quien convivía, por ello, las fechas de estos documentos deben tomarse como de referencia para establecer el término de convivencia.

A su vez, la parte demandada argumentó que existe poca claridad en cuanto a la convivencia simultánea de la cónyuge y la compañera permanente, pues los testimonios no permiten determinar con claridad el tiempo de convivencia con cada una, máxime cuando vivían en lugares diferentes. Expuso que debe ser revocada la condena en costas, pues el Fondo en ningún momento ha señalado que no está presto al reconocimiento de la pensión y el no hacerlo no obedeció a un acto caprichoso. De otro lado, argumentó que debe ser revisado el fenómeno de la prescripción el cual opera sobre las mesadas pensionales.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la demandante María Del Socorro Merchán Peñarete en calidad de compañera permanente y la señora Berta Alicia Serrato de Serrato, interviniente *ad excludendum*, en calidad de cónyuge tienen derecho a sustituir la pensión que disfrutaba el señor Juan Andrés Serrato Piñarete.

Para resolver el problema jurídico debe precisarse que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que mediante Resolución n.º 1798 del 8 de noviembre de 1989 Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció al señor Juan Andrés Serrato Piñarete pensión de jubilación (f.º 20 a 27 Resolución n.º 156 del 31 de enero de 2017). Igualmente, se encuentra demostrado con el contenido del Acto Administrativo n.º 0869 del 22 de mayo de 2018, que con ocasión del fallecimiento del señor Serrato Piñarete la demandada reconoció a Froilan y Wilson Enrique Serrato Serrato pensión de sobrevivientes en calidad de hijos en condición de discapacidad (f.º 142 a 144).

Pues bien, conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado. Así lo adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos, entre otras, en SL10146-2017 reiterada en SL450-2018, en la que puntualizó que:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Juan Andrés Serrato Piñarete falleció el 22 de abril de 2016 (f.º16), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con el artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual señala en el literal a), que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. Cuando la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que hizo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Dispone el inciso segundo del literal de la norma legal en comentario que, si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión, esta se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Definido lo anterior, pasa la Sala a analizar de manera individual si cónyuge y compañera demostraron haber convivido con el causante y en qué periodos.

(i) De la convivencia de la en calidad de cónyuge (interviniente *ad excludendum*) señora Berta Alicia Serrato de Serrato.

Al remitirse la Sala al cuaderno de la interviniente, se verifica el registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado el 14 de julio de 1962 por parte de Berta Alicia Serrato y el causante Juan Andrés Serrato Piñarete, el cual no presenta ninguna nota marginal de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (f.º 19); registros civiles de nacimiento de los hijos de la pareja Norberto, Mary Luz, Froilan, Nelsy, Jersanin y Wilson Enrique Serrato Serrato el 17 de enero de 1963, el 1º de julio de

1964, el 14 de septiembre de 1965, el 24 de septiembre de 1968, el 12 de marzo de 1971 y 14 de octubre de 1973 respectivamente (f.20 a 25); documentos presentados para efectos de declaración de impuestos el 6 de septiembre de 1983 y el 2 de agosto de 1977, en las que el causante relacionó como su dirección la carrera 112 n.º 29 - 46 de la ciudad de Bogotá (f.º26 a 31 y 79).

Aportó comunicación suscrita por el señor Serrato Piñarete adiada del 26 de septiembre de 2001, dirigida a la demandada en la que le informa que en Colsanitas está afiliada otra persona con el número de cédula de su esposa, quien siempre ha sido su beneficiaria y pide ayuda para solucionar la situación (f.º 32); copia de carnet de afiliación de la señora Serrato al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia - Sistema General de Seguridad Social en Salud (f.º 33). Igualmente, allegó 11 fotografías de momentos familiares, sin que sea posible establecer las personas que allí se representan, ni las fechas en las que las mismas fueron tomadas.

Asimismo, en el expediente administrativo reposa comunicación de **7 de julio de 1997**, en la que la demandada da respuesta a un requerimiento del causante, la cual está dirigida a la dirección Carrera 19 n.º 15 - 23 de la ciudad de Santafé de Bogotá; las declaraciones extraproceso rendidas por Julio Vicente Obando Sierra y Miguel Antonio Quintero Mahecha, en las que manifiestan que conocen a la señora Berta Alicia Serrato Serrato desde hace 40 años, tiempo durante el cual saben convivió con el causante en el barrio Pedregal de Fontibón, procrearon 6 hijos y que el pensionado además tenía un hijo extramatrimonial.

A solicitud de la cónyuge fueron decretados y escuchados los testimonios de María Elva Carrascos, Julio Vicente Obando Sierra, y Rosalba Lemus Avendaño. La primera, manifestó que conoció a la señora Serrato desde que eran niñas en Garavito, dijo que también allí la conoció casada con Juan Serrato, pero luego la pareja se mudó a Bogotá al barrio Fontibón y allí vivieron en compañía de sus hijos, lugar en el que los visitaba y tomaban café, pues vivían en la misma cuadra. Preciso la testigo

que él hace como 10 años dejó de vivir en este sitio, pero que cada 3 días va al barrio y que 4 meses antes de fallecer el causante lo vio por ahí y le preguntó cómo estaba.

El testigo Julio Vicente Obando Sierra señaló que conoció a la señora Serrato y al causante desde el año 1972, hace 43 años, cuando llegó al barrio el Pedregal porque ellos fueron sus primeros vecinos y durante todo el tiempo los vio juntos, por lo que sabe que procrearon 6 hijos. Aseguró que el fallecimiento del causante se dio en la ciudad de Bogotá y que este para la época se encontraba con su esposa. Afirmó que no asistió al entierro porque se encontraba de viaje y que no hacía mucho tiempo, como uno o dos meses, se habían encontrado, se saludaron y él vio que el señor Serrato estaba bien. El testigo refirió que anda mucho, no para en la casa, pero sabe que el causante viajaba a Garavito su tierra natal.

De otro lado, la testigo Rosalba Lemus Avendaño dijo que vivió en casa de la señora Berta Alicia Serrato y el causante como inquilina a partir de 1981 y por espacio de 4 años, luego de los cuales se fue a vivir a la casa del frente, en donde actualmente reside y en todo este tiempo visita a la señora Berta todos los días, por lo que sabe que la pareja convivió allí junto con sus 6 hijos, refiriendo que siempre vio al señor Serrato, no sabe que hiciera viajes o se desplazara fuera de Bogotá y supo que este falleció de un infarto, hecho que no presenció pero las hijas del causante se lo contaron de manera inmediata. Refirió que Berta Alicia estaba muy enferma incluso estuvo hospitalizada y quien la acompañaba era su esposo.

De otro lado, solicitó practicar interrogatorio de parte a la demandante señora María del Socorro Merchán de Peñarete quien confesó que el causante no la quiso afiliar a salud porque ella era pensionada de Colpensiones, pues trabajó en flores y porque tenía afiliada a su esposa. Dijo que el 14 de abril de 2016, fue sometida a una cirugía, razón por la cual no estuvo con su compañero cuando este falleció, ni pudo asistir a las exequias. Para corroborar lo manifestado aportó documentos que fueron

incorporados por el Juzgado según los cuales padece degeneración en la cadera e indica la presencia de material quirúrgico, pero no permite establecer que para la fecha en se murió el causante hubiera sido sometida a cirugía (ver folios 156 a 160).

Aseguró además que fue novia del causante desde que este tenía 15 años y ella 12, que luego se encontraron cuando ella ya tenía 30 años iniciaron la convivencia en el año 1977 en el barrio Santa Isabel de Facatativa. Confesó saber que su compañero era casado con Berta Alicia Serrato pero no saber nada de esa convivencia. Además, confesó que él iba a la casa de su esposa, al indicar: *“él iba sí, yo no le quité que fuera a ver a sus hijos porque ellos están primero”*. *“A veces se quedaba allá y al otro día volvía”* precisó que esa situación generaba inconvenientes, pero explicó *“yo sabía que me había metido en esa relación donde no debía”*. La señora Merchán además dijo que estuvo casada con otra persona y fruto de esa unión tuvo dos hijos.

Del análisis en conjunto de los medios probatorios allegados, estima la Sala que Berta Alicia Serrato de Serrato logró demostrar que convivió con el causante desde el momento en que contrajeron matrimonio, esto es, desde el 14 de julio de 1962 hasta el 22 de abril de 2016 cuando se produjo el deceso del señor Serrato Piñarete. Ello como quiera que los testigos coincidieron en señalar que la pareja convivió de manera ininterrumpido en el barrio El Pedregal – Fontibón en la ciudad de Bogotá y que era el causante quien tenía a cargo el sostenimiento del hogar y cuidaba del estado de salud de su esposa. Igualmente, la demandante confesó que señor Serrato Piñarete visitaba la casa de su esposa y allí se quedaba y luego volvía. Además, se evidencia que el pensionado tenía registrada como beneficiaria a su cónyuge y, ella, era la que disfrutaba de los servicios de salud otorgados por la demandada en virtud del reconocimiento de la pensión, tal como confesó la demandante al absolver interrogatorio de parte.

Así las cosas, para efectos del reconocimiento de la pensión, se tendrá que la señora Berta Alicia Serrato convivió con el causante desde el

14 de julio de 1962 hasta el 22 de abril de 2016, esto es, por espacio de 53 años, 9 meses y 8 días.

(ii) De la convivencia de la demandante María del Socorro Merchán de Peñarete en calidad de compañera permanente.

Ahora, para demostrar la convivencia con el causante, la demandante María del Socorro Merchán de Peñarete aportó registro civil de Cristian Camilo Serrato Merchán, que da cuenta de su nacimiento el 18 de diciembre de 1993, cuyo padre es el pensionado fallecido.

A solicitud de la parte accionante fueron decretados y escuchados los testimonios de Evelina Guevara de Acosta y María Teresa Bolívar. La primera, señaló que compró un lote en Santa Isabel en el Municipio de Facatativa aproximadamente en el año 1971, lugar en que conoció a la hermana de la demandante y posteriormente a esta, quienes también compraron y construyeron sus casas. Dijo que cuando conoció a la actora ya vivía con el causante ahí en la casa. No obstante, después aseguró que la pareja llegó como un año o dos después y construyeron su casa como en un año o año y medio. Aseguró que hasta el momento en que ella se fue de ese lugar, hace aproximadamente 10 años, la pareja convivió. Preciso que después se reunían cada 2 o 3 meses e incluso jugaban parques y, por ello, sabe que continuaban juntos porque los veía. Dijo que en vida el causante no trabajaba y permanecía en Facatativa y que no asistió a las exequias porque se enteró del fallecimiento 8 días después. Igualmente, indicó que la demandante tenía un hijo además del procreado con el causante pero que este último no era su padre.

La testigo María Teresa Bolívar dijo que conoce a la demandante aproximadamente desde 1999, porque vivió mucho tiempo en frente de su casa y fueron compañeras de trabajo; sin embargo, después aclaró que no fueron compañeras, sino que usaban el mismo transporte. Dijo sin precisar ninguna fecha, que luego *“se trasladaron para el centro”*. Aseguró que la accionante vivió en unión libre con el señor Andrés Serrato como 39

años, que ellos vivían en la quinta con quinta en Facatativa y que siempre se reunían en el grupo de adulto mayor los lunes y los jueves y como el causante ya era pensionado se la pasaba por ahí y *“se dedicaba a jugar tejo o a tomar cerveza”*, también a jugar parques cerca al cementerio. Preciso que ella los fines de semana iba y les golpeaba para tomar tinto y que siempre los veía juntos al hacer el mercado, en la asistencia a las citas médicas y en las reuniones a las que asistían. Indicó que Juan Andrés Serrato Piñarete falleció en Bogotá y que él acompañó a la demandante a la clínica para que le practicaran una cirugía de las caderas, al otro día él se enfermó y falleció a causa de un infarto. Preciso que la accionante no asistió a las exequias de su compañero porque le habían practicado la cirugía. Además, dijo que la demandante tenía dos hijos más pero no con el causante quienes no vivían con ellos.

Ahora, en el CD contentivo del expediente administrativo allegado a folio 50 por la demandada y decretado de oficio como prueba, se encuentra oficio n.º 665 del 5 de octubre de 2006 mediante el cual el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Facatativa informa a la demandada que ordenó el embargo y retención del 40% de la pensión del causante dentro del proceso ejecutivo de alimentos adelantado por María del Socorro Merchán de Peñarete contra Juan Andrés Serrato Piñarete. También reposa allí declaración extraproceso suscrita por las señoras Evelina Guevara de Acosta y María Teresa Bolívar que conocieron por varios años al causante y la demandante, por lo que saben que convivieron desde el 6 de septiembre de 1977 hasta el 17 de abril de 2016, que procrearon al joven Cristian Camilo Serrato Merchán, ambos velaban por el sostenimiento de su hogar, y que no conocían otros hijos además de los 6 del primer matrimonio.

Igualmente, milita en el expediente administrativo comunicación suscrita por el causante dirigida a la demandada en la que le manifiesta que es su voluntad incluir en la sustitución pensional a su hijo extramatrimonial Cristian serrato Merchán y que *“También manifiesto de si a la fecha de mi fallecimiento ya hubiere fallecido mi esposa la beneficiaria de la Sustitución pensional sería para mi compañera permanente MARÍA*

DEL SOCORRO MERCHÁN RODRÍGUES (sig), madre de mi hijo menor CRISTIAN SERRATO, y que en la actualidad convivimos y depende económicamente de mi Pensión de Jubilación”. Conviene señalar que, aunque la fecha del documento no es legible por superposición de sello, el mismo contiene presentación personal del **24 de julio de 1997**.

Se verifica declaración extraproceso suscrita por la demandante, en la que manifestó que convivió con el causante durante 39 años desde el 6 de septiembre de 1977 hasta el fallecimiento ocurrido el “17 de abril de 2016”; además expuso: “Manifiesto que mi compañero JUAN ANDRES SERRATO PIÑARETE (QEPD), era casado con la señora BERTA ALICIA SERRATO PIÑARETE, de la cual no tengo conocimiento, ni sé si el vínculo matrimonial estaba vigente o no y no tengo tampoco conocimiento de las fecha de convivencia con la esposa. Es de anotar que mientras conviví con mi compañero él no vivía con la esposa y no sé si la sociedad conyugal estaba vigente que no era beneficiaria de los servicios de salud de mi compañero porque soy pensionada de Colpensiones. Que en el año 2006 demandé a mi compañero por alimentos para su hijo CRISTIAN CAMILO SERRATO MERCHÁN porque pese a vivir con mi compañero, este no me ayudaba con los gastos de mi hijo, pero después se llegó a un acuerdo y mi compañero nos ayudaba con los gastos y congrua subsistencia tanto mía como la de mi hijo.”.

Finalmente, se verifica el interrogatorio de parte absuelto por la cónyuge en el aduce que conoció a María del Socorro Merchán Peñarete apenas en el trámite de la demanda, antes no la conocía. Dijo que su esposo solo se desplazaba del trabajo a la casa y viceversa, solamente salía a tomar con los amigos y que nunca se separaron.

Al analizar en conjunto los medios probatorios antes señalados estima la Sala que la demandante María del Socorro Merchán de Peñarete logró demostrar que convivió con el causante, no obstante, para determinar el extremo inicial de la convivencia se tomará como referencia 9 meses antes del nacimiento del hijo de la pareja Cristian Camilo Serrato Merchán, acaecido el 18 de diciembre de 1993, así que la fecha de

referencia es el 18 de marzo de 1993. Lo anterior, como quiera que si bien la testigo Evelina Guevara de Acosta señaló que conoció a la pareja en el año 1971, cuando compraron un lote en el mismo barrio, después se contradijo al señalar que los conoció cuando ya vivían en la casa, aún más, manifestó que el niño ya estaba grandecito, lo que no es posible si se tiene en cuenta que Cristian Camilo Serrato Merchán nació 1993, así las cosas, su dicho no ofrece credibilidad a la Sala por resultar inconsistente.

En todo caso, sorprende que, aunque la demandante confesó haber estado casada antes y haber procreado en esa unión dos hijos, no probó hasta cuando se extendió esa relación, también llama la atención que la testigo Guevara de Acosta no los haya mencionado, pues para 1971, cuando manifestó conoció a la demandante, esta apenas contaba con 26 años, toda vez que su natalicio ocurrió el 22 de abril de 1945 (f.º 50 CD expediente administrativo) por ello sus hijos tendrían edades muy cortas.

En cuanto al extremo final, se tomará en consideración el 22 de abril de 2016, data en que falleció el pensionado, pues conforme expresó la testigo María Teresa Bolívar, éste acompañó a la demandante en días previos a su muerte a practicarse una cirugía de cadera, con lo cual se demuestra que la relación se extendió hasta esta fecha.

En esa línea, se tiene que la demandante María del Socorro Merchán de Peñarete demostró que convivió con el señor Juan Andrés Serrato Piñarete desde el 18 de marzo de 1993 hasta el 22 de abril de 2016, esto es, por espacio de 23 años, 1 mes y 4 días.

(iii) Del reconocimiento proporcional de la pensión.

En ese horizonte, queda demostrado que la señora Berta Alicia Serrato Serrato en calidad de cónyuge de causante convivió por espacio de 53 años, 9 meses y 8 días, es decir, por un total de 19.636 días y la señora María del Socorro Merchán de Peñarete en calidad de compañera permanente, probó haber convivido de manera simultánea durante 23 años, 1 mes y 4 días, equivalentes a 8.314 días. Así las cosas, realizadas

las validaciones correspondientes se establece que la cónyuge tiene derecho al 78.53% del 50% de la pensión que disfrutaba el causante y la compañera a un 21.47% del 50% señalado, esto es, unos porcentajes diferentes a los determinados por el juez de conocimiento, los cuales, de todas maneras no serán modificados por la Sala porque aunque la consulta se surte en favor de la entidad demandada, la modificación de porcentajes no afecta el reconocimiento total determinado en primera instancia y en todo caso, la interviniente *ad excludendum* a quien le beneficiaría la modificación de los porcentajes no interpuso recurso de apelación.

(iv) De la prescripción.

Estima el Tribunal que en el caso el fenómeno de la prescripción no ha operado ni siquiera de manera parcial, dado que el deceso ocurrió el 22 de abril de 2016 y la demandante María del Socorro Merchán reclamó la pensión el 19 de septiembre de 2016 (f.º 13 y 14), por su parte, la *ad excludendum* Berta Alicia Serrato de Serrato también reclamó la prestación sin que se tenga certeza de la fecha; no obstante, la demandada mediante Resolución n.º 0156 del 31 de enero de 2017 resolvió dejar en suspenso la sustitución pensional a las dos peticionarias hasta que la autoridad competente declarara el derecho preferencial (f.º 20 a 27), evidenciándose así que con anterioridad a esta fecha la cónyuge también reclamó. Luego, la demanda fue interpuesta el 15 de marzo de 2017, esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

(v) De las costas del proceso.

Sobre el particular, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para condenar a la demandada por este concepto, pues al contestar solamente se opuso a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de intereses moratorios de la cual resultó absuelta. Así

las cosas, la sentencia será revocada en este punto, para en su lugar, absolver a la demandada de pagar las costas del proceso.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modificará la sentencia consultada en la forma anunciada.

No se causan costas.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de pagar las costas del proceso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás el fallo apelado y consultado.

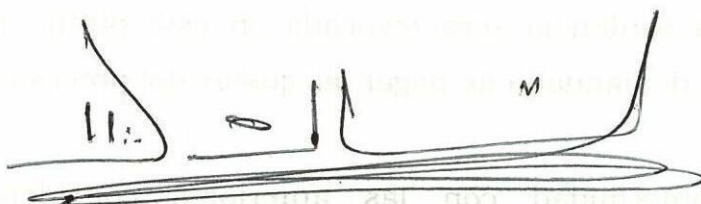
TERCERO: Sin **COSTAS** en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 18-2017-174-01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2018 00246 01
DEMANDANTE: ORLANDO LASSO TELLEZ
DEMANDADO: MULTIMERCANTILES ASOCIADOS DE COLOMBIA
S.A.S., EL RÁPIDO DUITAMA LTDA Y MARÍA
ANTONIA MEJÍA LÓPEZ

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada El Rápido Duitama, a partir de 17 de junio de 2015 hasta el 30 de marzo de 2017. En consecuencia, se condene solidariamente a los demandados a reconocer y pagar las prestaciones sociales, las vacaciones, los aportes a la seguridad social en pensión, la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 17 de julio de 2015 celebró contrato verbal a término indefinido con El Rápido Duitama Ltda, para desempeñar el cargo de conductor - relevador de los buses afiliados a la empresa de propiedad de la demandada María Antonia Mejía López identificados con las placas SST1741, SST168, SST170, SST171, SZO344, SKZ971, XJB338, UYU005, SMN536, WLS175, SWQ312, SMK666, entre

otros. Aduce que durante toda la relación laboral percibió un salario mínimo legal mensual vigente más \$2.000.000 correspondientes al 3% del producido y la suma de \$60.000 por viaje de ida y regreso.

Expuso que, a partir de julio de 2015 hasta el 31 de mayo de 2016, la demandada Multimerchantes Asociados de Colombia S.A.S., realizó en su favor el pago de aportes a pensión con una base de cotización del salario mínimo legal mensual vigente y lo reportaba a El Rápido Duitama Ltda. Indicó que la anterior demandada y María Antonia Mejía López en vigencia del vínculo laboral no le cancelaron las prestaciones sociales, las vacaciones y tampoco realizaron el pago de aportes a pensión y riesgos laborales desde el inicio de la relación.

Señaló que el 30 de marzo de 2017 presentó renuncia al cargo como quiera que durante el contrato de trabajo la encartada - El Rápido Duitama Ltda - se abstuvo de realizar los aportes a seguridad social con base en el salario realmente percibido y de pagar la liquidación laboral y de vacaciones (f.º 291 a 300 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Multimerchantes Asociados de Colombia S.A., se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó que no le constaban y que prestó al demandante un servicio de intermediación para el pago de aportes a la seguridad social el cual fue contratado voluntariamente. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo y el cobro de lo no debido (f.º 306 a 310 y 388 a 394 subsanación).

Los demandados El Rápido Duitama Ltda y María Antonia Mejía López contestaron el libelo introductorio oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Aceptaron la prestación del servicio del demandante a El Rápido Duitama, pero a través de contratos de trabajo a término fijo en virtud de los cuales se realizó el pago de acreencias laborales y los aportes a seguridad social. Además, que el accionante se desempeñó como relevador ocasional en la conducción de vehículos afiliados a la empresa de propiedad de diferentes personas, en el que le fue reconocido un jornal de

\$40.000 por viaje realizado. Indicó que nunca existió vínculo laboral con la accionada María Antonia Mejía López.

Para enervar las pretensiones formularon las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo entre El Rápido Duitama Ltda y el demandante en los periodos distintos a los indicados en los hechos fundamentos y razones de derecho de la defensa; la inexistencia del contrato de trabajo entre el actor y María Antonia Mejía López; el pago y la prescripción (f.º 344 a 351).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de febrero de 2020, declaró que entre el promotor del juicio y la empresa El Rápido Duitama Ltda, existieron contratos de trabajo entre el 19 de octubre de 2013 y el 30 de septiembre de 2014; desde el 1º de octubre de 2014 hasta el 16 de junio de 2015; del 17 de julio de 2015 al 31 de octubre de 2016 y a partir del 1º de noviembre al 28 de diciembre de 2016. En consecuencia, condenó a la empleadora a cancelar unas sumas de dinero por concepto de cesantías, los intereses a las cesantías, la sanción por no pago de intereses a las cesantías, la prima de servicios y las vacaciones. Igualmente, a efectuar los aportes a pensión de los periodos comprendidos entre junio y octubre de 2016 y las costas del proceso (f.º 420).

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante logró demostrar la prestación personal de sus servicios a la demandada El Rápido Duitama Ltda a partir del 17 de julio de 2015 hasta el 31 de octubre de 2016, como relevador, es decir, en un periodo adicional a aquellos en los cuales la empresa reconoció la existencia de contrato de trabajo a término fijo. Concluyó que esta persona jurídica actuó de buena fe, pues en los periodos en los que existió vínculo laboral cumplió con sus obligaciones contractuales y podía pensar que como el accionante prestaba sus servicios a diferentes propietarios de buses, El Rápido Duitama no estaba llamado a cancelar acreencias laborales. Encontró que el actor no

demostró el hecho del despido, tampoco que el mismo obedeciera a causa imputables a la demandada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte demandante arguyó que, al haberse ordenado el pago de cesantías, también debe condenarse a la demandada a pagar la sanción por no pago de las mismas, no obstante, el juez no se pronunció al respecto, pese a poderlo hacer en virtud de las facultades *ultra y extra petita*.

Por su parte, la **demandada El Rápido Duitama Ltda**, argumentó que, si bien se encontró probada la prestación personal del servicio, no sucedió lo mismo con la continuada subordinación en periodos diferentes a aquellos en los cuales suscribió contratos de trabajo. Tampoco se verificó el pago de salario, pues conforme al dicho de los testigos, los propietarios de los buses le cancelaban la suma de \$40.000 por viaje realizado esporádicamente.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación presentados, esta Corporación advierte que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre las partes existieron 3 contratos de trabajo a término fijo, así:

Contrato	Inicio	Finalización
Contrato n.º 1	19 de octubre de 2013	30 de septiembre de 2014
Contrato n.º 2	1º de octubre de 2014	16 de junio de 2015

Contrato n.º 3	1º de noviembre de 2016	28 de noviembre de 2016
----------------	-------------------------	-------------------------

Igualmente, se encuentra demostrado que en virtud de cada uno de ellos la demandada El Rápido Duitama cumplió con el pago de acreencias laborales.

(i) Del recurso de apelación de la demandada El Rápido Duitama Ltda.

1. Del vínculo laboral entre el 17 de julio de 2015 y el 31 de octubre de 2016

Por razones de método la Sala en primer término analizará el recurso de apelación interpuesto por la demandada para determinar si en el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2015 y el 31 de octubre de 2016, existió un contrato de trabajo con el demandante o por el contrario respecto de este lapso la prestación del servicio fue esporádica, no se probó la subordinación y tampoco el salario.

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien

corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

Ahora, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior, no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que puede afectar algunos de los derechos de los varios contratos cuando eso ocurra, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación personal del servicio el demandante solicitó practicar interrogatorio de parte al representante legal de la demandada el Rápido Duitama Ltda, señor Nicolás Leyva Aranzález quien manifestó en lo que interesa al recurso:

“Preguntado: diga cómo es cierto sí o no que la empresa Rápido Duitama vinculó laboralmente a Orlando Laso.

Respuesta: Si tiene vínculo laboral por contratos a término fijo.

“Preguntado: diga cómo es cierto sí o no que la empresa Rápido Duitama vinculó como conductor en el periodo de julio 17 de 2015 al 3 de marzo de 2017 a Orlando Laso para conducir los vehículos de la señora María Antonia Mejía.

Respuesta: Antes de contestar puedo hacer una claridad antes del sí o no? Bajo lo que acabo de contestar los contratos del señor Laso fueron hasta diciembre de 2016. Quiero aclarar que enero, febrero y marzo, él no tuvo contrato con El Rápido Duitama.

“Preguntado: diga cómo es cierto sí o no que entre el periodo del 17 de julio de d 2015 al 30 de marzo de 2017 el señor Orlando Laso trabajó para El Rápido Duitama conduciendo los vehículos de la señora María Antonia Mejía.

Respuesta: Sí fue contratado, sin embargo, la contratación de los conductores es para El Rápido Duitama, no es para un propietario definido. Bajo ese esquema él pudo haber conducido vehículos de varios propietarios. pero no para la señora María, porque se contrata para la empresa, no para un conductor en específico, sin embargo, los contratos del señor demandante fueron hasta diciembre de 2016, quiero aclarar que enero, febrero y marzo como lo aclara el abogado.

Preguntado: diga cómo es cierto sí o no que Orlando en el periodo julio 17 de 2015 a 30 de marzo de 2017 era conductor relevador.

Respuesta: Desconozco el tema, él tenía contratos con Rápido Duitama, en los cuales podía ser relevador o podía ser titular de los vehículos. Aclaró: Sí es contratado, las funciones de conductor titular; sin embargo también puede funcionar como conductor relevador dependiendo de la necesidad de la empresa

Más delante del mismo medio de prueba expuso que entre el 17 de julio de 2015 hasta el año 2017, el demandante no prestó servicios de manera ininterrumpida y continua, lo cual hizo mediante tres contratos de trabajo. Dijo que en la empresa existen dos tipos de conductores: los titulares y los relevadores, además confesó que los dos están vinculados de la misma manera. Señaló que el actor nunca se vinculó como conductor relevador sin que mediara contrato de trabajo y que de haber existido relevadores sin contrato ellos mismos debieron asumir el pago de su seguridad social.

De otro lado, la parte demandante solicitó decretar el testimonio de Gabriel Martínez, Wilson Enrique Figueredo López, Claudia Johanna Arenas y Emilse Laso Téllez. El primero de los cuales no se practicó al no haberse presentado el deponente en la hora y fecha señalada para adelantar la diligencia.

El testigo **Wilson Enrique Figueredo López**, aseguró que prestó sus servicios a la demandada entre mayo de 2014 y octubre de 2015, dijo que cuando ingresó el demandante era conductor de un bus, pero luego lo vio en la conducción de diferentes vehículos como relevador y explicó que era la persona que está disponible para cuando un conductor titular se enferma o solicita permiso y, en estos días tenía que tener el vehículo a disposición, lavarlo y tranquearlo con los suministros que daba la empresa, también debía hacer los recorridos estipulados en el cuadro de rodamiento de la empresa, y si se presentaba alguna falla mecánica informarlo al administrador y solucionarla. Que en dichas actividades se invertían unas 16 o 17 horas de trabajo. igualmente, que, aunque existían otros relevadores, a él siempre le asignaron al demandante en los descansos de 3 o 4 días seguidos que le daba la empresa. Aseguró que al actor le entregaban unos vales por los viajes que hacían, los cuales tuvo la oportunidad de ver. Expuso que el promotor trabajaba todos los días, lo cual le consta porque lo vio ya que realizaban el mismo recorrido y se encontraban en la carretera o en las terminales.

La declarante **Claudia Johanna Arenas**, esposa del demandante, aseguró que este trabajaba más de 18 horas diarias, que su jornada empezaba a las 2:00 a.m. y en ocasiones no podía acostarse a la espera que lo programaran y que en algunas oportunidades no podía ir a la casa porque debía ocuparse no sólo de los viajes, sino del aseo y la vigilancia de los buses, incluso debía bañarse en los mismos. A su turno, la testigo **Emilse Laso Téllez** hermana del actor dijo que este trabajaba en horario continuo lo cual le consta porque la llamaba a decirle que acompañara a su esposa a recibir los pagos a la terminal; además le pedía plata prestada porque no le alcanzaba para colaborarle a su esposa y los hijos.

La parte accionante allegó también en relación con el periodo que importa al recurso - 17 de julio de 2015 a 31 de octubre de 2016 - comunicación adiada del 17 de julio de 2015, con sello de la demandada El Rápido Duitama Ltda, en la cual se informa al Jefe de Rodamiento - Asistente Técnico y Operativo, que el demandante está “*AUTORIZADO para manejar como conductor RELEVADOR INDEPENDIENTE*” (f.º 19 y 20); reporte emitido por Colpensiones según el cual Multimerchantiles canceló los aportes correspondientes desde el mes de julio de 2015 hasta mayo de 2016 en favor del accionante (f.º 24 a 27); tiras de control de salida del terminal de transportes de Bogotá de fechas 4, 5 y 9 de septiembre de 2016, en las que aparece como conductor el demandante (f.º 47 y 48)-. Igualmente, aportó 124 stickers denominados “*Tasa de uso*” emitidos por el Terminal de Transportes de Sogamoso, entre octubre de 2015 y noviembre de 2016, en los que se relaciona en términos generales a la empresa El Rápido Duitama Ltda, la placa del vehículo y algunos de ellos relacionan como conductor “*Orlando*” (f.º 51 a 61). De otro lado, aportó 151 stickers emitidos por la Terminal de Transportes de Bogotá entre octubre de 2015 y noviembre de 2016, sin embargo, ninguno contiene el nombre del demandante o su identificación (f.º 62 a 74).

Además, el libelista aportó 109 documentos denominados “*boleta de salida*” emitidos en diferentes fechas no continuas de los meses de enero, marzo, abril, mayo, julio, agosto, septiembre de 2016, por la demandada El Rápido Duitama Ltda (f.º 75 a 105 y 227 a 246); órdenes de servicio en las que se relaciona al demandante en algunas fechas de los meses agosto, septiembre y octubre de 2016 (f.º 109 y 110); pruebas de alcoholimetría realizadas al demandante en diferentes fechas comprendidas entre agosto de 2015 y noviembre de 2016 (f.º 112 a 138); 144, papeletas de control de tiempos de permanencia generados por la Terminal de Transportes de Bogotá en los que no se encuentra relacionado el demandante (f.º 139 a 160); los documentos emitidos por diferentes terminales de transportes en los que se relacionan vehículos de diferentes placas, afiliados al Rápido Duitama Ltda en los que se encuentra relacionado el demandante (f.º 161 a 226); planillas con logo de la empresa transportadora demandada, en las

cuales se relacionan viajes realizados por el accionante en diferentes fechas (f.º 241 a 282).

A solicitud de la demandada El Rápido Duitama Ltda, se practicó el testimonio de Diego Ángel Romero Sanabria, quien manifestó estar vinculado a la demandada desde el ° de julio de 2015. Aseguró que el accionante era conductor titular de vehículo, en el que devengó sueldo y luego pasó a ser relevador, actividad por la cual le cancelaban \$40.000 por viaje redondo, es decir, por ir y volver. Precisoó que cada conductor podía hacer un doblete o *"triqui"*, lo que dependía del rodamiento y cada viaje o desplazamiento requería 4 o 4 horas y media en atención al tráfico. Aseguró que un relevador no trabajaba todos los días, lo hacía apenas 2 o 3 veces por semana y debía esperar a que otro conductor o propietario lo llamaran, por esta razón no tenían contrato. Dijo que, aunque los relevadores podían trabajar en otras empresas, nunca vio al demandante hacerlo. Expuso que él tenía a su cargo las revisiones de los vehículos, por lo que los conductores debían presentarlos antes de salir a ruta y al llegar, por lo que le consta la ejecución de la labor por parte del demandante. Dijo que como relevador el actor podía operar cualquier vehículo y los dueños de los automotores le cancelaban el viaje. Explicó que los vehículos tienen un rodamiento fijo y lo que se le da al conductor es el horario de salida.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante confesó que, a partir de julio de 2015 prestó sus servicios mediante contrato verbal y que por cada viaje realizado le pagaban \$30.000, que se acumulaban con una especie de vales o recibos que luego redimía en la taquilla de la empresa, pero solamente hasta que completaba el salario mínimo mensual, confesando *"de ahí no me dejaban pasar"*. Señaló que todos los días realizaba 2 o 3 viajes.

Así las cosas, analizados en conjunto los medios probatorios arrimados al proceso, resulta claro para la Sala que la parte accionante logró demostrar la prestación personal del servicio en el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2015 y el 30 de octubre de 2016, pues

al absolver interrogatorio de parte el representante legal confesó tal hecho en repetidas ocasiones, aunque luego entró en contradicción al señalar que el demandante únicamente había estado vinculado en los periodos respecto de los cuales existía contrato de trabajo. Igualmente, el testigo Wilson Enrique Figueredo López y Diego Ángel Romero Sanabria, dieron cuenta de la prestación continua del servicio, el primero al menos hasta octubre de 2015, por haber desempeñado la misma labor en la misma ruta con el demandante y encontrarse a diario en la carretera o en las terminales, además porque era el accionante quien lo relevó siempre en sus descansos. El segundo, durante todo el periodo analizado en el recurso porque ante este el demandante debía presentar el vehículo tanto al salir del terminal de buses de Bogotá, como al llegar.

El dicho de los testigos también se reafirma con los documentos aportados al proceso, emitidos por El Rápido Duitama Ltda y por las terminales de transporte de las ciudades de Bogotá, Duitama y Sogamoso, en los que aparece relacionado el accionante como conductor de buses afiliados a la empresa de transportes demandada.

En este contexto probatorio, acreditada la prestación personal del servicio, opera a favor del demandante la presunción de existencia del contrato de trabajo (art. 24 CST), por lo que encuentra la Sala que la demandada El Rápido Duitama Ltda, no cumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demuestra que la relación que lo unió con el actor fue realmente de naturaleza civil o que en la ejecución de los servicios se realizó con toda la autonomía propia de los contratistas independientes.

Se reitera que tal como quedó verificado con el dicho del testigo Diego Ángel Romero Sanabria, quien se desempeña como Asistente Técnico Operativo al servicio de la transportadora, todos los vehículos tienen su ficha de rodamiento preestablecida y a los conductores relevadores solo se les informaba el itinerario del vehículo. También explicó que al relevador, cargo ocupado por el demandante en el periodo en cuestión, le

correspondía cubrir los viajes a cargo de conductores titulares por ausencia de los mismos con ocasión de enfermedad, permiso o descanso.

Así las cosas, resulta claro que el demandante debía conducir los automotores que le eran asignados, cumplir los recorridos previamente programados por la empresa, en acatamiento de los procedimientos establecidos para tal fin y dentro de los horarios que le eran fijados, con lo cual se desvirtúa la autonomía de la prestación del servicio.

En ese horizonte, contrario a lo que se argumenta en la apelación, en el presente asunto sí resultó probada la subordinación del demandante a la demandada El Rápido Duitama Ltda. En el mismo sentido, conviene recordar que, de no demostrarse la remuneración percibida, lo procedente es liquidar las acreencias laborales con base en el salario mínimo legal fijado para el momento en que se ejecutó el vínculo laboral, tal como lo determinó la jueza de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, no existen motivos para revocar la sentencia apelada en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y El Rápido Duitama Ltda entre el 17 de julio de 2015 al 30 de octubre de 2016, por lo que la sentencia será confirmada en este punto.

(ii) Del recurso de apelación de la parte demandante.

Frente a la apelación presentada por el actor, el Tribunal acota que revisado el escrito de demanda, no se observa la inclusión de alguna pretensión referente al reconocimiento y pago de la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que no puede la Sala entrar en estos momentos a pronunciarse sobre el asunto.

Ello es así, como quiera que las facultades *ultra* y *extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito,

quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segunda instancia, dado que no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y además no se puede sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional. En consecuencia, la Sala no puede analizar si el accionante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

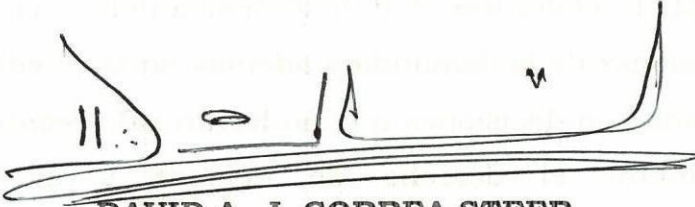
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



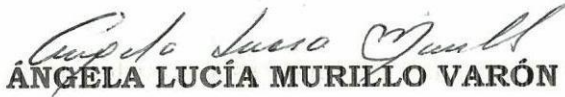
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2017 00611 01
DEMANDANTE: VÍCTOR JULIO HURTADO PUERTO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE
BOGOTÁ, FONCEP Y COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada FONCEP contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad, el 9 de septiembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que la pensión de jubilación convencional que disfruta actualmente, otorgada de conformidad con la convención colectiva de trabajo vigente entre los años 2005 y 2007, tiene el carácter de compartida con la pensión reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR 337528 del 16 de noviembre de 2016. En consecuencia, se condene a la entidad demandada Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial de Bogotá a reconocer y pagar, la diferencia generada entre la pensión de jubilación convencional reconocida en la Resolución n.º 250 de 2006 y la pensión de vejez reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR 227454 del 2 de agosto de 2016, desde que se ordenó suspender unilateralmente su

pago, junto con los intereses de mora a la tasa más alta establecida por la Superintendencia Financiera, los demás derechos que haya lugar a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que la Alcaldía Mayor de Bogotá a través de la extinta Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, mediante Resolución n.º 250 del 13 de octubre de 2006, le reconoció pensión de jubilación prevista en artículo 34 del capítulo 8º de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 2005 – 2007, suscrita entre la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá D.C y el Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas de Bogotá, por haber prestado servicios a dicha secretaría por más de 20 años.

A partir de enero de 1996, su empleadora lo afilió al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Colpensiones le reconoció pensión de vejez mediante resolución GNR 227454 del 2 de agosto de 2016, a partir del 4 de mayo de 2013, inconforme con el acto administrativo interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación. El 16 de agosto de 2016, Colpensiones le solicitó autorizar por escrito de manera expresa la revocatoria de la resolución, petición a la que accedió.

Refirió que Colpensiones por medio de resolución GNR 337528 del 16 de noviembre de 2016, revocó la resolución anterior y, en su lugar, otorgó la pensión de vejez con carácter compartido, por lo que ordenó girar el retroactivo a la Alcaldía Mayor de Bogotá en la suma de \$60.801.148, situación comunicada a la Unidad Especial el 30 de noviembre de 2016.

Inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación para obtener que el retroactivo fuera girado a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial de Bogotá. Colpensiones resolvió a través de Resolución GNR 390583 de 27 de

diciembre de 2016 y Acto Administrativo DIR 6732 del 27 de mayo de 2017, confirmar la Resolución GNR 337528 del 16 de noviembre de 2016.

Señala que mediante Resolución n.º 167 del 22 de mayo de 2017, la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial de Bogotá, ordenó retirarlo de la nómina de pensionados convencionales. Inconforme interpuso recurso, resuelto mediante Acto Administrativo n.º 248 del 14 de julio de 2017 (f.º 3 a 21).

Al dar respuesta a la demanda, la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, se opuso a todas las pretensiones. Señaló que la pensión otorgada al demandante fue de carácter transitorio y que la compartibilidad de la prestación fue analizada por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral de Bogotá en el proceso n.º. 2015 028, oportunidad en la cual se decidió absolver a las demandadas.

En defensa de sus intereses propuso las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción. Además, formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, la prescripción y las demás declarables oficiosamente. Además, solicitó convocar en calidad de Litis consorcio necesario por pasiva al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP (f.º 165 a 171).

Mediante auto de 19 de junio de 2018, se ordenó vincular en calidad de Litis consortes necesarios a FONCEP y a COLPENSIONES (f.º 187 y 188).

FONCEP contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demandada. Alegó que la llamada a responder es la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial quien ocupa el lugar del empleador Secretaría de Obras Públicas y otorgó la pensión convencional. En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de FONCEP en el reconocimiento de la prestación convencional pretendida; ausencia de relación laboral con el demandante, indebido aporte de la convención colectiva de trabajo, la inexistencia de las

obligaciones convencionales de FONCEP, la prescripción de las mesadas pensionales, el pago y compensación y las demás que puedan declararse de oficio (f.º 194 a 206)

A su turno, Colpensiones contestó que no se opone ni se allana a las pretensiones, pues no están dirigidas contra esa entidad. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la prescripción y las declarables oficiosamente (f.º 216 a 224).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de septiembre de 2019, declaró que la pensión de jubilación convencional reconocida al actor mediante Resolución n.º 250 de 2006, fue otorgada conforme a los requisitos del artículo 34 de la convención colectiva de trabajo 2005 – 2007. Declaró la compartibilidad entre la pensión de jubilación convencional reconocida por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y la pensión de vejez reconocida por Colpensiones. Condenó a FONCEP a reconocer y pagar al demandante mesadas insolutas causadas entre el 1º de julio de 2017 y el 31 de agosto de 2019, en la suma de \$74.774.772, a reconocer y pagar las mesadas adicionales en el mismo periodo y a pagar debidamente ajustado el mayor valor a que tiene derecho el actor a partir del 1º de septiembre de 2019, además, autorizó a la entidad a descontar los porcentajes correspondiente a los aportes al sistema de salud.

Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (f. 252).

En sustento de su decisión, señaló que la Secretaría de Obras Públicas reconoció al accionante la pensión convencional de jubilación por haber prestado servicios por espacio superior a 20 años. Preciso que no pueden confundirse las prestaciones previstas en los artículos 30 y 34 de la convención colectiva. Concluyó que bajo una interpretación más

favorable al trabajador, la prestación concedida al accionante no lo fue de manera provisional sino que se trata de la pensión de jubilación convencional de carácter vitalicia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada FONCEP interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que mediante Resolución n.º 250 del 13 de octubre de 2006, expedida por la Secretaría de Obras Públicas, se otorgó al demandante no una pensión convencional, sino un anticipo de la pensión que le hubiere podido corresponder. Preciso al punto que el anticipo pensional se cancela a los empleados del Distrito en el interregno de la desvinculación y el reconocimiento de la pensión por parte de la entidad competente, de conformidad con el artículo 34 de la convención colectiva de trabajo.

De otra parte, como quiera que Colpensiones ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de carácter legal, la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, mediante resolución ordenó al FONCEP, como ente meramente pagador, que le suspendiera el pago de la pensión al demandante, toda vez que la Secretaría de Obras Públicas había reconocido apenas un anticipo pensional.

Arguyó que se encuentra probado que la Secretaría de Obras Públicas era una entidad del sector central, que lo reconocido al demandante fue una prestación de origen convencional cuyo pago está a cargo de los empleadores y no de FONCEP que actúa como mero pagador. Preciso que, si bien hoy en día la Secretaría de Obras Públicas no existe, lo cierto es que se transformó en la Unidad Administrativa Especial aquí demandada.

Finalmente, advirtió que la reclamación administrativa se presentó ante la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y no ante el FONCEP, no obstante, la sentencia determina la

desvinculación de la primera por falta de legitimación en la causa por pasiva e impone condenas al Foncep.

IV. CONSIDERACIONES

En atención al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar en primer lugar, si la Secretaría de Obras Públicas conforme al artículo 34 de la Convención Colectiva reconoció al actor un anticipo de la pensión convencional que le hubiere podido corresponder en el periodo comprendido entre el momento en que se dio la desvinculación del trabajador y el momento en que Colpensiones reconoce la pensión de vejez.

Para abordar el problema jurídico conviene precisar que en el derecho de asociación sindical se encuentra implícita la idea básica de la libertad sindical, de manera que la capacidad de organizarse dimana de la facultad de autoconformación y autoregulación con sujeción al orden constitucional y legal, fuera del radio de intervención estatal y del empleador. Así, los trabajadores pueden constituir sindicatos con plena autonomía, establecer las condiciones de funcionamiento a través de sus propios estatutos, y afiliarse a ellas con la única exigencia de observar cabalmente los reglamentos (Artículo 39 de la Constitución Nacional y Convenios 87 y 98 OIT).

En esta línea de pensamiento, las prerrogativas pactadas entre empleadores y trabajadores por encima del marco legal son permitidas y garantizadas en la Constitución Nacional según artículo 55, que refiere al derecho de negociación colectiva y materializada en la convención colectiva, conforme lo dispone el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo, Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1238 de 2015, señaló que los jueces cuentan con amplio margen de interpretación de las normas laborales y además están facultados para interpretar la cláusula de una convención colectiva de trabajo. Potestad que está enmarcada dentro en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, que permite al juzgador apreciar y formar su libre convencimiento respecto de los medios de prueba.

(....)

Por otro lado, no debe pasar inadvertido, que tal como lo señala el artículo 1618 del Código Civil, los contratos y convenciones celebrados entre particulares, deben interpretarse conforme a su intención, y no en cuanto a su literalidad; adicional a lo anterior, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social faculta a los juzgadores a formar libremente su convencimiento, sin estar sujetos a la tarifa legal de pruebas, deben respetarse las apreciaciones razonadas que se hagan los jueces de la convención colectiva de trabajo, a menos que, como se dijo precedentemente, se configure un error ostensible de hecho.

(...)

En ese horizonte, esta Colegiatura partirá del hecho indiscutible que los artículos invocados por la entidad para reconocer el derecho pensional constituyen la fuente normativa del derecho discutido.

Pues bien, se encuentra demostrado que mediante Resolución n.º 250 del 13 de octubre de 2006 (f.º 22 y 23), la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Obras Públicas reconoció al demandante “*beneficio convencional denominado pensión de jubilación*” por las siguientes consideraciones:

1.- Que el señor VÍCTOR JULIO HURTADO PUERTO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.258.908 de Bogotá, fue vinculado a la Secretaría de Obras Públicas como trabajador oficial el día 10 de febrero de 1981.

2.- Que mediante escrito radicado y recibido en la SOP con el No. 3557 el 9 de octubre de 2006, presenta renuncia al cargo de Conductor, a partir del 1 de noviembre de 2006, por haber cumplido con los requisitos exigidos por la Convención Colectiva de Trabajo vigente para acceder al beneficio denominado Pensión de Jubilación.

3.- Que revisada la historia laboral del señor HURTADO PUERTO, se constató que sí cumple con los requisitos señalados por el artículo 34 de la Convención Colectiva de Trabajo, es decir, 20 años de servicio y 51 años de edad, teniendo en cuenta la fecha de ingreso a la Entidad señalada en el numeral 1 de esta Resolución y la fecha de nacimiento registrada, 7 de octubre de 1955.

4.- Que atendiendo lo dispuesto por el artículo 30 de la norma *ibidem*, será incluido en la Nómina de Pago Transitorio de la Pensión de Jubilación, a partir de la fecha de desvinculación y hasta cuando el ente competente le reconozca y pague la pensión de orden legal, para lo cual el señor HURTADO PUERTO deberá adelantar los trámites para el efecto.

5.- Que una vez se efectúe el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación legal el pensionado deberá informar oportunamente a la Secretaría

de Obras Públicas cualquier novedad al respecto; así mismo, mientras esta Secretaría tenga a cargo el pago del anticipo pensional se deberá presentar cada tres (3) meses antes del día 25 del mes respectivo un certificado de supervivencia para efectuar dicho pago que tiene el carácter de transitorio.

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ACEPTAR LA RENUNCIA presentada por el señor **VÍCTOR JULIO HURTADO PUERTO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.258.908 de Bogotá al cargo de conductor a partir del 1 de noviembre de 2006

ARTÍCULO SEGUNDO: RECONOCER el beneficio Convencional denominado Pensión de Jubilación e incluyese en Nómina de Pago Transitorio de Pensión de Jubilación, a partir de la fecha de desvinculación y hasta cuando se surtan los trámites ante los entes competentes, según lo expuesto en la parte considerativa de esta resolución, de conformidad con lo establecido por los artículos 30 y 34 de la Convención Colectiva de trabajo vigente.”

Ahora, conforme al contenido de la convención colectiva suscrita por Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas de Bogotá Distrito Capital y el Sindicato de Trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá Distrito Capital, vigente entre el 1º enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2007, allegada junto con su constancia de depósito a folios 24 a 34, dispone en su artículo 30 que:

“**ARTÍCULO 30.- PAGO TRANSITORIO POR PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y SOBREVIVIENTES:** Bogotá Distrito Capital, por conducto de las Secretarías de Obras Públicas o de Hacienda o de la entidad que haga sus veces continuará pagando transitoriamente a los trabajadores oficiales al servicio de la Secretaría de Obras Públicas el valor correspondiente por pensión de jubilación y sobrevivientes, hasta tanto la entidad correspondiente incorpore en su nómina al trabajador, este pago se hará en cuantía del setenta y cinco por ciento (75%) del promedio salarial total devengado por el trabajador durante el último año de servicio. En el caso de los pensionados por sobrevivientes, el porcentaje para efectos de la cuantía a cancelar será igual al señalado por la Ley.

PARÁGRAGO 1º. El pago transitorio por pensión de jubilación y sobrevivientes se reajustará anualmente en el mismo porcentaje y a partir de la misma fecha en que sea aumentado el salario mínimo legal.

PARÁGRAGO 2º. El pago transitorio por pensión de jubilación y sobrevivientes se efectuará por un término de seis meses, periodo durante el cual el beneficiario debe adelantar los trámites ante el ente competente para el reconocimiento y pago de su pensión. En el evento que el beneficiario no demuestre o pruebe dicho trámite, transcurridos los seis (6) meses desde la iniciación del pago transitorio se suspenderá el pago en cuestión. Caso contrario, si el beneficiario de la pensión prueba que ha sido diligente en el trámite ante los entes competentes. Si el beneficiario de la pensión prueba que ha sido diligente en los términos ante los entes competentes, se le continuará

pagando transitoriamente hasta que lo asuman en su nómina de pensionados.”

La convención colectiva de trabajo dispone además en su artículo 34:

ARTICULO 34.- PENSIÓN DE JUBILACIÓN; Bogotá Distrito Capital ,continuará reconociendo y pagando la pensión mensual de jubilación a todos los trabajadores de la Secretaria de Obras Públicas que hayan cumplido cincuenta (50) años de edad y veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos a Bogotá , Distrito Capital.

La pensión de jubilación tendrá una cuantía del setenta y cinco por ciento (75%) del promedio total devengado por el trabajador durante el último año de servicio.

PARÁGRAFO: Los trabajadores que cumplan con los requisitos de edad y servicio exigidos en el presente Artículo, durante los años 2005, 2006, 2007 y 2008, laborarán o prestarán sus servicios a la Entidad por un (1) año más.”

Aunado a lo anterior, resulta claro que el artículo 31 convencional dispone el pago transitorio de las pensiones de jubilación y sobrevivientes hasta tanto la entidad correspondiente incorpore en su nómina al trabajador, lo que no deja duda alguna que a quien haya cumplido los requisitos previstos en la norma convencional se le reconocerá la prestación económica convencional de carácter temporal hasta el pago de la pensión legal, como en efecto sucede con el demandante a quien según Resolución n.º 250 del 13 de octubre de 2006, se le concedió esta última prestación.

Ahora bien, dado que el artículo 31 de la convención colectiva cobijaba tanto a las pensiones de jubilación como las de sobrevivientes, la Sala encuentra que el artículo 34 de la misma norma convencional, consagra los requisitos pactados por las partes para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación, esto es, 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos a Bogotá, Distrito Capital, para los trabajadores oficiales dependientes de la Secretaría de Obras Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C., destinatarios finales del acuerdo colectivo.

De otro lado, pese a que los artículos a los que se ha hecho referencia se encuentran en diferentes capítulos, lo cierto es, que el análisis de estos debe efectuarse de manera conjunta y concomitante, por

lo que en alcance al contenido del Acto Administrativo de reconocimiento pensional, es dable concluir que las partes decidieron otorgar el carácter de **transitorio** al pago de las pensiones económicas allí consagradas hasta tanto la entidad competente realice el reconocimiento y pago de la pensión, pues, es lo que se colige de su redacción y la verdadera intención de las partes involucradas.

En esta línea, resulta claro que la prestación reconocida al accionante por parte de Bogotá Distrito Capital, Secretaría de Obras Públicas fue de carácter temporal y, en consecuencia, la obligación de cancelarla cesó cuando Colpensiones mediante Resolución GNR 337528 del 16 de noviembre de 2016, reconoció la prestación de vejez a partir de 4 de mayo de 2013, en aplicación de la Ley 33 de 1985. Conviene señalar que, aunque Colpensiones señaló que la prestación era de carácter compartida con la reconocida por la Alcaldía del Bogotá – Secretaría de Obras Públicas, ello escapaba a su competencia.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala revocará la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y, por las resultas del proceso, se relevará del análisis de los demás argumentos de apelación.

Sin costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte accionante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de septiembre de 2019,

para en su lugar, ABSOLVER a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte accionante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



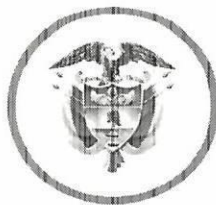
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 034 2018 00476 01
DEMANDANTE: JHON JAIRO BETANCUR RIVERA
DEMANDADO: BANCO BBVA Y COMERCIALIZADORA DE PRODUCTOS FINANCIEROS S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de enero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la carta de renuncia presentada por el demandante por haber sido inducida por el empleador y configurarse vicio total de la voluntad. En consecuencia, se ordene su reintegro junto con los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos laborales dejados de cancelar, la indexación correspondiente, los demás derechos que haya lugar a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso. Subsidiariamente, al reintegro solicita se condene a la demandada a pagar indemnización por despido unilateral e injusto,

En respaldo de sus pretensiones, narró que desde el 15 de septiembre de 2005 prestó sus servicios al Banco Granahorrar, el cual fue comprado por el Banco BBVA, razón por la cual pasó a laborar para

Comercializadora de Servicios Financieros S.A.S, sociedad creada por el Banco BBVA para el manejo y colocación de sus productos.

Refirió que siempre cumplió las normas del banco, obtuvo muy buenos ingresos desde su cargo de asesor de vehículos y por lo general cumplió con las metas propuestas por la empleadora. Además, que en todo el tiempo de labor tuvo tan solo 10 reclamos o quejas, las cuales se relacionaron únicamente con el ajuste de tasas y extractos bancarios.

Relató que fue despedido “*con justa causa*” según el Comité de Disciplina de la comercializadora por la queja de un cliente llamado Guillermo Acosta, frente a la cual presentó descargos por escrito de los cuales no recibió respuesta por parte de la comercializadora. Expuso que, en los meses anteriores al despido, su “*colocación*” disminuyó debido a persecución laboral de parte de la coordinadora Marcela Bonilla, quien lo cambió de concesionario y no le colaboró en la ejecución de eventos, ni lo acompañó a los mismos, reservando estas actividades para los ejecutivos nuevos traídos por la nueva Gerente María Fernanda Arciniegas.

Relato que su jefe marcela Bonilla no le colaboró con el manejo de la queja presentada por el cliente Guillermo Acosta, por el contrario, buscó 5 quejas anteriores y las remitió a recursos humanos. Adicionalmente, en el mes de agosto le pasó un memorando por no cumplir metas, lo que no sucedió con los asesores nuevos quienes tampoco cumplieron. Dijo que se le solicitó la renuncia, indicándole que tenían fundamentos para terminarle el contrato de trabajo con justa causa. En consecuencia, y con el ánimo de mantener las puertas abiertas y no afectar su hoja de vida y en vista de la amenaza del empleador renunció. (f.º 51 a 53 y 63).

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Comercializadora de Servicios Financieros S.A., se opuso a las pretensiones. Aceptó que el demandante ingresó a laborar el 2 de abril de 2009, el cargo de Gestor y que el 17 de septiembre de 2015 le fue comunicada la desvinculación por justa causa. Frente a los demás, manifestó no ser cierto o no constarle. Indicó que contrario a lo manifestado en la demanda, la empresa si

escuchó en descargos al accionante y le terminó el contrato de trabajo con justa causa, decisión que le fue comunicada y este, al día siguiente se acercó a pedir que le permitieran renunciar por temas de referencias laborales, a lo cual accedieron.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de causa para pedir; cobro de lo no debido; prescripción; la buena fe, el pago, la compensación, la no procedencia del reintegro y las demás declarables de oficio (f.º 129 a 149).

Por su parte, BBVA Colombia, se opuso a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, señaló que unos no son ciertos y los restantes no le constan. Sostuvo que las demandadas son personas jurídicas diferentes, no se ha presentado una fusión ni absorción entre ellas. Expuso que el actor no fue su trabajador y incumplió durante 9 meses del año 2015 con las metas que le asignó el empleador, por lo que no tiene derecho al pago de indemnización por despido porque renunció. Además, en la renuncia no hubo vicio en el consentimiento.

En su defensa, propuso las excepciones inexistencia de la obligación; falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 341 a 363).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de enero de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y condenó al demandante a pagar las costas del proceso (f.º 441 a 442).

Como sustento de su decisión, señaló que el actor no acreditó que la demandada Comercializadora de Servicios Financieros S.A. lo hubiese forzado a presentar la renuncia, así como tampoco que este se haya retractado de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo. Concluyó, que tampoco se probó la configuración de un despido indirecto,

pues no acreditó que la renuncia se dio por un hecho imputable al empleador. De otro lado, encontró acreditada las circunstancias alegadas como causal del despido, relativas a la queja presentada por el señor Guillermo Acosta donde puso de presente que le fue ofrecida una tasa y periodos de gracia que no se cumplieron, inobservancia del trabajador a sus funciones y procedimientos de las operaciones a cargo, falta que señaló le está vedada calificar al juzgado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la sentencia no se encuentra ajustada a los hechos demostrados en el proceso relacionados con que mediante contrato de trabajo a término indefinido prestó servicios a la comercializadora desde el 2 de abril de 2009, para la colocación de créditos exclusivamente para el Banco BBVA y enviado como gestor a los concesionarios. Que producto de su gestión devengó un salario promedio de \$4.500.000 y el detrimento del mismo obedeció al cambio de concesionario, así como a la orden de trabajar en nuevas salas, por lo que debió empezar desde ceros y fidelizar la sala.

Arguyó que en un periodo de tres meses se le recopilaron las quejas de clientes que datan del año anterior, sin haber sido llamado a descargos en forma individual a medida que se iban presentando las mismas. Señaló que contestó el pliego de cargos y solicitó su aclaración, pero lo que obtuvo como respuesta fue la inclusión de quejas anteriores que en su momento no fueron tomadas en cuenta por la comercializadora o por el banco.

Indicó que, si bien manifestó haber tenido buena relación con sus jefes, ello de suyo no desvirtúa que sufrió persecución y acoso laboral, como violencia hacia el trabajador. Preciso que los trabajadores que junto con él venían de Granahorrar fueron despedidos sistemáticamente. Aseguró, que fue presionado a cambiar de lugar de trabajo porque *“la situación estaba muy fea en la comercializadora”*

Alegó que, lo que lo llevó a renunciar, fue la presentación de una carta de despido que nunca fue hecha efectiva y mostrada en una cafetería, lugar extraño para que una empresa termine un contrato. Además, se le indicó que podía presentar su renuncia para no afectar su hoja de vida. Preciso que en ninguna parte aparece la carta de terminación del contrato, solo la renuncia, pues la primera fue elaborada para presionarlo a renunciar con una información dolosa de que vería afectada su hoja de vida, siendo así coaccionado. Señaló que en casos similares la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la renuncia así presentada, no tiene validez jurídica y se debe restablecer al puesto de trabajo

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación. Por razones de método, comienza la Sala por analizar si tal como se alega en el recurso, el accionante fue presionado a renunciar, por consiguiente, ese acto carece de validez.

Frente a la renuncia afectada por un vicio del consentimiento la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación n.º 22842 de 30 de septiembre de 2004, reiterada en SL3827 – 2020, señaló:

“Cumple precisar, por otra parte, que la renuncia afectada por un vicio del consentimiento no puede equipararse al despido sin justa causa. Tiene como fundamento la ineficacia de la declaración de voluntad emitida por el trabajador y cuando se da esa situación, la conclusión lógica, y legal, como se verá, es considerar que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad, conforme lo establece el artículo 1746 del Código Civil, norma que resulta aplicable en tal situación por virtud de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo. Y esa restitución supone, desde luego, el restablecimiento del contrato de trabajo. El despido sin justa causa, por el contrario, es un acto de declaración de voluntad del empleador y, en

principio, produce un efecto extintivo del contrato y la propia ley le reconoce virtualidad suficiente para ello y para generar en favor del trabajador el derecho a una indemnización tarifada, como regla general.

Ahora bien, el reintegro como consecuencia de la ineficacia de la renuncia debe tener y tiene fundamento adicional en el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, porque si la renuncia no produce ningún efecto jurídico no puede afirmarse que en realidad el contrato haya terminado y esto es precisamente lo que regula ese precepto, cuyo título, “Salarios sin prestación del servicio”, permite su aplicación a una variedad de hipótesis en las cuales no se da la prestación del servicio por culpa o disposición del empleador, una de las cuales es, precisamente, una renuncia del trabajador afectada en su validez.

Ahora, conforme al contenido del documento de folio 41 se verifica que el accionante mediante comunicación de 17 de septiembre de 2015 dirigida al Gerente Nacional de Autos de la Comercializadora de servicios Financieros, expuso:

*“Con la presente me permito notificar mi renuncia al cargo que hasta la fecha he venido desempeñando como **Ejecutivo de Vehículos Bogotá**. Aprovecho la oportunidad para agradecer toda la colaboración prestada durante el tiempo que laboré en esta prestigiosa entidad”*

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante confesó que le fue presentado un pliego de cargos y por escrito fue citado a rendir descargos, que asistió a la diligencia en la cual tuvo la oportunidad de responder a las preguntas que le fueron formuladas; dijo que, aunque fue citado por un caso en particular, fue cuestionado sobre otros casos que su cedieron con anterioridad, pero señaló que no solicitó ninguna aclaración al respecto. Al referirse al comité disciplinario y al día en que supo que, sobre la terminación del contrato, manifestó:

“Me entere primero por Camilo Bernal, con quien tenía buena relación. Camilo varias veces me dijo: chino están molestando, no sé cómo va a salir lo de los descargos de estos clientes. Incluso tomamos como dos veces café ahí en el Oma, antes de la oficina, antes de los comités que hacían lunes, miércoles y viernes. Me comentó en una ocasión, como en el mes de agosto, pues que no se sabía cómo iba a ser el desenlace del pliego de cargos, que estaban molestando hartos por eso, que las cosas igual estaban fregadas en la comercializadora, que estaban sacando gente. Que de pronto me podía ayudar para que me fuera a otro departamento dentro de la misma empresa en el sector de crédito de libranzas, a lo cual yo le dije que no, que lo que yo siempre he hecho en toda la trayectoria - como le comento- y lo que sabía hacer era la colocación de vehículos.

Hasta que llegó el día, el día cuando él me dijo que me tenía malas noticias. La oficina de vehículos quedaba en el segundo piso de la 77 con 15, en el tercer piso había una terraza y había una sala ahí que no estaba ocupada que no tenía oficina y pues subimos los dos, me dijo John venga le comento algo, el comité creo que tomó la decisión de sacarlo a usted por los descargos que presentó. -Queda uno como shock- Yo le dije porque,... hermano no hay nada que hacer, incluso me mostró una carta que esta allegada a la demanda. Me dijo: si hermano la comercializadora va a prescindir de sus servicios pero mire, pues lo mejor igual es que de pronto nos pase la carta de renuncia – que fue una que aparece también allegada ahí- Páse la carta para que no tenga problemas con cuestiones de recursos humanos, que salió mal, que salió porque fue despedido con justa causa que fue por algunas quejas que presentaron clientes, pase la carta, igual no va a tener ningún inconveniente posterior. Usted me imagino que quiere seguir laborando en el sector y pues... a lo cual sí, efectué una carta, que es la que aparece ahí renunciando y me guardé la otra, no firmé ni nada la carta que él me presentó, pues me decía lo van a despedir lo van a echar por esto y me quedé con copia de la carta firmada por la comercializadora, -la cual aparece también ahí-.

Confesó también que él mismo escribió la carta de renuncia, pero aclaró fue cuestión de zozobra; que en ese momento pensó que cómo lo iban a despedir por algo con lo que no estaba de acuerdo, pero igual elaboró la carta en la sala de juntas, en el computador portátil que tenía asignado y la firmó. Refirió que posteriormente no solicitó el reintegro de esta carta y que en ningún momento se retractó de dar por terminado el contrato por renuncia. Preciso que lo que siempre le “*quedó en el ambiente*” que para que renunciara me presentaron o me dieron la otra en la cual me estaban notificando que me iban a despedir con justa causa.

Más adelante al ser cuestionado por la apoderada de la comercializadora, el demandante confesó que la carta allegada a folios 39 y 40 contiene su firma y corresponde a la que le fue puesta de presente por Camilo Bernal, además, explicó que, pese a que la comunicación está fechada el 16 de septiembre de 2015, la misma le fue puesta en conocimiento el 17 de septiembre del mismo año, momento que coincide con la de su carta de renuncia. Al preguntarle la apoderada si la carta de renuncia fue presentada después de haber sido notificado del despido, señaló:

“En ningún momento fui notificado, pues incluso anteriormente le decía, en el tercer piso Camilo Bernal Fandiño, Gerente Nacional de Automóviles me comunicó lo siguiente; John Jairo la comercializadora según, ha tomado la

decisión de prescindir de sus servicios creo que lo va a despedir con justa causa – me mostró, ... realmente me gustaría saber si efectivamente, si yo esa carta que me acaban de mostrar es la que aparece, fue la que yo adjunté, allegamos con el abogado a la demanda – pero **aparece lógicamente firmada por mí** pero no tengo conocimiento si efectivamente por parte de Recursos Humanos de la comercializadora existe el original en la cual, -porque es que a mí se me presentan con la carta- **esa carta lógicamente aparece con la firma mía y (sig) inmediatamente el mismo día presento la renuncia después de hablar con Camilo** que él me dice que lo mejor es que presente la renuncia y hacemos como si la del despido, si esta comunicación, como quien dice esta comunicación no tiene ninguna validez porque pues usted ya está presentando la renuncia. Pero en ningún momento fui notificado de decir hoy y mañana presente la renuncia, eso se hizo inmediatamente en el mismo momento, en el mismo momento me dijo lo mejor, **me dijo mire aquí está esta carta, yo me quedé con copia de la carta, incluso** en el momento ya revisando documentación posterior cuando no trabajaba en el banco fue que me di cuenta que ahí estaba la carta donde me estaban despidiendo con justa causa. Y sí, aparece la firma mía, pero no fui notificado de decir... bueno se notifica a través de esta carta y al día siguiente presento la misma – fue inmediatamente Camilo Bernal siempre me dijo: lo mejor para que usted no vaya a tener problemas en el futuro y con Recursos Humanos, hermano y salga bien de la comercializadora, presente la carta porque **mire aquí lo están despidiendo, el comité tomó la decisión de que lo iban a echar con justa causa.** Entonces lo mejor es que – como quien dice en el argot popular – presente la carta seguimos siendo amigos no va a tener problema para el futuro

Ahora, al absolver interrogatorio de parte la representante legal de la demandada Comercializadora de Servicios Financieros S.A.S., Alexandra Romero Romero dijo que le fue iniciado proceso disciplinario por dos temas: una queja presentada por cliente por una información de una tasa que no era la adecuada y por no cumplimiento de metas comerciales. Preciso que, en virtud del mismo, el 5 de agosto de 2015, mediante correo electrónico, se citó al demandante a rendir descargos, llevada a cabo el 12 de agosto en presencia de Alejandro Páez, como abogado de la compañía y Marcela como jefe inmediato. Con posterioridad se adelantó el comité disciplinario, por lo que se encontró la configuración de una justa causa para dar por terminado el contrato y se procedió a elaborar la carta de despido.

Aseguró que el trámite que se surtió para notificar la decisión consistió en entregar la comunicación al jefe inmediato Camilo Bernal, poniéndola en conocimiento del trabajador, quien procedió a la firma, así que Recursos Humanos recibió de vuelta la carta firmada por el colaborador el 17 de septiembre de 2017. Preciso que “al otro día recibimos

la notificación que el colaborador en este caso John Betancourt, le dice a Camilo Bernal que le permita pasar la carta de renuncia, a lo cual él la pasa y es la que nos llega a nosotros y se da aceptación esa carta de renuncia.” Señaló que la terminación del contrato se formalizó por renuncia y así quedó consignado en los documentos de liquidación del vínculo.

A solicitud de la demandada Comercializadora de Servicios Financieros S.A.S fueron decretados los testimonios de Camilo Bernal Alejandro Páez y Marcela Bonilla Rodríguez. El primero de los cuales no se escuchó como quiera que la parte desistió de su práctica.

Marcela Bonilla Rodríguez quien se desempeña como coordinadora de vehículos en la comercializadora, señaló que Camilo Bernal Fandiño era el jefe inmediato del demandante. Refirió que al demandante le fue iniciado proceso disciplinario debido a quejas presentadas por los clientes y que en este proceso, primero se presentan los hechos al área encargada de la “comer” con las debidas pruebas, ellos analizaron la información, envían un correo electrónico tanto al trabajador como a los Directores Comerciales y al Gerente de Canal, quienes contestan por correo, luego se surte una reunión con el funcionario y la persona de jurídica de la “comer”, y después hay un comité disciplinario donde se toma la decisión si el funcionario sigue o no. Expuso que para el caso del demandante el comité decidió la no continuación de la comercializadora y la notificación de la misma se hizo a través de Camilo Bernal, quien entregó la terminación del contrato.

El testigo Alejandro Páez Medina quien se encuentra vinculado con la comercializadora demandada señaló que Camilo Bernal fue la persona encargada de comunicar al demandante la decisión de dar por terminado el contrato. Señaló que, si bien el comité había decidido dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, el demandante ofreció presentar la renuncia y esta le fue aceptada. Advirtió que el actor no presentó retracto de su decisión de presentar renuncia al cargo.

De otro lado, la Comercializadora de Servicios Financieros S.A.S., aportó en lo que importa al punto de apelación analizado, correo electrónico de 5 de agosto de 2015, mediante el cual cita al demandante a rendir descargos el 12 del mismo mes y año (f.º 70 y 71); correo electrónico del 18 de septiembre de 2015, en el que Alejandro Páez Mediana pregunta a la Analista de Recursos Humanos Alexandra Amador Fautoque “*cómo les fue con la entrega de la carta a este trabajador*” y 22 de septiembre de 2015, le contestó: “*Don Alejandro como le comenté, el trabajador pasó su carta de renuncia el viernes*” (f.º 169 vto); carta de renuncia presentada por el demandante la que contiene sello de nómina del 30 de septiembre de 2015 y sello en el que se puede leer “*NOVEDAD PROCESADA*” (f.º 172); Liquidación final el contrato de trabajo en las que se indica que el retiro es voluntario (f.º 173 y 174).

Puestas las cosas de esta manera, una vez analizados en conjunto los medios probatorios antes indicados, estima la Sala que el accionante contrario a lo que sostiene en el recurso no logra demostrar que su decisión de renunciar al cargo desempeñado no fue un acto voluntario, menos aún que fue determinada por la Comercializadora de Servicios Financieros S.A.S., ello como quiera que es evidente que la empleadora demostró que comunicó al trabajador su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, mediante misiva adiada del 17 de septiembre de 2015, que fue entregada, según el procedimiento establecido por la sociedad por el señor Camilo Bernal Fandiño, superior del demandante.

Conviene señalar que no existe duda sobre la entrega de la comunicación de terminación del contrato, pues pese a que el demandante al absolver interrogatorio de parte inicialmente fue reiterativo en señalar que no le había sido comunicada formalmente la decisión y que no había firmado nada, lo cierto es que luego, al ponérsele de presente el documento que él mismo aportó, visible a folios 39 y 40 que es la carta de finalización del vínculo, aceptó que recibió dicho documento y lo tenía en su poder, además, reconoció como suya la firma que el mismo contiene.

En ese horizonte, no es de recibo la tesis planteada por la parte accionante según la cual, la carta de terminación del contrato le fue mostrada únicamente para presionarlo y persuadirlo a renunciar, pues lo que las pruebas revelan es que la comercializadora decidió poner fin al vínculo laboral y comunicó al demandante tal decisión y, éste con posterioridad a la notificación, tomó la determinación de renunciar de manera voluntaria y con el ánimo lógico de no ver afectada su hoja de vida.

De otra parte, conforme a lo confesado por John Jairo Betancur Rivera, por la representante legal de la comercializadora - Alexandra Romero y el dicho coincidente de los testigos, la persona encargada de dar a conocer la finalización del contrato al demandante fue Camilo Bernal Fandiño, con quien el accionante confesó tenía un trato de amistad y quien, además, le ofreció en vista del proceso disciplinario adelantado, ubicarlo en otra área de negocios, concretamente libranza. Persona con quien, según los manifestó el actor, se reunía a tomar café cerca de la oficina los lunes, miércoles y viernes, días en que se congregaba el comité disciplinario para comentar al respecto y tenía un trato cercano.

Lo anterior, lleva a pensar que, de ser cierto, porque no resultó probado, que el señor Bernal Fandiño le sugirió renunciar, ello obedecería más a la relación de amistad que sostenían, que a una directriz adicional impartida por la empleadora, quien ya había tomado la decisión de finalizar el vínculo y lo envió apenas como emisario a comunicar la determinación.

Conviene precisar que el solo hecho que la entrega de la carta de finalización del contrato y la renuncia se hayan dado en un mismo momento, no resulta demostrativo de una coacción o presión al actor, pues lo cierto es que está probado que una vez notificada la terminación del contrato el accionante, él elaboró en el computador que le entregó la comercializadora su carta de renuncia, documento que además reconoció haber suscrito y sólo atinó a señalar que lo hizo en un momento de zozobra, sin que se haya demostrado que en ese momento carecía de

voluntad y aptitud mental para expresar su consentimiento con efectos jurídicos vinculantes.

En ese horizonte, es claro que el demandante incumple la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no prueba la configuración de vicios del consentimiento en la elaboración y suscripción de la carta de renuncia presentada a su empleadora, por ello, no es posible modificar la sentencia de primera instancia y para todos los efectos debe tenerse que el contrato existente entre el actor y la demandada Comercializadora de Servicios Financieros S.A.S. finalizó el 18 de septiembre de 2015, por renuncia presentada por el trabajador.

Esta conclusión impide a la Sala entrar a analizar si las causas invocadas por la demandante en la carta de terminación del contrato, efectivamente se configuraron, pues, lo cierto es que el promotor del juicio no fue despedido, dado que la comunicación no cobró ningún valor, porque la empleadora decidió aceptar la renuncia del trabajador y tener como motivo de la finalización del contrato el retiro voluntario, tal como quedó consignado en la liquidación final de acreencias laborales.

Conviene precisar aquí que lo que pretende el accionante es el reconocimiento de una indemnización por despido injustificado, no obstante, para obtener la misma es de su resorte el demostrar el hecho del despido para que se traslade al empleador la carga de probar que las causas que invocó devienen en justas. Análisis que no puede surtirse en el presente asunto, dado que se determinó que la relación de trabajo finiquitó por renuncia del trabajador.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas la Sala confirma la sentencia apelada.

Sin costas ante su no causación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de enero de 2020, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

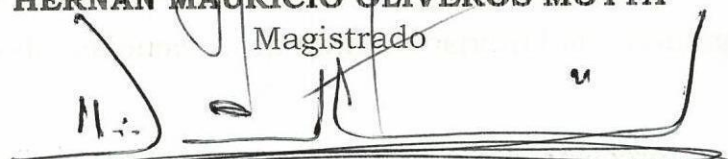
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



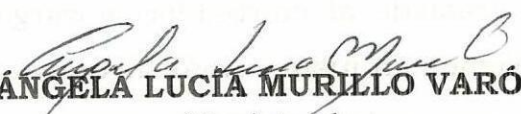
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 01 2015 00932 01
DEMANDANTE: OLGA MARCELA BOHÓRQUEZ LOZADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA HOTELERA DANN S.A.S.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare sin efecto legal la sanción que le fue impuesta el 20 de septiembre de 2013, consistente en la suspensión del contrato de trabajo por el término de ocho días a partir del 24 de septiembre de 2013 hasta el 1° de octubre de la misma anualidad. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar debidamente indexados 8 días de salario, a reliquidarle las cesantías definitivas y prima correspondiente al segundo semestre del año 2013, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, los intereses moratorios a la tasa máxima de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, la indemnización por despido indirecto y los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 5 de enero de 1998 se vinculó a la sociedad encartada mediante contrato de trabajo a término

indefinido para desempeñarse como asistente del Departamento de Contabilidad y percibió como último salario la suma de \$ 2.669.000.

Expuso que nunca le fueron especificadas de manera concreta las labores para las cuales había sido contratada, no obstante, en atención a su amplia experiencia, usualmente sus tareas eran las de coordinar y revisar la información de los registros contables de los demás funcionarios del área para que el contralor la revisara, la finiquitara y le diera aprobación. Refirió que dentro de sus funciones no estaban las de liquidar ningún tipo de impuesto, actividad que estaba a cargo del contralor del hotel.

Indicó que, para los meses de agosto y septiembre de 2013, el Departamento de Contraloría vio disminuido su personal por diferentes circunstancias, lo que conllevó a que el trabajo se represara y le fueran asignadas las tareas del personal ausente, que le produjo un alto grado de estrés y afectación a su salud. Expuso que el 4 de septiembre de 2013 se venció el término para liquidar el impuesto CREE, la que fue modificada por el Contralor para el 6 de septiembre de la misma anualidad, en esta fecha recibió correo electrónico del Contralor del hotel en la que le requería enviar en horas de la mañana la información y en respuesta le indicó que debía tomarse otra alternativa porque el cierre estaba “colgado” situación que había puesto en conocimiento desde la semana anterior.

Señaló que su jefe le ordenó buscar la solución más adecuada, por ello, con el ánimo de colaborar y sin que fuera su función, procedió a liquidar el impuesto y remitió la información a la oficina principal con la salvedad que no era la liquidación oficial y que los registros del mes de agosto no se encontraban en su totalidad debido a novedades conocidas por el contralor.

Adujo que el 13 de septiembre de 2013, fue citada a descargos en atención al informe que rindió su jefe inmediato por la demora en la entrega de la información para la liquidación del impuesto CREE,

diligencia que se adelantó tres días después. Posteriormente, el 20 de septiembre la demandada le notificó la imposición de sanción consistente en la suspensión del contrato de trabajo por ocho días a partir del 24 de septiembre de 2013 hasta el 2 de octubre de 2013, los cuales le fueron descontados de su remuneración. Inconforme, el 26 de septiembre interpuso recurso de apelación ante el Jefe de Recursos Humanos y elevó queja por acoso laboral.

Relató que su jefe inmediato, Mauricio Velásquez - Contralor del Hotel - asumió el pago de sanción impuesta por la DIAN al hotel por la no liquidación del impuesto CREE, en la suma de \$817.000. Que cumplida la sanción se reintegró, pero no le fueron habilitados los aplicativos para el cumplimiento de sus funciones, pese a ello, su jefe le solicitó rendir informes de manera inmediata y le impartió órdenes imprecisas, cambiándole los procedimientos del área sin ponerle en conocimiento.

Refirió que el 16 de octubre de 2013, debió atender citación por quejas de acoso laboral en su contra presentadas por Martha Jeannethe Mendoza del Área de Costos y Darío Giraldo Coordinador de Steward del hotel, las cuales no prosperaron. En diciembre de 2013, ante aproximadamente 20 integrantes de todos los hoteles de la cadena, fue agredida verbalmente por Alejandro León Gómez, jefe de Planeación Financiera. Finalmente dijo que el 3 de marzo de 2014 presentó renuncia irrevocable motivada a partir del día siguiente y el 5 de marzo de la misma anualidad radicó ante el Ministerio de Trabajo documentación para tramitar acoso laboral (f.º 4 a 40 y 214 a 250 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con la existencia del contrato de trabajo, los extremos, el lugar de ejecución, el último salario devengado, los plazos establecidos para la liquidación del impuesto CREE, el proceso administrativo adelantado en virtud de la queja de acoso laboral presentada por la accionante y otros trabajadores, así como la renuncia de la trabajadora. En relación con los demás, manifestó ser ciertos.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 276 a 309).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de febrero de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado y cobro de lo no debido. Negó todas las pretensiones invocadas en la demanda y condenó en costas a la demandante (f.º 1.121).

Como sustento de su decisión, señaló que la sanción impuesta a la demandada obedeció a la grave negligencia en que incurrió al no atender las órdenes impartidas por la demandada. Concluyó que la sanción estuvo enmarcada en los parámetros previstos en la ley.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la sentencia debe ser revisada al desconocerse conforme al manual de funciones que el señor Mauricio Vásquez - superior jerárquico - en su condición de Contralor del hotel tenía dentro de sus funciones la liquidación de los impuestos.

Arguyó que se probó que para la época en la cual se debía liquidar el impuesto CREE, el Área de Contraloría no contaba con el personal suficiente, pues unos cargos fueron suprimidos y otros empleados se encontraban en licencia. Que el cargo de analista desempeñado por Alejandro Sánchez desapareció en junio de 2013, por lo que quedó con un auxiliar, el cual no era suficiente, quien además no estaba en capacidad de suplir la ausencia del personal faltante para liquidar el impuesto señalado. En ese orden, la ausencia notoria de personal generó un retraso en las labores y no es procedente que se le endilguen responsabilidades con el

argumento de que debió quedarse por fuera de su horario a cumplir con las funciones de trabajadores ausentes, saturándola al punto de incurrir en conductas constitutivas de acoso laboral.

Alegó que no cometió la falta endilgada al no desconocer la orden impartida por el Contralor del hotel, porque para el 6 de septiembre de 2013, plazo máximo fijado por este, se encuentra probado que envió un correo electrónico en el que adjuntaba la liquidación del impuesto CREE y hacía la salvedad de que no era la liquidación oficial y que tendría variaciones, pues no contaba con la totalidad de los registros del mes de agosto. Precisó, que el correo electrónico referido no fue tachado de falso ni desconocido por la demandada, por lo que su contenido debe ser tenido como válido y lo allí consignado como cierto.

Argumentó que no es aceptable que a un trabajador se le formule un proceso disciplinario y llame a responder por unos hechos, para que posteriormente se le diga que los mismos no fueron objeto de investigación y se aduzcan otras razones, dado que viola el principio de contradicción. Ello en atención a que cuando reclamó por no estar de acuerdo con la sanción impuesta, la demandada le contestó que la misma obedeció a la liquidación del impuesto y no por no reportar la información del impuesto CREE. Finalmente, expuso que no quedó demostrado que el hotel le hubiese tenido que pagar a la DIAN sanción alguna por la presentación extemporánea del impuesto.

IV. CONSIDERACIONES

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia la existencia del contrato de trabajo entre las partes, sus extremos y la remuneración percibida. En ese sentido, conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala verificar si la suspensión del contrato impuesta a la promotora del juicio obedece a justas causas imputables a ella y, en tal virtud, establecer si debe ser declarada ineficaz la sanción con la consecuente reliquidación de las acreencias laborales.

Al respecto, sea lo primero señalar que el contrato de trabajo puede ser suspendido, entre otras causas, por sanción disciplinaria impuesta al trabajador, la cual, conforme al artículo 112 del Código Sustantivo de Trabajo no puede exceder de 8 días por la primera vez, ni de 2 meses en caso de reincidencia de cualquier grado.

(i) De la sanción disciplinaria

En el presente caso, de conformidad con el memorando interno de 20 de septiembre de 2013 (f.º 119), la encartada impuso sanción a la actora en los siguientes términos:

“De acuerdo con el acta de descargos presentada por usted el día 16 de septiembre de 2013 con respecto a la demora en la entrega de la información para la liquidación del impuesto CREE. Es importante recordarle que el Reglamento de Trabajo Capítulo XII, Artículo 43 numeral 1; contempla como obligación del trabajador; <Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos del Reglamento, acatar y cumplir la órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido. Así mismo, el capítulo XIII, artículo 47, literal e considera como falta; La violación por parte del trabajador, de las obligaciones contractuales o reglamentarias.

Por las razones anteriores y una vez escuchados sus descargos en donde reconoce que las funciones a su cargo son “en coordinación con lo que le delegue el contralor, dirigido previamente por él” y teniendo en cuenta que el no reportar la información del impuesto CREE generó una sanción monetaria al Hotel; la empresa ha decidido suspender su contrato de trabajo por ocho (8) días estos se harán efectivos desde el martes 24 de Septiembre hasta el martes 1 de octubre de 2013, debiendo reintegrarse el día miércoles 02 de octubre en el turno programado. Estos días le serán descontados de su remuneración salarial.”

Ahora, la parte demandada aportó correo electrónico del 14 de agosto de 2013, en el que Mauricio Vásquez, Contralor del hotel y jefe inmediato de la demandante, le remitió a esta, comunicado de la Revisoría con las fechas corregidas para su presentación (f.º 59 cuaderno dictamen pericial). La actora por su parte allegó impresión de correo electrónico del 5 de septiembre de 2013, dirigido a Ingrid Escamilla en el que le manifiesta: *“con gran pena tengo que decir que entregar el cierre contable e impuestos oportunamente es totalmente imposible, casi todo el mes estuve sola con la niña auxiliar contable, desde que empezaron a disminuir el personal de*

contraloría he advertido sobre lo delicado del tema, pero así lo decidieron de modo que se sale de mis manos” (f.º 86).

Igualmente, se allegó correo electrónico de la misma fecha en la que el Contralor General División Hotelera Mauricio Maz, a las 15:35 solicita a Mauricio Vásquez y a la demandante cumplir con la fecha de envío de la retención CREE de agosto de 2013, en virtud del cual, la accionante indicó a su jefe inmediato Mauricio Vásquez el 6 de septiembre de 2013 a las 7:34 a.m., que era necesaria la renta de copropietarios para liquidar cualquier impuesto, además, le expuso que *“desde la semana pasada le comenté que era mejor tomar otra alternativa porque el cierre estaba bastante colgado”*. A su vez, Vásquez le contestó por el mismo medio a las 7:51 de la mañana: *“Yo no hablo de las autoretencciones solamente, estoy hablando de el (sig) impuesto CREE en su totalidad, hoy debemos pagarlo por lo tanto mire la solución más adecuada para enviar la información el día de hoy en la mañana y tendrá mi respaldo ya que se debe enviar la información a consolidarla y luego a la revisoría fiscal y todo eso deben hacerlo en la mañana de hoy” (f.º 87 a 89).*

En el mismo sentido, se verifica que mediante correo electrónico de 6 de septiembre de la misma anualidad a las 11:12 a.m., Olga Marcela Bohórquez Lozada remitió la liquidación del impuesto CREE con la siguiente salvedad: *“no es la liquidación oficial, tendrá variaciones pues los registros contables del mes de agosto, no se encuentran en su totalidad por novedades ampliamente conocidas por el señor contralor Mauricio Vásquez” (f.º 90).*

Es dable precisar aquí además que a solicitud de la parte demandante fue practicado dictamen pericial, en el cual entre otras se concluyó que *“para la elaboración de CREE, se requiere de la totalidad de las facturas del mes de agosto y de la contabilización de las mismas, de acuerdo con las políticas internas del Hotel Dann Carlton Bogotá” (f. 9 cuaderno dictamen pericial).*

En línea con lo anterior, resulta evidente que a la demandante le fue impartida una orden desde el 14 de agosto de 2013, la cual incumplió, pues, aunque remitió la información del impuesto CREE el 6 de septiembre de 2013, lo hizo de manera incompleta, tal como ella misma lo reconoció al interponer recurso de apelación contra la sanción mediante misiva del 26 de septiembre de 2013 (f.º 223 y 224), en la que argumentó que:

“Se está mencionando en el memorando sancionatoria que el no reportar la información del impuesto CREE.... Frase incorrecta, lo correcto es... la información si se reportó con lo que estaba liquidado hasta ese momento en un 90%, por lo tanto tuvo variaciones finales y el Contralor Mauricio Vásquez responsable directo de esta función junto con sus superiores no actuaron y omitieron tomar alternativas de manejo permitidas por la DIAN.

Así las cosas, resulta evidente que la demandante incumplió la orden que le impartió el contralor Mauricio Vásquez, dado que no liquidó de manera total el impuesto CREE, porque aunque envió información en la fecha límite señalada - 6 de septiembre de 2013 - esta se remitió de manera parcial y, por ello, le fue impuesta sanción a la demandada la cual debió ser cubierta por el Contralor Mauricio Vásquez tal como él mismo lo indicó al rendir testimonio.

(ii) De las funciones de la demandante

En otro tópico, aunque tanto en el recurso elevado por la demandante a su empleadora, como en la apelación que ahora analiza la Sala, la promotora del juicio asegura que dentro de sus responsabilidades y funciones no se encontraba la de liquidar el impuesto CREE, dado que era competencia del Contralor, esta Corporación arriba a una conclusión diferente, pues según el Manual de Descripción de Responsabilidades para el cargo de Asistente de Contraloría desempeñado por la libelista (f.º 44 a 49), se advierte que esta tenía a su cargo según el acápite 1.1 “*Resumen del Cargo: Apoyar al contralor con todo lo relacionado con el control de las labores del departamento, asegurando que todos los procesos del área contable se realicen a su debido tiempo*”. Asimismo, en lo tocante a las “*Responsabilidades comunes inherentes a todos los cargos*” tenía la de

“realizar todas las actividades encomendadas por el líder de su equipo de trabajo mediante procesos ágiles y eficaces, siguiendo las políticas de la Empresa y buscando siempre que el trabajo se enmarque dentro de los objetivos de calidad de ella con el fin de prestar un mejor servicio”. Igualmente, indica en el referido manual de manera específica como funciones esporádicas *“Todas las ordenadas por el contralor y la gerencia”* esperándose como resultado final de esta *“Información precisa, oportuna y confiable”* (negrilla fuera del texto).

Al compás de lo anterior, se evidencia que la demandante para el 4 de junio de 2011 elaboró acta de entrega de funciones con motivo del disfrute de sus vacaciones, en la cual quedó consignado dentro del aparte de funciones más relevantes en el proceso de cierre contable que: *“15. Se liquidan los respectivos impuestos del periodo y se reportan a la oficina principal”.* Quiere decir ello, que incluso desde anualidades previas al 2013, la gestora reconocía como suyas las funciones de liquidar impuestos, lo cual se ratifica con el contenido de los correos electrónicos adiados el 8 de julio y 6 de agosto de 2013, en la que la actora remitió la liquidación de impuestos con anexos correspondientes en esas fechas.

En línea de lo expuesto, la testigo Diana Liceth González quien se desempeñaba para la época de los hechos como auxiliar contable señaló que no sabía si la función de liquidar los impuestos estaba a cargo del jefe de área o de la demandante, pero aseguró que quien siempre lo hizo fue esta última.

Así las cosas, aunque la demandante alega lo contrario, dentro de las responsabilidades a su cargo estaba la liquidar impuestos, tarea que debía realizar según manual de funciones de manera oportuna, lo que no sucedió en el presente asunto, por lo que la sanción impuesta por el Hotel accionado no deviene en injusta.

(iii) De la reducción de personal en el área de Contraloría

De otro lado, argumenta la parte actora que la disminución de personal en el área que laboraba influyó en una acumulación de funciones, por consiguiente, en el retraso de entrega la información, por ello, la sanción que le fue impuesta deviene en ineficaz.

Para resolver el argumento, se verifica que el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte aceptó que, en el Área de Contraloría para el mes de agosto de 2013, el cargo de analista contable se encontraba vacante. En el mismo sentido, la testigo Diana Liceth González aseguró que el auxiliar de almacén había sido retirado; que en el mes de junio el analista contable “Alejandro” se retiró y el cargo estuvo vacante hasta que ella misma lo ocupó en el mes de noviembre de 2013 y, para agosto de la misma anualidad el otro analista contable John Martínez estuvo incapacitado por 15 días, además que en el mismo mes la señora Viviana Betancourt quien se desempeñaba también en el área en comento estuvo en licencia por el fallecimiento de su abuelo.

La testigo también refirió que para el mes de agosto de 2013 el cierre estuvo “*muy apretado*” porque prácticamente estaban solas ella y la demandante, faltaba el analista contable, faltó apoyo del área de cartera, además por la operación de hotel, y debido a que los diferentes jefes no habían hecho los inventarios de mantenimiento. Expuso que ante la falta de un analista contable el trabajo del área se tuvo que dividir entre tres, pero que no supo cómo ello afectó la entrega de informes mensuales a cargo de la demandante.

De otro lado, el testigo Mauricio Vásquez, quien para la época de los hechos fungía como Contralor de la demandada y jefe de la accionante, aseguró que en el área a su cargo se dio una disminución de personal por diferentes factores y, por ello, los demás miembros del equipo debieron asumir las funciones. Frente a la liquidación del impuesto CREE refirió que ante la situación le solicitó a la actora que elaboraran un plan para distribuir el trabajo, pero ella se negó y nunca le dio la información necesaria, además que sólo le puso de presente el día que debía entregarse la información que ello no sería posible, pero que antes nunca le expresó

esa dificultad. El señor Vásquez también relató que para la liquidación del impuesto faltó un proceso denominado *“canon copropietarios”* que estaba a cargo de la demandante y como no lo adelantó, tampoco pudo liquidar el impuesto. Al cuestionársele al testigo por qué la actora no había procesado la información para liquidar el impuesto de manera oportuna, este manifestó: *“por la falta de personal y ella no se quedaba un poco más para cubrir las tareas adicionales”*. Más adelante indicó: *“pues en la coyuntura que se presentó, pues digamos que la responsabilidad es poder enviar la información independientemente de las circunstancias, es decir, quedarse un poco más tarde o crear un proceso adicional para poder cumplir”*

En ese horizonte, estima la Sala que el argumento de apelación no está llamado a prosperar y no conlleva a concluir que la sanción es ineficaz, pues, aunque el representante legal de la demandada y los testigos señalaron que en el área en la que se desempeñaba la promotora del juicio existió una disminución en el número de trabajadores, lo cierto es que no se demostró que esa circunstancia *per se* haya ocasionado que la demandante incumpliera con su obligación de liquidar el impuesto CREE de manera total y oportuna, pues como se vio era una función que de atrás, tenía a su cargo y no se probó cuál era la colaboración que para cumplirla recibía de los miembros ausentes del equipo de trabajo, sin que tal hecho pueda presumirse, máxime cuando los testigos fueron contestes en señalar que la liquidación de impuestos estaba a cargo de la demandante y no se tiene certeza de cuál era la incidencia real y efectiva en este proceso de los cargos, cuyos titulares por diferentes motivos no prestaron servicios para el mes de agosto de 2013.

Aunado a lo anterior, la liquidación del impuesto CREE debía realizarse de manera mensual, según se desprende de los correos electrónicos obrantes en el dictamen pericial. En todo caso, el 14 de agosto de 2013 el Contralor puso de presente a la demandante el plazo máximo que tenía para cumplir con su función y esta apenas pudo demostrar que el día anterior al vencimiento, esto es, el 5 de septiembre de 2013, puso de presente que no podría cumplir con la entrega de la información total. No pasa por alto la Sala que en un correo electrónico la demandante señala

que solicitó a su jefe la implementación de alguna estrategia, sin embargo, ello no resultó demostrado como quiera que no se aportó el correo al cual se hace mención.

En este escenario, la demandante incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demuestra los motivos que expuso como eximentes de su responsabilidad en el incumplimiento de la orden impartida por su jefe. Es más, lo que sí quedó confirmado es que se trataba de una persona con amplia trayectoria en la empresa, pues se encontraba vinculada desde el 5 de enero de 1998 y venía de ocupar el cargo de Contralora al menos por un periodo, por lo que tenía vasto conocimiento de sus funciones, tal como quedó confesado en el hecho 11º del libelo introductorio en el cual se puede leer que en razón a su amplia experiencia usualmente sus tareas se centraban en coordinar y revisar la información de los registros contables de los demás funcionarios.

En esta línea, no es de recibo que ante la ausencia de personal y en atención a su experticia hubiese puesto en conocimiento con la antelación suficiente que el proceso a su cargo no podría cumplirse, máxime tratándose del pago de impuestos, que como es bien sabido tiene plazos de estricto cumplimiento para poder liberarse de la sanción disciplinaria que le acarreó el no entregar de manera oportuna y completa la información para la liquidación del impuesto CREE.

Así las cosas, la Sala no revoca la sentencia apelada, dado que la demandada logró demostrar que la promotora del juicio incumplió el reglamento interno de trabajo y ésta no probó causal alguna de justificación de su conducta.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, se confirma la decisión de primera instancia.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

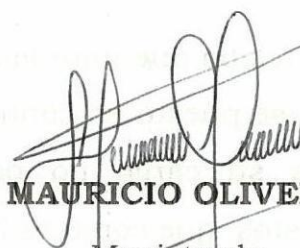
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 014 2018 00408 01
DEMANDANTE: INGRID MARLENE GARZÓN CONTRERAS
DEMANDADO: UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de diciembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 27 de febrero de 1989 hasta el 18 de junio de 2018, fecha en que finalizó el vínculo por causas imputables a la demandada. En consecuencia, se condene a reconocer y pagar los salarios insolutos del 1° de enero al 18 de junio de 2018, las cesantías por todo el tiempo laborado, los intereses a las cesantías causados y no pagados del 1° de diciembre de 2017 al 18 de junio de 2018, la indemnización por no pago de intereses a las cesantías, las primas de servicios correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018, vacaciones legales y extralegales causadas entre el año 2016 y el año 2018, la indemnización por despido indirecto en los términos del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, los aportes insolutos a seguridad social, la sanción moratoria, la indexación correspondiente, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 27 de febrero de 1989 suscribió contrato a término indefinido con la accionada, para desempeñarse como Directora de Gestión Humana de la universidad, en un horario de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:30 a 6:00 p.m., de lunes a viernes. Que acató las órdenes que le impartieron María Carolina Villamizar Bonilla como Rectora del claustro universitario y María Solita Quijano Samper en su calidad presidente y representante legal de la Universidad.

Expuso que no le cancelaron los salarios desde enero al 18 de junio de 2018 y los aportes a la seguridad social pese a que debió cumplir con sus obligaciones laborales. Ante dicho incumplimiento instauró acción de tutela conocida la cual fue negada y que la universidad mediante comunicación de 5 de junio de 2018, dispuso trasladarla de cargo, por lo que el 15 del mismo mes y año hizo entrega de su puesto.

Aduce que, ante el incumplimiento de la demandada en el pago de salarios y obligaciones laborales, el 18 de junio de 2018 decidió dar por terminado el contrato de trabajo por causas imputables al empleador, sin embargo, no le fue cancelado la liquidación final del contrato en debida forma, como tampoco la indemnización por terminación del vínculo (f.º 111 a 123 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con la existencia del contrato de trabajo, los extremos, el horario, el salario y la entrega del cargo. Respecto de los demás, adujo no ser ciertos.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 258 a 272).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de diciembre de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a partir del 27 de febrero de 1989 hasta el 18 de junio de 2018 y que la terminación del contrato obedeció a causas imputables a la empleadora configurándose en un despido indirecto. En consecuencia, la condenó a cancelar unas sumas de dinero por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido indirecto y las costas del proceso (f.º 292).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada no logró demostrar el pago de algunas de las acreencias laborales reclamadas. Concluyó que la encartada dejó de cancelar salarios y prestaciones sociales debido a la difícil situación financiera en la que se encontraba, por lo que estimó que su actuar estuvo revestido de buena fe y la absolvió de pagar sanción moratoria. De otro lado, concluyó que la parte accionante probó que la renuncia obedeció al no pago de salarios y aportes a seguridad social por lo que condenó a la universidad pagar la indemnización correspondiente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte demandante arguyó que debe ordenarse el pago de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, porque en el curso del proceso la accionada actuó de mala fe, lo que se evidencia con la documental y la actuación probatoria, pues basta con remitirse a la contestación de la demanda para validar que al dar respuesta a los hechos relacionados con el no pago de salarios y prestaciones sociales, señaló que estos ya habían sido cancelados.

Argumentó que la terminación del contrato obedeció al incumplimiento de la demandada de pagar salarios a la trabajadora, pese a conocer su condición de madre cabeza de familia, remuneración que tampoco pagó a la terminación del contrato, sin siquiera haber alegado la dificultad económica y financiera. Menciona que en el proceso refirió haber cancelado las acreencias adeudadas, sin embargo, fue condenada por la suma de \$20.655.190.

De otro lado, expuso que la indemnización por despido injusto pese a que fue reconocida con la norma pertinente, se encuentra mal liquidada, por lo que debe darse aplicación a la tabla correspondiente.

Por su parte, **la demandada** pretende que la sentencia sea revocada en lo referente a la indexación de las prestaciones sociales, dado la situación financiera de la universidad que se encuentra probada en el proceso. Asimismo, la condena por despido injusto al indicar que quien finalizó el vínculo fue la demandante al ser renuente en la aceptación del cargo como ingeniera de sistema, profesión de la cual se graduó. Expuso que si la actora pretendía poner fin al contrato por el no pago de salarios y prestaciones, debió hacerlo con anterioridad y no después de haberse opuesto a aceptar el traslado ofrecido por la universidad.

Finalmente, refiere que las costas deben ser distribuidas entre las partes.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con las materias objeto de apelación esbozadas por las partes, se encuentra al margen de la discusión en esta instancia: **i)** la existencia de un contrato de trabajo a partir del 27 de febrero de 1989 hasta el 18 de junio de 2018 y **ii)** la remuneración percibida para el año

2016 fue de \$5.647.200, en el 2017 ascendió a \$6.243.000 y para el año 2018 el salario correspondió a \$6.240.000.

Por razones de método, la Sala analizará en primer lugar el recurso de apelación presentado por la parte demandada.

(i) Del recurso de apelación de la parte demandada

1. De la indemnización por despido indirecto

Corresponde a esta Colegiatura determinar si la promotora del juicio tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo por haberse configurado un despido indirecto tal como concluyó el *a quo*.

Para resolver tal tópico, conviene recordar que el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos. De allí, la obligación del trabajador de demostrar que las causales invocadas a la finalización del vínculo laboral son imputables al empleador.

Así lo tiene puntualizado la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 44155 de 26 de junio de 2012, rememorada en SL1082-2020, en que señaló:

*“El despido indirecto o auto despido 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.*

*Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte **que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho, (...)***

En el presente caso, conforme al escrito de folios 68 a 71, el 18 de julio de 2018 la actora da por terminado el contrato al señalar que:

*“Por ese conducto institucional que ustedes representan, tanto como Representante Legal como en la Rectoría de Universidad INCCA DE Colombia manifiesto que, **DOY POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO QUE TENGO SUSCRITO CON LA UNIVERSIDAD**, a partir de la fecha, con justa causa, por razones y hechos imputables al empleador que ustedes representan.*

En efecto, soy trabajadora de la universidad desde el día 27 de febrero de 1989, en virtud de contrato escrito de trabajo celebrado, ocupando actualmente el cargo de Directora de Gestión Humana en esta institución educativa.

He reclamado tanto verbal como por escrito el que se me pague mi salario pactado como retribución de mis servicios personales, ya que no han sido cancelados los meses trabajados y no pagados, correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y los días corridos de este mes de junio de 2018, así como la seguridad social integral, hasta esta data, haciendo énfasis en que como consta en la carpeta contentiva de mi hoja de vida, soy madre cabeza de hogar y dependo única y exclusivamente para mi subsistencia vital de mi salario, como igual depende mi menor hijo y mi señora madre.

(...)

Pues bien, conforme a lo anterior resulta claro que la demandante no planteó como causa de terminación del contrato imputable a la empleadora, el traslado de cargo que le fue comunicado el 5 de junio de 2018 (f.º 35 a37), por tal motivo, no debía entrar a demostrar tal circunstancia.

Con todo, como quiera que el juzgado encontró probadas las causas invocadas por la demandante para terminar el contrato de trabajo y la Universidad no apeló el análisis efectuado ni su conclusión, no hay lugar a modificar la sentencia en este punto, porque como ya se vio al finalizar el contrato la demandante nada manifestó sobre el cambio de cargo que se alega en el recurso, le fue ofrecido. En consecuencia, no es dable como pretende la Universidad analizar situaciones que no fueron expuestas por la trabajadora.

2. De la indexación.

No son de recibo los argumentos aducidos por la encartada para exonerarse de la procedencia de la indexación, dado que la situación financiera de una persona jurídica no es un eximente de responsabilidad de una medida reparadora o correctiva de la pérdida de la pérdida del valor adquisitivo del dinero ocasionada por el paso del tiempo. Por ello, no hay lugar a absolver a la demandada de pagar las condenas debidamente indexadas, por lo que el fallo se mantendrá incólume en este punto.

3. De la condena en costas

En el mismo sentido, estima esta colegiatura que la Universidad no puede ser absuelta de pagar las costas del proceso, como quiera que el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la demandada por este concepto, pues al contestar la demanda se opuso a las pretensiones y resultó condenada. Así las cosas, tampoco en este punto será modificada la sentencia apelada.

(ii) Del recurso de apelación de la demandante

1. De la sanción moratoria

Argumenta en síntesis la parte actora en el recurso, que la demandada debe ser condenada a pagar sanción moratoria, como quiera que a la terminación del contrato no canceló acreencias laborales y el pago que posteriormente realizó en todo caso no fue total, lo que conllevó a que se le impusieran condenas. Aduce que el actuar de mala fe de la universidad se encuentra demostrado por el hecho de haber contestado la demanda al afirmar haber pagado los salarios y las prestaciones, cuando ello no era ajustado a la realidad.

Al respecto, dispone el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo que “Si **a la terminación del contrato**, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. (negrilla y subrayas fuera del texto original)

Del anterior precepto legal, es dable concluir que la indemnización sólo procede ante la conducta omisiva del empleador de cancelar al trabajador a la finalización del contrato los salarios y las prestaciones sociales. Además, conforme a la jurisprudencia la misma no opera de forma automática ni inexorable, pues, para su procedencia se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

De la lectura del escrito de contestación de demanda se extrae que la Universidad se opuso al pago de salarios causados en los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2018 y 18 días del mes de junio de la misma anualidad al argumentar que los mismos habían sido cancelados, circunstancia que fue corroborada y encontrada probada por la Juez. En relación con las cesantías, primas legales y extralegales la demandada contestó que en el transcurso de un mes concurriría con su pago. De otro lado, señaló que los intereses a las cesantías y las vacaciones ya habían sido canceladas a la actora. Al referirse a la pretensión relacionada con el pago de la sanción moratoria contestó “*Me opongo por cuanto UNINCCA ha actuado de buena fe y ha venido cancelando los salarios y prestaciones sociales de sus trabajadores incluida la demandante, en la medida en que se lo ha permitido la precaria situación económica en que se encuentra, por constante disminución de ingresos que ha tenido en los últimos semestres, debido a la disminución creciente de estudiantes matriculados en la institución*”

Bajo ese contexto, estima la Sala que la forma en que la demandada contestó los hechos del libelo introductorio no llevan a concluir que la

Universidad actuó de mala fe, pues en primera instancia se verificó que para la fecha de contestación de la demanda, la accionada había cancelado los salarios reclamados, respecto de otras prestaciones reconoció que a la fecha no las había cancelado, pero expuso como hecho justificativo para su actuar la crisis financiera a la que se vio abocada, circunstancia que el juzgado encontró probada y que no fue debatida en esta instancia, por lo que esta Colegiatura no está llamada a pronunciarse sobre el asunto, como quiera que de conformidad con el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

En ese horizonte, resulta claro que el argumento de apelación expuesto para obtener el reconocimiento de la sanción moratoria no resulta de tal contundencia, por lo que la sentencia analizada no será modificada en este punto.

2. De la liquidación de la sanción por despido injustificado

De otro lado, argumenta la parte accionante que la sanción por despido injustificados se encuentra mal liquidada, pues, pese a que se dio aplicación a la norma correcta -Decreto 2351 de 1965 -, no se hizo uso de la tabla correspondiente.

Sobre el particular, como quiera que el contrato finalizó el 18 de junio de 2018, la norma que en principio debería aplicarse para liquidar la indemnización es el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, no obstante, para el 27 de diciembre de 2002, cuando entró en vigor esta preceptiva legal, la accionante había prestado sus servicios por más de 10 años a la demandada, pues ingresó el 27 de febrero de 1989. En consecuencia, en aplicación del párrafo transitorio del artículo citado, para calcular la indemnización de la demandante debe acudirse al artículo 6º de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, como quiera que la trabajadora tenía más de 10 años de servicio continuo, se le deben pagar como indemnización 45 días de

salario por el primer año de servicios y 40 días adicionales de salario por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.

Realizadas las operaciones correspondientes se determinó que atención a que la demandante laboró desde el 27 de febrero de 1989 hasta el 18 de junio de 2018 y devengó como último salario la suma de \$6.240.00, la indemnización asciende a la suma de \$236.080.000, equivalente a 1.135 días de salario, por lo que el fallo apelado será modificado en este punto, pues en primera instancia la jueza determinó que esta condena ascendía a \$186.004.000.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modificará la sentencia apelada en la forma anunciada.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el punto cuarto de la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2019 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto) asciende a la suma de \$236.080.000, que deberá cancelarse debidamente indexada desde que se hizo exigible y hasta que se verifique su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás el fallo apelado.

Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

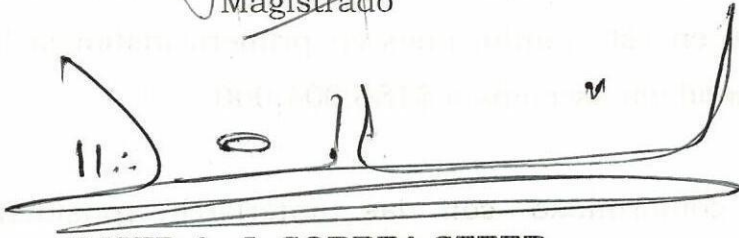
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada