



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-031-2016-00711-01. Proceso Ordinario de Dolly Elsa Mercedes Acevedo Reina contra Fiduciaria la Previsora S.A. en su calidad de Vocera y Administradora del PAR Caprecom (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de agosto de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 6 de febrero de 2012 y el 31 de marzo de 2013, el que fue terminado sin justa causa por la demandada, así como que le era aplicable la convención colectiva de trabajo y que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de salarios y prestaciones sociales que no se pagaron en vigencia del contrato de trabajo, los incrementos salariales convencionales, auxilio de alimentación, auxilio educativo, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones



legales, prima convencional de junio, navidad, de servicios, de vacaciones, de antigüedad, de retiro, bonificación por firma de convención, bonificación por servicios prestados, indemnización por despido, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, indexación de las condenas, aportes a seguridad social en salud y pensiones, y los beneficios de educación y salud convencionales.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que se vinculó para prestar sus servicios personales el 6 de febrero de 2012, los que se ejecutaron hasta el 31 de marzo de 2013, la que fue finalizada sin justa causa por la demandada; que el último salario devengado por la trabajadora ascendió a la suma de \$1.792.549, cumpliendo un horario laboral de 8 horas diarias y 48 a la semana, para desempeñar el cargo de Técnico de cuentas médicas y apoyo a la gestión en la subdirección EPS; que la labor se desempeñó mediante contratos de prestación de servicios, así como mediante CTA en calidad de cooperada; que la demandante desempeñó labores permanentes y propias del objeto social de la demandada; que la CTA no le pagó compensaciones mensuales y la liquidación final de sus derechos laborales; que SINTRACAPRECOM suscribió Convención Colectiva de Trabajo con la demandada, la que se le aplicaba a los trabajadores de CAPRECOM; que no se le pagaron salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnizaciones por despido injustificado, moratorias por no consignación de cesantías, y beneficios salariales y prestacionales y derechos convencionales; que la demandada Caprecom actuó de mala fe, ya que se simuló una relación diferente a la de naturaleza laboral.

La *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las súplicas de la demanda, ya que quien debió acreditar los requisitos de existencia de la relación laboral era la demandante, quien debió demostrar que la subordinación es propia a la del contrato de trabajo, situación que no fue acreditada en las diligencias, ya que solo se acreditó la prestación personal del servicio por intermedio de una CTA y mediante contratos de prestación



de servicios, de lo que se desprende el pago de unos honorarios. Ahora bien, tampoco habría lugar a imponer condena alguna contra la CTA pues no se acreditó situación diferente a que la trabajadora se desempeñaba como cooperada en las instalaciones de Caprecom, por lo que se desestimaban las súplicas de la demanda.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las pretensiones. Lo anterior, por cuanto tal como lo señaló la falladora, cuando se acredite la prestación personal, la subordinación y la remuneración, se origina el contrato de trabajo, sin importar la denominación que se le dé, de lo que se advierte una indebida valoración de las pruebas, ya que la labor desempeñada era la de técnico de cuentas médicas, actividad que no gozaba de autonomía en la prestación del servicio. Aunado a lo anterior, frente al testigo Carlos Jara, debe indicarse que si bien se incurrió en un yerro, también lo es, que se solicitó a la juez de primer grado aclarar la situación y se le comunicó que el deponente confirió poder a un familiar y no sabía de la interposición de la demanda, siendo procedente la valoración de su testimonio.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

De acuerdo con las peticiones elevadas por la actora, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar la existencia de la relación laboral reclamada, así como los extremos procesales enunciados en la demanda, y de ser acertado el postulado anterior, establecer si la demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales legales y extralegales, junto con las indemnizaciones deprecadas.



Para desarrollar lo anterior, el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945 establece los requisitos para la existencia del contrato de trabajo, siendo la prestación personal del servicio, la continuada dependencia o subordinación y la remuneración por los servicios prestados, por lo que una vez demostrados los tres elementos, se deriva la existencia de un contrato de trabajo, sin importar la denominación que se le otorgue al vínculo entre las partes, siendo estos, los mismos requisitos que se encuentran establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo.

Sin embargo, la pasiva aduce que la primera vinculación se originó mediante una Cooperativa de Trabajo Asociado, siendo cooperado y las restantes, se originó mediante contratos de prestación de servicios, los que se encuentran establecidos en la Ley 80 de 1993, por lo que no surgió el vínculo laboral.

Al respecto, se encuentra dentro del proceso constancia emitida por parte de Coopservicios¹, en la que se indica que la actora desarrolló contrato de asociación a término indefinido desde el 7 de febrero de 2012 hasta el 25 de mayo de la misma anualidad, devengando la suma de \$1.184.492, para desempeñar el cargo de auditor de cuentas, siendo expedido dicho documento el 4 de junio de 2012.

Así mismo, se encuentra a folios 212, 216 y 217 del plenario, copia de las certificaciones emitidas por parte del Subdirector o Jefe de Oficina, en las que se hace constar que el actor prestó sus servicios por los períodos comprendidos entre el 28 de mayo y el 30 de junio de 2012, entre el 1° y el 31 de agosto de 2012 y entre el 25 y el 31 de julio de 2012, así como los documentos denominados como *INFORME DE SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVA*, en las que consta que la demandante desempeñó y cumplió los objetos para los cuales fue contratada, las que cuentan con el sello de recibido por parte de Caprecom.

¹ Cfr. Fl. 28.



De igual forma, se aportó copia de los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes a partes a partir del 28 de mayo de 2012 y hasta el 31 de marzo de 2013, tal y como se desprende de los folios 27 a 37 del expediente, de los que si bien se desprende que entre los mismos existe una interrupción de 3 días entre cada uno de los tres contratos suscritos por las partes, ello no implica que en efecto nos encontremos frente a tres vinculaciones distintas, pues tal y como se extrae de dichos documentos se establece un cargo idéntico, siendo el de técnico de cuentas médicas y apoyo a la gestión en la subdirección de la EPS, así como un objeto contractual semejante, lo que acreditaría la continuidad en la prestación del servicio, evidenciándose el querer de la pasiva de demostrar varios vínculos laborales.

Ahora bien, se advierte que dentro del plenario se recibieron los testimonios de la señora Patricia Aguirre y del señor Carlos Jara, no obstante, la primera de las mencionadas dio certeza de la prestación personal del servicio de la actora mientras subsistió el vínculo con la Cooperativa de trabajo Asociado, mientras que si bien el segundo en su declaración brindó especificaciones del vínculo que unió a la demandante con Caprecom, también lo es, que resta credibilidad su declaración en el entendido que adujo no tener demanda alguna en contra de la entidad con ocasión del vínculo que ostentó el señor Jara, cuestión que es contraria a la realidad, lo que podría de forma eventual generar parcialidad en su declaración.

No obstante lo anterior, se declarará la existencia del contrato de trabajo deprecado por la demandante por el período comprendido entre el 7 de febrero de 2012 y el 31 de marzo de 2013, teniendo en cuenta que está plenamente demostrada la prestación personal del servicio de la demandante, lo que impone la presunción de la existencia del contrato de trabajo, sin que se hubiere aportado medio de prueba alguno por parte de la encartada que acredite la falta del elemento de la subordinación, pues la



defensa de la pasiva se sustenta tan sólo en la existencia de los contratos de prestación de servicios.

Aunado a lo anterior, para las posibles condenas que se lleguen a imponer, se tendrán en cuenta los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicio suscritos entre las partes, conforme con la certificación visible a folios 26 y 27 del plenario, argumentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado frente al ítem estudiado.

DE LOS DERECHOS CONVENCIONALES

Advierte la Sala de Decisión que se aportó copia de la Convención Colectiva de Trabajo visible a folios 119 a 132 del plenario, la que en su artículo 20 establece:

“ARTÍCULO 20: PACTOS COLECTIVOS.

Mientras tenga vida jurídica SINTRACAPRECOM como organización que agrupe más de la tercera parte de los trabajadores de la Entidad, no podrá CAPRECOM suscribir pactos colectivos.”.

De la norma anterior, se advierte que en efecto le es aplicable a la actora los derechos convencionales a los que se ha hecho mención, como quiera que la asociación sindical SINTRACAPRECOM tenía afiliados a más de la tercera parte de los trabajadores de CAPRECOM y por ello se impuso la prohibición de celebrar pactos colectivos, lo que se aviene con lo dispuesto en el artículo 471 del C.S.T.

Sin embargo, se debe proceder con el estudio de la excepción de prescripción propuesta por la encartada, medio exceptivo que se encuentra regulado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., que disponen la prescripción de los derechos si no son reclamados dentro de los tres años siguientes a hacerse exigibles, no obstante, el artículo 489 de la norma sustancial, establece la posibilidad de interrumpir el término prescriptivo por



una única vez, cuando se presente el simple reclamo escrito del trabajador, respecto de los derechos que pretende le sean reconocidos.

En ese orden de ideas, se advierte que la terminación de la relación laboral se dio el 31 de marzo de 2013, pero, se interrumpió el término prescriptivo el 10 de marzo de 2016, por lo que se declararán prescritos los derechos legales y convencionales no reclamados con anterioridad al 10 de marzo de 2013, exceptuando de este medio exceptivo, los concernientes al auxilio de cesantías y las vacaciones, el primero de ellos, por cuanto su término prescriptivo se comienza a contar a partir de la finalización del contrato de trabajo y el segundo por cuanto las vacaciones tienen un año de causación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá con el estudio de las pretensiones de condena elevadas por el actor, como sigue:

DEL SALARIO

Advierte la Sala de decisión que la demandante solicita el pago de los salarios causados en vigencia de la relación laboral, no obstante, dicha pretensión se encuentra llamada al fracaso, teniendo en cuenta que la misma demandante en su interrogatorio de parte manifestó que le fueron pagadas en principio las compensaciones mensuales por parte de Coopservicios y que de forma posterior, le fueron cancelados los honorarios directamente por Caprecom, lo que desvirtúa la deuda que dice la actora ostenta por tal concepto la encartada y respecto de la cual se impondrá absolución.

AUXILIO DE CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS

La pretensión del título se encuentra establecida en el artículo 27 del Decreto 3118 de 1968, consagrada en favor de los trabajadores oficiales, siendo procedente la imposición de su condena, por lo que una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor arroja la suma de \$2.066.410.65, suma respecto de la que se impondrá condena.



Frente a los intereses a las cesantías que peticiona la demandante, debe indicarse que no hay lugar a los mismos, pues estos no se encuentran consagrados en la normatividad de los trabajadores oficiales y no es posible su concesión por analogía o en aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, ya que tampoco se dispuso acuerdo alguno al respecto, por lo que se impartirá su absolución.

VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES

Solicita la actora el pago de las vacaciones de orden legal, tal y como se menciona en los fundamentos de derecho, no obstante, las vacaciones procedentes para los trabajadores oficiales son las consagradas en el artículo 8° del decreto 1045 de 1978; en ese orden de ideas, se advierte que se adeuda la suma de \$1.033.094.79, suma respecto de la cual se debe conceder la indexación, teniendo en cuenta que en efecto las vacaciones no son entendidas como una prestación social y por ello no son resarcidas con la indemnización moratoria y para lo cual se tendrá en cuenta la operación aritmética ya decantada por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral.

Ahora bien, se advierte que la prima de vacaciones se encuentra establecida en el artículo 52 de la Convención Colectiva de Trabajo, no obstante, dicha disposición efectúa una remisión directa a la norma que dispone el reconocimiento, por cuanto indica *“reconocerá como prima de vacaciones a sus trabajadores oficiales lo establecido en la ley.”*

En ese orden de ideas, los artículos 24 y 25 del Decreto 1045 de 1978, establece una prima de vacaciones equivalente a 15 días de salario por cada año de servicio, la que se debe otorgar de forma proporcional con el tiempo laborado, por lo que la demandante tiene derecho a la suma **\$1.033.094,79**, suma respecto de la cual se impondrá condena.



PRIMA EXTRALEGAL DE JUNIO Y DE SERVICIOS

La prima extralegal de junio y de servicios se encuentra consagrada en los artículos 49 y 51 del Acuerdo Convencional respectivamente, correspondiendo a 15 días de salario, adicionales a los cancelados por concepto de la prima de junio, por lo que en principio, el actor tendría derecho al reconocimiento de tal prestación, sin embargo, no se puede imponer condena alguna, teniendo en cuenta que el derecho se causó en el mes de junio de 2012, y se declarará la prescripción de los derechos dejados de reclamar con anterioridad al 10 de marzo de 2013.

PRIMA EXTRALEGAL DE NAVIDAD

Ahora bien, la prima extralegal de navidad se encuentra regulada en el artículo 50 de la Negociación Colectiva, la que corresponde a 15 días adicionales a los pagados por prima legal de navidad, no obstante, como se indicó en precedencia, no hay lugar a imponer condena alguna por dicho concepto, teniendo en cuenta que el efecto prescriptivo cobijó la pretensión del título, ya que se encuentran cobijados los derechos laborales dejados de reclamar con anterioridad al 10 de marzo de 2013.

PRIMA DE RETIRO

Frente a la pretensión del título, se advierte que la prima de retiro se encuentra consagrada en el artículo 58 Convencional, el que establece un pago equivalente a dos meses de salario con el retiro del trabajador, suma que asciende a la suma de \$3.585.098.

AUXILIO EDUCATIVO Y AUXILIO DE ALIMENTACIÓN

El auxilio educativo que reclama la actora se encuentra establecido en el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo, denominado como



“**APORTES EDUCATIVOS**” que establece el pago de un subsidio tanto a los hijos de los trabajadores, como a los funcionarios de la entidad, no obstante, no se acreditó dicha situación por la parte actora, lo que no permite acceder a dicha petición.

El subsidio de alimentación está consagrado en el artículo 46 Convencional, que establece para su concesión el valor pagado en el año 1996, más el porcentaje reconocido por el Gobierno para el año 1997, liquidándose en igual forma para 1998, no obstante, se advierte que la actora no acredita con tales presupuestos, por lo que no sale avante su pretensión.

PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y BENEFICIOS DE SALUD

Peticiona la demandante el reconocimiento pago de la prima de antigüedad regulada en el artículo 56 del Acuerdo Colectivo, no obstante, debe indicarse que la pretensión se encuentra llamada al fracaso, teniendo en cuenta que para que sea procedente el reconocimiento de la misma se requiere que el trabajador acredite al 13 de diciembre de 2011, un total de 10 años de servicios, no obstante, la demandante no se encontraba vinculada a Caprecom a la fecha antes referida, ni tampoco acredita de forma alguna que hubiese prestados sus servicios por el período al que se ha hecho referencia, por lo que no hay lugar a imponer condena.

BONIFICACIÓN POR FIRMA DE CONVENCIÓN

Desde ya debe indicarse que la petición anterior no puede ser declarada, teniendo en cuenta que dicha bonificación se encuentra establecida en el artículo 78 Convencional, en la que si bien establece un pago único del 50% del S.M.L.M.V. para los meses de diciembre de 2011 y 2012, también lo es, que en su párrafo se dispuso “*Esta bonificación será reconocida a los servidores públicos vinculados a la planta de personal a la fecha de firma de la Convención Colectiva*”, situación en la que no se encuentra la señora



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-031-2016-00711-01. Proceso Ordinario de Dolly Elsa Mercedes Acevedo Reina contra Fiduciaria la Previsora S.A. en su calidad de Vocero y Administrador del PAR Caprecom. (Apelación Sentencia).

Acevedo Reina, pues su vinculación se originó a partir del 7 de febrero de 2012 y la suscripción de la Convención por los representantes del Sindicato y del empleador se dio el 13 de diciembre de 2011.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

Pretende la demandante se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, no obstante, para que se acceda a dicha figura se requiere que la parte actora acredite la terminación del contrato de trabajo y al empleador la causa que motivó dicha decisión.

De acuerdo con lo anterior, debe indicarse que la parte actora no cumplió con su carga probatoria, que no era otra, que demostrar el despido o la terminación del vínculo a cargo del empleador, por lo que no se impondrá condena alguna al respecto.

DE LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS

Frente a las pretensiones del título, debe indicarse que no hay lugar a impartir condena alguna, como quiera que dicha sanción se encuentra establecida en la Ley 50 de 1990, que no le es aplicable a los servidores públicos, por lo que debe ser desestimada la misma.

DEVOLUCIÓN DE APORTES A PENSIÓN – SALUD

Pretende la actora la devolución de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones, cancelados en vigencia de los contratos de prestación de servicios, por lo que se debe precisar que tales pagos en favor de la ex trabajadora sí están cobijados bajo el efecto de la prescripción, pues se reclama el pago directo, más no la composición o pago de las



cotizaciones directas al Sistema General de Pensiones y al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, aportes que no prescriben, ya que ayudan a consolidar el derecho pensional.

En ese orden de ideas, se dispondrá la devolución del pago de los aportes efectuados por la demandante por el período comprendido entre el 10 y el 31 de marzo de 2013, suma que asciende a \$137.533.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Sobre el particular, recuerda esta Colegiatura que insistentemente la jurisprudencia laboral, ha señalado que la sanción establecida en el Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática, ya que para determinar su viabilidad debe examinarse la conducta del acreedor y si de ese análisis se colige que el no pago o el pago deficitario de salarios, prestaciones o indemnizaciones se debe a la creencia de no deber suma alguna hay que exonerar por este concepto.

En ese sentido, para imponer o exonerar de esta sanción, no es suficiente por una parte, la mera declaración de la existencia del vínculo laboral, como por otra, no basta con que el empleador señale o contraponga a la declaratoria del contrato de trabajo otro tipo de vínculo, ya que en este último evento se requiere de un examen de los medios de prueba para verificar hasta qué punto el convencimiento del empleador tiene tal fuerza para excusarlo de haber negado el reconocimiento y pago de los derechos laborales de su verdadero trabajador y no simple contratista.

En el asunto, a juicio de la Sala la demandada en realidad no estuvo revestida de buena fe para negar las acreencias laborales del trabajador; y en efecto, no puede existir una creencia sincera y convincente por parte de la pasiva de haber desarrollado desde el inicio un contrato de prestación de servicios para suplir ciertas necesidades propias del giro normal de actividades de la accionada; y adicionalmente quedó establecido el



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-031-2016-00711-01. Proceso Ordinario de Dolly Elsa Mercedes Acevedo Reina contra Fiduciaria la Previsora S.A. en su calidad de Vocero y Administrador del PAR Caprecom. (Apelación Sentencia).

cumplimiento de un horario que le imponía la entidad, lo cual obligaba a descartar cualquier tipo de independencia para desarrollar la labor contratada. Por tanto, si por disposición legal se sabe que cualquier intento de suprimir la libertad de horario del contratista dentro de una entidad pública, conlleva a que se presente un elemento típico de subordinación, aquella no puede persistir en su idea de seguir contratando bajo esa figura, así como tampoco seguir dando órdenes y en general asimilando o dándole el mismo trato que a un trabajador de su planta de personal, sin hacer ninguna distinción, pues lo único que los diferencia será el rótulo de la contratación, pero en general se trata del mismo tipo de trabajador, tal como se puede establecer de la prueba recepcionada.

Ahora bien; debe indicarse que el estado de mora en el pago de acreencias laborales se justifica a partir del momento en que la entidad accionada fue liquidada, por cuanto a partir de dicho momento no tenía disposición de sus recursos, ni la posibilidad de proceder con el pago reclamado, por cuanto dejó de existir la persona jurídica.

En ese orden de ideas, como no se pagaron las prestaciones sociales adeudadas en favor del trabajador dentro de los 90 días siguientes a la finalización del vínculo laboral, se adeuda un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales, por lo que una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor arroja la suma de \$76.660.533,00, suma respecto de la cual se impartirá condena.

Hasta acá el análisis del Tribunal. Costas de primer grado a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-031-2016-00711-01. Proceso Ordinario de Dolly Elsa Mercedes Acevedo Reina contra Fiduciaria la Previsora S.A. en su calidad de Vocero y Administrador del PAR Caprecom. (Apelación Sentencia).

BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 24 de agosto de 2018, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la señora **DOLLY ELSA MERCEDES ACEVEDO REINA** y la **EXTINTA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS COMUNICACIONES** por el período comprendido entre el 7 de febrero de 2012 y el 31 de marzo de 2013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a **FIDUAGRARIA S.A.** en su calidad de administradora y vocera del **PAR CAPRECOM**, al pago de los siguientes conceptos:

- a) Por concepto de auxilio de cesantías la suma de \$2.066.410.65.
- b) Por concepto de compensación de vacaciones la suma de \$1.033.094.79, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago.
- c) Por concepto de prima de vacaciones convencional por la suma de \$1.033.094.79, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago.
- d) Por concepto de prima de retiro convencional la suma de \$3.585.098.00.
- e) Por concepto de los aportes efectuados por la demandante para las contingencias de pensión y salud por el monto de \$137.533.00.
- f) Por concepto de indemnización moratoria por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de pagar a la terminación del



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-031-2016-00711-01. Proceso Ordinario de Dolly Elsa Mercedes Acevedo Reina contra Fiduciaria la Previsora S.A. en su calidad de Vocero y Administrador del PAR Caprecom. (Apelación Sentencia).

vínculo laboral, por el período comprendido entre el 1° de julio de 2013 y el 23 de enero de 2017, concepto que asciende a la suma de \$76.660.533.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra.

CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, respecto de los derechos causados y no reclamados con anterioridad al 10 de marzo de 2013, atendiendo las consideraciones de la sentencia; y no probadas las demás excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandada y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-014-2016-00076-01. Proceso ordinario de Juan Carlos Hilarión Díaz contra Pacific Stratus Energy Colombia y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de julio de 2018.

ANTECEDENTES:

El señor Juan Carlos Hilarión Díaz convocó a las sociedades TRANSPORTADORA DEL META S.A.S., PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA, META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA y a ECOPETROL S.A., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario; la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo con la demandada Transportadora del Meta S.A.S. por el período comprendido entre el 25 de agosto de 2010 y el 28 de enero de 2013, así como que se liquidó en forma indebida al trabajador, teniendo en cuenta que no se tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales, tales como el bono de productividad y accidentalidad, horas extras, días de descanso obligatorio, dominicales y festivos, prima no constitutiva de salario, se declare la ineficacia del otrosí que



estableció como no salarial la *prima extralegal de campo*, así como los viáticos y hospedaje, al igual que la solidaridad con las demandadas Pacific Stratus Energy Colombia, Meta Petroleum Corp Sucursal Colombia y Ecopetrol S.A.; y que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de la nivelación salarial por la suma de \$4.907.056, junto con los reajustes del bono de accidentalidad y bono de productividad, de las horas extras diurnas y nocturnas ordinarias y en días dominicales y festivos, de la indemnización por despido sin justa causa, la diferencia por el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes en pensión, así como al pago de la sanción consagrada en la Ley 50 de 1990 por la no consignación completa de cesantías, la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la indexación de las sumas en que se imparta condena y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que laboró al servicio de Transmeta S.A.S. de forma ininterrumpida entre el 25 de agosto de 2010 y el 28 de enero de 2013, desempeñando el cargo de conductor de tracto camión para el transporte de hidrocarburos de las encartadas, con un horario de trabajo de 5:00 a.m. a 8:00 p.m. conforme con el sistema de GPS, para lo cual se deberían efectuar funciones de cargue y descargue, relación que finalizó el 28 de enero de 2013 al ser despedido de forma unilateral y sin justa causa; que elevó reclamación ante Transmeta de la reliquidación de sus derechos laborales el 2 de octubre de 2015; que elevó solicitud ante Pacific Rubiales y Ecopetrol solicitando la guía de transporte de hidrocarburos o derivados del petróleo el 29 de septiembre de 2015; que mediante oficio del 9 de noviembre de 2015 la sociedad Transmeta S.A.S. se negó a certificar los recorridos efectuados por el ex trabajador, así como se negó la entrega de la guía de transporte de hidrocarburos; que se interpuso acción de tutela que le correspondió al Juzgado 69 Civil Municipal de Bogotá, el que amparó el derecho de petición; que al actor le fueron canceladas las horas extras festivas fijas, más no las laboradas en días dominicales y festivos; que el actor devengó como salario para el año 2010 la suma de \$1.089.297, 2011 el monto



de \$1.132.869, para 2012 la suma de \$1.560.643 y para 2013 el monto de \$1.623.310; que entre Ecopetrol y Transmeta se celebró contrato MA 0001561 de 2011, en la que se pactó el transporte de hidrocarburos líquidos, por lo que se suscribió otrosí con el actor, en el que se reajustó el valor de su salario por pertenecer de forma exclusiva a la Flota de Ecopetrol; estableciéndose en el contrato suscrito entre las sociedades el valor a cancelar por cada trabajador, no obstante, los contratistas deben gozar de los mismos salarios y prestaciones de los trabajadores de Ecopetrol, pero Transmeta desconoció dicho acuerdo, ya que no canceló el salario por la suma mensual de \$4.907.056, así como tampoco el bono de productividad y el bono de accidentalidad por valores de \$3.508.379 y \$200.000.

Así mismo, señaló que en vigencia de la relación laboral se le pagó al actor viáticos que son un factor salarial, devengando la suma de \$796.500 en el año; para 2011 el monto de \$943.400; en 2012 la suma de \$1.094.000; y para 2013 el monto de \$1.222.666; que el actor tuvo derecho a una prima mensual variable que para el año 2010 ascendió a la suma de \$950.000; para 2011 el monto de \$930.000; para 2012 la suma de \$1.006.000; y para 2013 el monto de \$1.135.153; que el actor tenía derecho a días de descanso el sábado, no obstante, el actor laboraba más de 48 horas la semana de lunes a viernes, sin descansos del día sábado, advirtiéndose que para el año 2011 tenía derecho a 7 descansos, para 2012 un total de 52 sábados y para 2013 un total de 40 días de descanso; que la duración de los recorridos se encontraba establecido en el Manual del Conductor y señalaba los tiempos de cada ruta, estableciendo límites en terreno plano máximo a 65 km por hora y en trocha máximo a 35 km por hora; que el tiempo de cargue y descargue era de 3 horas cada uno; que el actor laboró gran cantidad de horas extras sin que fueran canceladas en su oportunidad, así como tampoco lo concerniente con los días dominicales y festivos; que la empresa Meta Petroleum Corp Sucursal Colombia es operadora de Ecopetrol conforme con contrato QUIFA en Puerto Gaitán, por lo que la mayoría de los trayectos tenían como destino Pacific Stratus Energy



Col Ltd, de propiedad de Meta Petroleum Corp Sucursal Colombia y Pacific Stratus Energy Colombia, por lo que se advierte que las demandadas se beneficiaron del transporte de crudo.

La aquo, absolvió a las encartadas de todas y cada una de las súplicas elevadas en su contra, por cuanto afirmó que si bien se pactó una remuneración de los conductores entre Transmeta y Ecopetrol, también lo era, que ello implicaba la totalidad de prestación del servicio y no solo el salario del trabajador, situación que ocurría en idénticas circunstancias respecto del bono de productividad y accidentalidad, aunado, conque de acuerdo con los niveles de pago de Ecopetrol, la encartada Transmeta canceló el mismo salario de dichos funcionarios. Frente a los viáticos para alimentación y hospedaje, así como de las horas extras, señaló la falladora que no se acreditó en debida forma el tiempo suplementario en que desarrolló labores el actor, así como tampoco se demostró exactitud o semejanza en el pago de viáticos por lo que era imposible imponer condena al respecto. Finalmente, en lo que tiene que ver con la prima de campo indicó que la misma no era procedente, por cuanto se reconocía por la diligencia y cuidado que tenía el actor al momento de desarrollar la labor de conducción.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la condena y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto dentro del plenario está demostrado tanto la solidaridad, como que en el contrato MA 1561 de 2011 se pactó el salario de los conductores, sin que sea posible acoger el dicho del señor Díaz, en el entendido que lo pactado era para el pago de 2.5 conductores por tracto camión, ya que el demandante no tuvo relevo o reemplazo en su labor. Adujo frente a las igualdades con los trabajadores de Ecopetrol ya que es una actividad propia del petróleo, que de acuerdo con el artículo 34 del C.S.T., la demandada sí se benefició de la obra o labor, por lo que no es posible ampliarse el objeto social de las demandadas, ya que el



transporte es esencial en la actividad de hidrocarburos, por lo que también sería procedente el bono de productividad y accidentalidad; frente a las horas extras, señaló que las mismas estaban demostradas tal y como se evidencia a folios 249 del plenario, así como con la certificación visible a folio 684, en la que se refleja que hay 13 horas dominicales no canceladas, situación que se apareja con las guías de viaje y recorrido en la que se constata que el trabajador no tuvo tantos días de descanso, situación reafirmada por el testigo Quitián Aguilar.

De igual forma, señaló que los viáticos están demostrados con el interrogatorio de parte del representante legal de Transmeta y la declaración del señor Quitián Aguilar, los que deben ser incluidos como salario y proceder con la reliquidación respectiva. Finalmente, indicó frente a la prima de campo, que existen certificados de pago visibles a folios 146 del plenario, con los que se demuestra que la prima siempre fue cancelada y no tomada en cuenta como factor salarial, aunado, con que la Juez la tuvo como buenas prácticas del trabajo, situación que no fue corroborada por el representante legal de Transmeta y que era calculada por kilómetros recorridos, lo que acredita que sí se originó por la prestación propia del servicio.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que no fue objeto de discusión, la existencia del vínculo laboral, los extremos temporales del mismo, así como la finalización del contrato de trabajo, la Sala entrará a analizar, si es procedente acceder al reajuste salarial y prestacional pretendido por el demandante, así como, si en efecto se adeuda suma alguna por concepto de horas extras y trabajo suplementario, así como los viáticos, y si las bonificaciones de productividad, accidentalidad y



prima extralegal de campo son factores salariales; y de encontrarse probado alguno de los supuestos anteriores, establecer si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales y demás sanciones peticionadas por el actor.

De acuerdo con lo anterior, el actor peticiona la reliquidación del salario que debió devengar con ocasión de su vinculación a la encartada Transmeta S.A.S., ya que en su sentir el mismo debió ascender a la suma de \$4.904.056, con ocasión del Anexo No. 1 del contrato MA-0001561 suscrito entre su empleador y la demandada solidaria Ecopetrol S.A., junto con el bono de productividad y bono de accidentalidad plasmado en el mismo anexo por las sumas de \$3.508.379 y \$200.000 respectivamente.

Atendiendo el anexo a que se ha hecho referencia, es necesario indicar que no se puede arribar a la conclusión que pretende la parte actora frente a la reliquidación en el pago del salario, ya que tal como lo señala el dicho anexo, el mismo comprende la **LISTA DE PRECIOS UNITARIA**, que no solo contiene el valor del supuesto salario del conductor, sino además, todos los restantes gastos que implican el transporte de los hidrocarburos, tales como en costos fijos los de Cabezote, tanque, Depreciación (Cabezote + Tanque), entre otros; y en costos variables los de Combustible, gastos de carretera, parqueadero, montallantas, entre otros; y si bien se señala una suma como costo fijo, se denominó tal ítem como **CONDUCTORES**, palabra que no indica que dicho monto sería el que devengaría la persona, pues de la misma palabra se desprendería la prestación de varias personas en la conducción del vehículo.

Aunado a lo anterior, se advierte que en ningún momento se dejó establecido que el salario para cada conductor de tracto camión ascendería a la suma de \$4.907.056 como lo indica el actor, ya que en el numeral 6° de la Cláusula quinta del contrato MA – 0001561 se indicó “... *el CONTRATISTA se obliga a pagarles el salario establecido por ECOPETROL e informado en los DPS, o en defecto de dicha información, el salario que corresponda de acuerdo con la*



normatividad interna de ECOPETROL en materia de salarios a cargo de contratistas"; lo que acredita que no se estableció en el mencionado acuerdo, salario alguno para los trabajadores de Transmeta, sino simplemente, la limitante de no poder pactar un sueldo inferior al de los trabajadores de Ecopetrol.

En ese orden de ideas, se encuentra que se allegó tabla de los niveles salariales para actividades diferentes a la industria del petróleo¹, elaborado el 28 de diciembre de 2011, en la que se incluyó en el nivel III, el descrito como *Cargos Modelos*, el de *Operador de Vehículo Pesado para movilización de cargas*, en la que se establecen dos categorías de pago diarios una por la suma de \$51.734 y la otra por \$54.321, que dependían de si existía certificación de competencia laboral expedida por el Sena y si era jefe cabeza de grupo de cargos similares, por lo que al acreditar una o las dos condiciones, podría ascender y devengar un salario diario mayor, no obstante, tal situación no fue demostrada por el señor Hilarión Díaz, por lo que bajo tal supuesto tendría derecho al pago diario de la suma de \$51.734, que era el monto que se fijó en favor de los trabajadores de Ecopetrol S.A., siendo pactado un salario superior en favor del ex trabajador por parte de Transmeta, pues en el *otrosí* suscrito por las partes el 26 de junio de 2012 y mediante el cual el actor empezaba a prestar sus servicios de forma exclusiva a Ecopetrol se fijó un salario mensual por el monto de \$1.560.643.

Así mismo, se recepcionó la declaración del señor Jaime Alberto Díaz Palacios quien afirmó haber laborado para la demandada Ecopetrol S.A. y quien estuvo a cargo del área de Contratación de Transporte de Hidrocarburos, quien señaló que dentro del contrato se establecen una serie de costos fijos y variables para las empresas, teniendo en cuenta que es de exclusividad absoluta al servicio de Ecopetrol y con una prestación permanente del servicio de 24 horas al día, por siete días a la semana, lo que implicaba el pago de 2.5 conductores por cada tracto camión, con ocasión de la actuación que se debía realizar, junto con lo cual se proyectaba los gastos del vehículo y demás contingencias derivadas del

¹ Cfr. Fl. 322.



servicio de transporte, afirmaciones que se acompañan con los restantes medios de prueba, de lo que se puede concluir, que en efecto la suma fijada en el anexo No. 1, no correspondía al salario que debía devengar el conductor del tracto camión, sino por el contrario a todas aquellas variables o factores determinables derivadas del contrato de transporte.

A idéntica conclusión se debe arribar, respecto del bono por productividad y accidentalidad que petitiona el actor, pues tales conceptos no fueron determinados en cabeza del conductor del tracto camión, sino con base en la operación y la lista unitaria de precios, en la que se describen diversos factores, tanto de costos fijos, como variables y que dependían de forma directa del número de viajes, tiempo de ciclo de viaje, el número de carros y el total de los kilómetros recorridos, por lo que no se puede asimilar que tales bonos le tenían que ser reconocidos al trabajador.

Finalmente frente a este punto, debe indicarse que en gracia de discusión de haberse reconocido un salario inferior en favor del trabajador, tal situación no puede ser reclamada por parte de quien prestó el servicio, pues tales sumas se derivaban de un acuerdo entre terceros, personas jurídicas, que no es oponible al trabajador, pues no lo celebró en dicha forma, sino que por el contrario y de forma eventual, quien podría solicitar su cumplimiento sería la encartada Ecopetrol S.A., ya que sería respecto de dicha sociedad que se estaría materializando el perjuicio, al no efectuarse el pago del salario convenido.

Frente a las horas extras o trabajo suplementario, de vieja data la jurisprudencia de la máxima Corporación del Trabajo, ha enseñado que “...para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos



o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas...” (Sentencia del 15 de julio de 2008, radicado No. 31637), por esa razón quien pretenda obtener su reconocimiento, o que se le reliquide las sumas que por este concepto fueron reconocidas, deberá probar en forma definitivamente clara que no admita dubitación alguna, el número de horas extras laboradas en sus diferentes modalidades, pues solo así se puede entrar a determinar el valor a pagar, o si el cancelado no se realizó correctamente.

En el asunto, considera la Sala que no existe documental con vocación para acreditar que el actor laboró determinadas horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos en una cantidad específica; es decir, que queda la incertidumbre de si el demandante laboró todos los días un número de horas extras, ya que si bien señala que con la documental visible a folio 249 del plenario, se demostrarían las mismas, porque dicha imagen corresponde al GPS del tracto camión, también lo es, que dicha imagen establece el rango máximo en que los vehículos se pueden desplazar de forma diaria, esto es, en el período comprendido entre las 5 de la mañana y las 8 de la noche; nótese que en la misma se indica *“CUALQUIER DESPLAZAMIENTO ADICIONAL DEBE SER AUTORIZADO PREVIAMENTE POR EL COORDINADOR DE CONDUCTORES O EL COORDINADOR DE RUTAS Y FLOTAS E INFORMADO A LA CENTRAL DE TRÁFICO VÍA MACRO O CELULAR ...”*, lo que no quiere decir que el actor haya prestado sus servicios constantes ocupando en su totalidad el rango de dicho horario.

De igual forma, debe indicarse que si bien el actor señaló que con la documental de folio 684 del plenario se podría acreditar la densidad de horas extras adeudadas, incluyendo las dominicales, debe advertirse que de dicho documento no se logra extraer tal información, pues si bien contiene fecha de salida y de llegada, no indica las horas diarias en las que desarrolló su función de conductor, ni establece supuesto diferente y por el contrario, con los desprendibles de nómina que el mismo aportó, se demuestra una serie de horas extras diurnas,



nocturnas y festivas que en efecto le fueron pagadas en cada una de las mensualidades por parte de Transmeta S.A.S., enfatizando en que si bien el testigo Edgar Quitián Aguilar estableció que en algunas ocasiones prestó sus servicios hasta las 10 u 11 de la noche y en otras oportunidades hasta las 2 de la mañana, ello no implica que el actor hubiere desempeñado sus funciones en idénticos términos o que por el simple dicho del deponente se puedan suponer o establecer una densidad de horas adicionales trabajadas por el actor que deban ser canceladas por las encartadas; por lo que también se absolverá de dicho pedimento.

Así mismo, se debe imponer la absolución del concepto de los viáticos reclamados por el actor y que en efecto hacen parte del factor salarial para determinar el monto de su salario y prestaciones sociales, ya que de conformidad con el artículo 129 del C.S.T., tales pagos constituyen salario en especie, al retribuir lo concerniente con la alimentación y habitación, viáticos que fueron aceptados tanto por el representante legal de la demandada Transmeta S.A.S., como por el testigo Edgar Quitián Aguilar, no obstante, no es posible determinar con exactitud el pago de dicho concepto, pues tal como lo señalaron las personas a las que se hizo mención, dichos viáticos eran variables, ya que dependían de la ruta que tenía que cubrir el trabajador y cuya variabilidad podría estar entre los \$36.000 y los \$50.000 por día, por lo que se advierte que la parte actora no cumplió con su carga probatoria contenida en el artículo 167 del C.G.P., pues no acreditó el supuesto de hecho que le correspondía.

En lo que tiene que ver con la Prima Extralegal de Campo, debe indicarse que dicha figura fue establecida por las partes en el *otrosí* visible a folios 314 y 315 del plenario, estableciendo en su cláusula tercera lo siguiente:

*“... . Por lo anterior es intención de **LAS PARTES** formalizar a través del Contrato de Trabajo, el pago de la prima extralegal de campo; en consecuencia **LAS PARTES** en este contrato convienen expresamente que **EL TRABAJADOR**, continuará recibiendo*



por mera liberalidad, el pago denominado como “PRIMA EXTRALEGAL DE CAMPO”, cuyo valor es proporcional al tiempo en que EL TRABAJADOR permanezca por fuera de la ciudad de Bogotá D.C. Dicho tiempo se determinará con base en los kilómetros recorridos, según se establece en la tabla del Manual de Conductores.”

Así mismo, el Manual de Conductores² regula la Prima Extralegal de Campo en el numeral 3.4.3, en el sentido de indicar que es concedida por mera liberalidad y que está sujeta a cualquier modificación o eliminación de dicho pago por parte del empleador, estableciendo los valores para el año 2012, así como la cantidad de kilómetros que se debían recorrer para tal fin.

Determinado lo anterior, no es objeto de controversia que la prima extralegal de campo le era reconocida al trabajador por la ausencia que presentaba en su hogar, así como por la permanencia fuera de la ciudad de Bogotá, conforme lo indicó el representante legal de la entidad demandada Transmeta S.A.S., argumento que fue acogido por el apoderado de la parte actora, lo que advierte que tales situaciones eran el objeto o fundamento de dicho pago, ya que las funciones de conducción del tracto camión se prestaban de forma indistinta en cualquier lugar de la geografía nacional, por lo que es necesario aclarar, que es diferente lo concerniente con la forma en la que se debería liquidar, pues ello sí dependía de la cantidad de kilómetros recorridos, lo que demuestra que conforme con el artículo 127 del C.S.T., no se advierte que el pago de dicha prima extralegal retribuyera de forma directa el servicio prestado, sino que por el contrario, compensaba económicamente las ausencias del conductor en su hogar, reiterando que una es la forma de causación y la otra la forma de liquidación de dicha prima.

Finalmente, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno referente con la posible solidaridad de las encartadas Pacific Stratus Energy Colombia, Meta

² Cfr. Fl 72 a 113.



Petroleum Corp Sucursal Colombia y de Ecopetrol S.A., así como del llamamiento en garantía, ya que no hay lugar a imponer condena alguna en contra de la demandada principal Transmeta S.A.S., de la que se pueda derivar la responsabilidad deprecada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las COSTAS de primera instancia quedarán a cargo del demandante y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión. **COSTAS.** Se confirman las de primera instancia y sin ellas en segunda instancia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-012-2017-00473-01. Proceso ordinario de Andrés Mauricio Osorio Vinasco contra Iatai Andina S.A. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la encartada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de enero de 2019.

ANTECEDENTES:

El señor Andrés Mauricio Osorio Vinasco convocó a la sociedad Iatai Andina S.A.S., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 23 de enero y el 16 de junio de 2017, para desempeñar el cargo de Senior UI/UX Designer, el que se terminó por renuncia del trabajador y que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de la liquidación final por concepto de prestaciones sociales, vacaciones y días de descanso por la suma de \$7.400.652, junto con la indexación al momento de su pago, la indemnización equivalente a un día



de salario por cada día de retardo consagrada en el artículo 65 DEL C.S.T. y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se funda en que el actor prestó sus servicios a favor de la demandada mediante contrato a término indefinido por el periodo comprendido entre el 23 de enero y el 16 de junio de 2017, desempeñando el cargo de Senior UI/UX Designer, pactando un salario por la suma de \$5.200.000; que el actor presentó renuncia el 14 de junio de 2017, con efectividad partir del 16 del mismo mes y año, siendo aceptada por el empleador; que el 16 de junio de 2017 se le hizo entrega al trabajador del documento contentivo de la liquidación final de prestaciones sociales por la suma de \$7.400.652, no obstante, en dicha liquidación se tomó de forma errada como salario la suma de \$4.298.647, sin embargo, no se le efectuó el pago de dicha liquidación a la terminación del contrato, ni hasta el momento en que se radicó la demanda; que el actor peticiónó de forma verbal el pago de la liquidación de salarios y prestaciones sociales.

Así mismo, afirmó que la encartada omitió el pago de cotizaciones a seguridad social, pese a que el ex trabajador tenía afiliada a su hija menor de edad como beneficiaria de dicho servicios, tal y como consta del correo remitido por su parte el 9 de mayo de 2017, obteniendo respuesta el mismo día y por el mismo medio, que la empresa adelantaría las gestiones necesarias para solucionar el problema; que los pagos en salud de los meses de marzo, abril y mayo se pagaron de forma tardía; que la falta de pago de salarios y prestaciones sociales hace incurrir en mora al empleador de conformidad con lo expuesto en el artículo 65 del C.S.T., advirtiéndose la mala fe.

Frente a estas súplicas, el aquo, encontró que no fue objeto de controversia la prestación personal del servicio, así como la existencia del contrato de trabajo peticiónado, al igual que el pago de la liquidación final de prestaciones sociales del trabajador durante el transcurso del proceso ordinario, por lo que solo procedió con el estudio de la indemnización moratoria, encontrando que si bien el empleador aduce causales



económicas para el pago de los derechos laborales a la finalización del contrato, también lo es, que los medios de prueba aportados, tan solo demuestran dicha situación a partir del mes de diciembre de 2017, momento para el cual ya había finalizado la relación laboral, por lo que impuso la respectiva condena y ordenó su indexación al momento en que se efectúe el pago.

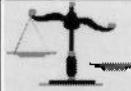
Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, a fin de que se revoque la decisión de primer grado.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

De conformidad con la jurisprudencia reiterada tanto de la H. Corte Constitucional, como de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se procederá a resolver la inconformidad presentada frente a la condena de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., partiendo del hecho de que no hubo discusión alguna, respecto a la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales del mismo, ni el salario devengado por el ex trabajador, por lo que el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia se circunscribe en determinar, si es o no procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo por la falta de pago de los salarios y prestaciones sociales adeudados.

Sobre esta sanción legal por falta de pago de prestaciones sociales y salarios a la finalización del contrato de trabajo, la jurisprudencia ha señalado que la aplicación del artículo 65 del CST, no puede darse de manera automática e inexorable por parte de los falladores, toda vez que siempre habrá de observarse y calificarse, en el caso concreto, el

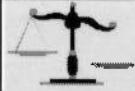


comportamiento del empleador, es decir, si éste actuó de buena o mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones laborales –menos indemnizaciones- debidas al trabajador. En otras palabras, habrá que determinarse si en el proceso se encuentran acreditadas atendibles y serias razones que indiquen que el patrono no tuvo la intención de defraudar al trabajador, pues, en este caso, no procede la aplicación de la indemnización moratoria.

Respecto de lo anterior, la Sala hace remembranza a lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia del 18 de septiembre de 1995, radicación 7393, reiterado entre otras, en forma más reciente en sentencia del 24 de enero de 2012, dentro del radicado 37.288, en donde acerca de la buena fe del empleador que se encuentra en estado de iliquidez expresó:

“Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe



presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)".

Así mismo, tal situación no puede ser entendida de forma separada, por cuanto la misma Corporación ha expresado que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria ante la falta de liquidez de la empresa, y también ha dicho, que debe contar con unos requisitos particulares para que tal situación se pueda dar, tal como se dispuso en la sentencia con radicado SL 2833 de 2017 M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz en donde expresó:

"En lo que atañe a la moratoria del artículo 65 del CST, causada por los salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato, esto es el 6 de septiembre de 2010, corresponde decir que, dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada a partir del 7 de septiembre siguiente, conocido plenamente dentro del plenario, aplica el precedente de esta Corte contenido en la sentencia CSJ del 10 de oct. de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto, a saber: Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.



Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática.”.

Atendiendo lo anterior, encontramos tal como lo concluyó el Juzgador de primer grado, que no se advierten motivos o fundamentos de buena fe demostrados ante la falta de pago de la liquidación final en favor del señor Osorio Vinasco, ya que si bien, dentro del mismo plenario se encuentra que le fue realizado nuevo cálculo de la liquidación final de prestaciones sociales por parte de la encartada visible a folio 77 del plenario, en la que le tienen en cuenta el salario por la suma de \$5.200.000, también lo es, que el contrato de trabajo finalizó el 16 de junio de 2017, no obstante, la transferencia se efectuó el 26 de septiembre de la misma anualidad, esto es, 3 meses después de terminar el vínculo que unió a las partes, conforme con la nota de transferencia que se encuentra a folio 78 del expediente.

Ahora bien, adujo la pasiva en su defensa que la sociedad atravesaba por circunstancias de iliquidez y que en el momento en que se obtuvo el capital para proceder con el pago se realizó dicha actuación, así como, que la indemnización moratoria se originaba frente a la falta de pago, situación que ya se subsanó por la pasiva, al igual, que se advierte la buena fe con la que ha actuado la empresa, con la comparecencia al proceso, entiéndase ello, con la notificación y contestación de la demanda, fundamentos por los cuales se debe absolver de dicho pedimento.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que dentro del plenario no reposa medio de prueba alguno que acredite la situación de insolvencia o afectación económica en la que se encontraba inmersa la sociedad hoy demandada al momento de la terminación del contrato de trabajo, ya que si bien se aportaron pantallazos del estado de cuentas de la persona jurídica



de los bancos Bancolombia, Davivienda, Banco de Bogotá e Itaú¹, en las que se muestra poco saldo en algunos de ellos e incluso saldos en rojo y en un caso excepcional el embargo de las cuentas en el Banco Davivienda, también lo es, que dichas situaciones son posteriores al finiquito del contrato, pues dichas consultas fueron efectuadas los días 29 de noviembre y 14 de diciembre de 2017, por lo que no es posible atender la falta de liquidez que se aduce en el escrito de contestación, para absolver de la indemnización moratoria.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con que ya se canceló la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales por parte de la empresa, debe indicarse que tal actuación no es potestativa del empleador, sino que por el contrario es una obligación de naturaleza legal, que tan solo incide, como en este caso, en la limitación en la condena de la indemnización moratoria, más no, en su absolución, más aún, cuando se reitera, no fue demostrado postulado alguno de buena fe, que acredite la falta de pago bajo una justificación razonada; más aún, cuando el concurrir al proceso no es facultativo de los extremos procesales, pues la falta de comparecencia genera unas consecuencias establecidas en la Ley, tales como el indicio grave y la declaratoria de confeso en que pueden recaer, motivos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado, frente a dicho precepto.

Igual suerte, corre lo atinente con la indexación de la indemnización moratoria, ya que en este caso no se estaría frente a una doble condena por un mismo hecho generador, sino que por el contrario, tal figura se erige como la actualización del valor adquisitivo de la moneda, puesto que la indemnización moratoria fue limitada en cuanto su pago hasta el día 25 de septiembre de 2017, por lo que el monto fijado en su momento por el aquo se encuentra afectado y debe ser debidamente actualizado al momento de su pago, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión de primer

¹ Cfr. Fl. 87/91.

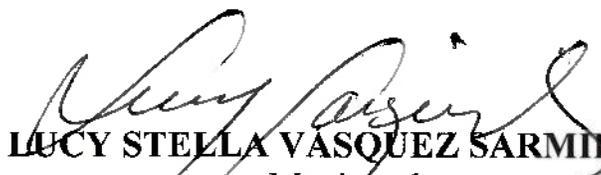


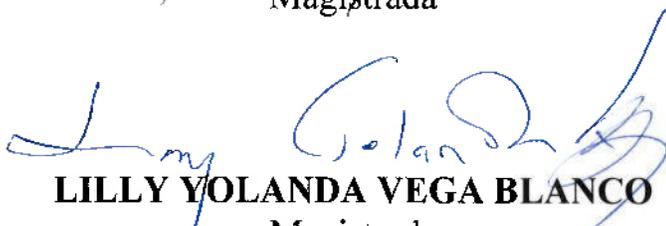
grado en su integridad, sin que se haga necesario efectuar un nuevo cálculo frente a las prestaciones sociales, ni el monto fijado por el concepto de indemnización moratoria, ya que los mismos no fueron objeto de controversia por la partes interesadas.

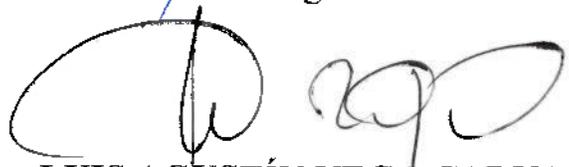
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las Costas de primer grado estarán a cargo de la demandada y sin ellas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primera instancia quedarán a cargo de la demandada y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-016-2017-00295-01. Proceso Ordinario de José Enrique Acosta Gutiérrez contra Construcciones López Barón S.A.S. en Liquidación (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de enero de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por el período comprendido entre el 7 de septiembre de 2015 y el 4 de noviembre de 2015 y que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de las prestaciones sociales, la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo a partir del 15 de febrero de 2016, la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de



prestaciones sociales, causado a partir del 5 de noviembre de 2015 y las costas del proceso.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que entre las partes se celebró contrato de trabajo verbal en la ciudad de Bogotá el 7 de septiembre de 2015, para desempeñar el cargo de obrero de construcción, el que se desarrolló bajo la continuada subordinación o dependencia del empleador; que desempeñó sus funciones en un horario de lunes a viernes de 7:00 A.M. a 5:00 P.M. y sábados de 7:00 A.M. a 12:00 meridiano; que el salario pactado era por la suma de \$35.000 diarios, equivalente a \$490.000 catorcenal; que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo de forma verbal y sin justa causa el 4 de noviembre de 2016, no obstante, faltaba bastante trabajo por realizar en la obra; que la demandada no le ha cancelado al actor lo concerniente con las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicios por el período comprendido entre el 7 de septiembre de 2015 y el 4 de noviembre de 2016, conceptos que ascienden a la suma de \$3.522.281.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, al considerar que la parte actora incumplió con su carga probatoria contenida en el artículo 167 del C.G.P., ya que de los medios de prueba no se puede extraer si quiera la prestación personal del servicio por el período reclamado, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., por lo que al no evidenciarse la pretensión principal referente al contrato de trabajo, no hay lugar a imponer condena alguna en contra de las encartadas. Aunado a lo anterior, por cuanto no se acreditó lo concerniente con los extremos temporales, el salario devengado y que la terminación del contrato de trabajo se haya originado de forma unilateral y sin justa causa por la encartada.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la parte actora, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

De acuerdo con las peticiones elevadas por el actor, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar la existencia de la relación laboral reclamada y de encontrarse probada, establecer si es o no procedente la concesión de las prestaciones sociales, vacaciones y demás indemnizaciones y sanciones peticionadas.

En ese orden, en cuanto las pretensiones de la demanda recaen sobre la declaratoria de existencia de contrato de trabajo, corresponde a la Sala tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.



Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.¹ basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

Por lo tanto, a efectos de acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 166 del CGP, le correspondía al demandante a lo sumo acreditar la prestación personal del servicio en el periodo frente al que reclama la existencia del vínculo laboral, para que en aplicación a la presunción a la que se ha hecho alusión se entienda acreditada la relación de trabajo que reclama.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, debe advertirse que tal como lo señaló el fallador de primer grado, el escrito de demanda no es claro en cuanto al período respecto del que se aduce existió la relación laboral, ya que en las pretensiones se refiere que el mismo tuvo una vigencia entre el 7 de septiembre y el 4 de noviembre de 2015, no obstante, en las situaciones fácticas planteadas se enuncia que la prestación personal del servicio se originó el 7 de septiembre de 2015 y feneció el 4 de noviembre de 2016, extremos respecto de los cuales debe indicarse desde ya, no fueron acreditados en el trámite procesal.

Lo anterior, por cuanto la parte actora tan solo allegó certificación emitida por la EPS FAMISANAR visible a folio 4 y 5 del plenario, respecto de la cual se puede extraer las cotizaciones efectuadas por parte de la sociedad Construcciones López Barón S.A.S. por el período comprendido entre el 7 de

¹ Subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990.



septiembre de 2015 y el 4 de noviembre de la misma anualidad, extremos temporales diferentes a los indicados por la parte actora.

A su vez, el aquo decretó de oficio los medios probatorios documentales aportados por la encartada, pese a haberse tenido por no contestada la demanda, los que demuestran que entre las partes se celebró contrato de trabajo por duración de una obra o labor determinada² el 4 de agosto de 2015, en el que se pactó como salario la suma de \$723.000, para desempeñar el cargo de ayudante de obra, aportándose las respectivas constancias de afiliación a Colpensiones, ARL Sura y EPS Famisanar, así como, las planillas de pago en seguridad social, visibles a folios 27 a 31 del plenario.

De igual forma, la encartada aportó copia de los desprendibles de nómina a partir del mes de agosto de 2015 y hasta el 31 de octubre de la misma calenda, con el respectivo abono a cuenta en favor del trabajador³ y finalmente, liquidación final de prestaciones sociales efectuada en favor del hoy demandante por el período comprendido entre el 4 de agosto y el 31 de octubre de 2015, en la que se tuvo en cuenta el salario pactado en el contrato de trabajo, e imponiéndose como causal la de renuncia voluntaria, con el respectivo soporte de la transacción, tal y como se demuestra a folios 50 y 51 del expediente.

De acuerdo con lo anterior, se advierte por esta Sala de Decisión que no se acreditó por la parte actora la prestación personal del servicio a partir del 1° de noviembre de 2015 y hasta el 4 de noviembre de 2016, afirmación que no logran salir del terreno de los supuestos, pues de los medios probatorios allegados al plenario, tan solo se logra extraer el vínculo laboral que sostuvieron las partes entre el 4 de agosto y el 31 de octubre de 2015, respecto del cual se debe indicar, se encuentra debidamente liquidado y cancelado por la pasiva, conforme con

² Cfr. Fl. 25/26.

³ Cfr. Fl. 32 a 49.



los documentos a los que se hizo mención con anterioridad, por lo que la parte actora incumplió con la carga probatoria contenida en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral de conformidad con el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que le imponía el deber de demostrar los supuestos fácticos en los que funda su acción laboral, ya que no demostró la prestación personal del servicio más allá del 31 de octubre de 2015, ni el salario reclamado, sin que se haga necesario analizar las demás pretensiones elevadas por la parte actora referentes al pago de los derechos laborales y sanciones, como quiera que la pretensión principal y que origina el derecho a su reconocimiento se encuentra llamada al fracaso, por lo que en las condiciones analizadas, considera la Sala no resta más que confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Finalmente, debe indicarse que si bien el actor en sus fundamentos fácticos adujo que el vínculo finalizó de forma unilateral y sin justa causa por la demandada, es necesario aclarar que dicho presupuesto tampoco fue demostrado por el demandante, ni en lo referente a la fecha aducida en la demanda (4 de noviembre de 2016), ni respecto de la relación laboral que en efecto existió entre las partes (entre el 4 de agosto y el 31 de octubre de 2015), ya que conforme se extrae de la liquidación allegada al plenario, de la misma se evidencia que la causal para la terminación en dicho momento obedeció a una "**RENUNCIA VOLUNTARIA**", sin que exista medio de prueba alguno que demuestre una situación diferente a la allí contenida, por lo que tampoco es procedente la concesión de dicha indemnización.

Hasta acá el análisis del Tribunal. Costas de primer grado a cargo de la parte actora y sin ellas en la alzada.



DECISIÓN:

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de enero de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. Costas de primer grado a cargo del demandante y sin ellas en el recurso de alzada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-038-2016-00691-01. Proceso Ordinario de Vladimir Castillo Buritica contra Minería Texas Colombia S.A. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de enero de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se deje sin valor y efecto la terminación del contrato sin justa causa realizado por la demandada el 23 de noviembre de 2015 por violación de la Ley 361 de 1997, y que como consecuencia de tal determinación se le ordene su reintegro inmediato al puesto que se encontraba desempeñando al momento del despido teniendo en cuenta sus limitaciones físicas y demás recomendaciones médicas, junto con el pago de los aportes a seguridad social, así como los salarios, primas, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y demás rubros relacionados con su vinculación laboral, desde



Como sustento de sus súplicas afirmó en esencia que se vinculó laboralmente con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 4 de octubre de 2012 con un salario inicial de \$1'383.00,00; que inicialmente se desempeñó como Control y posteriormente como Conductor Escolta.

Indicó que el 11 de octubre de 2012, cuando se encontraba en desarrollo de las funciones a su cargo se presentó un desprendimiento de piedras y tierra que le ocasionó trauma en la rodilla de la pierna izquierda con desgarró complejo de ambos meniscos condramalacia patelofemoral y cambios artrósicos postraumáticos y lesión en el tobillo de la misma pierna.

Que a raíz de la gravedad de las lesiones fue intervenido quirúrgicamente en dos oportunidades y estuvo incapacitado por 8 meses y 15 días, reintegrándose a su puesto de trabajo hasta el 27 de julio de 2013, y que el 25 de octubre de la misma anualidad sufrió un nuevo accidente en su pierna con ocasión al cual estuvo incapacitado por 2 meses y medio.

Afirmó que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá mediante dictamen del 28 de febrero de 2014, determinó que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 13,05%, y que a pesar de ello la demandada, sin contar con la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo, terminó su contrato de trabajo sin justa causa.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la acción oportunamente en donde aceptó la existencia de la relación laboral con el demandante, adujo en su defensa que el vínculo laboral finalizó en uso de la facultad conferida por el artículo 64 del C.S.T. y que no se encontraba obligada a solicitar autorización previa del Ministerio del Trabajo. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, pago completo y oportuno de salarios y prestaciones



sociales y demás acreencias laborales, mala fe del demandante, falta de título y causa en el demandante, prescripción, pago y compensación.

El *aquo*, profirió sentencia en la que negó todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que no se acreditan los presupuestos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 35.606 de 2009 para declarar la ineficacia de la finalización del vínculo laboral del accionante, pues de acuerdo con la pérdida de capacidad laboral del accionante su limitación no se encuentra en dicho rango de protección y en todo caso se logró establecer un nexo de causalidad entre su condición de salud y la terminación del contrato.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente de un lado que si bien no se acredita el porcentaje de pérdida de capacidad laboral a que se hace alusión en la sentencia, también lo es que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han hecho alusión a un principio de primacía de la protección de los derechos del trabajador más allá del cumplimiento meramente legal de un porcentaje y que tal sentido se debe tener en cuenta que se acredita que el demandante presenta una disminución en su capacidad laboral que lo afecta tanto a nivel personal como laboral.

Aduce que la figura que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pone al inspector o al personal adscrito al Ministerio del Trabajo, como veedor para calificar los argumentos de la terminación del vínculo, pues si tal decisión proviniera únicamente del empleador, la figura quedaría obsoleta



pues nunca va a manifestar que su decisión se relaciona con la discapacidad del trabajador.

Y agrega que a su juicio no resulta de recibo que el único argumento para determinar que no existió un nexo causal sea el hecho de que el contrato se dio por terminado en una facultad legal, como lo es la terminación unilateral.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir, si opera o no a favor del demandante la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y como consecuencia de ello resulta procedente ordenar su reintegro, con el consecuente pago de los salarios y demás acreencias laborales dejadas de percibir.

Con tal propósito comienza la Sala por señalar que no fue objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado, la naturaleza laboral del vínculo que las unió desde el 4 de octubre de 2012 hasta el 23 de noviembre de 2015, data ésta última en que la demandada tomó la determinación de finalizarlo de forma unilateral e injustificada; así como tampoco lo fue el hecho de que el demandante sufrió dos accidentes de trabajo, el primero tuvo ocurrencia el 11 de octubre de 2012 y el segundo el 25 de noviembre de 2013, ni que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, determinó que con ocasión a los mismos el demandante presenta una pérdida de capacidad laboral del



13,08%. Aspectos que por demás se determinan del contrato de trabajo¹, la carta de terminación², los informes de accidente de trabajo³ y el dictamen proferido por la referida junta de calificación⁴.

Señalado lo anterior, y frente al tema que concita la atención de la Sala, se debe recordar que, acorde con la Ley 361 de 1997 en materia de integración para personas con limitación física, se contempló en el artículo 26 de dicho conjunto normativo el beneficio de la estabilidad laboral reforzada, para evitar que sus contratos de trabajo fueran terminados por razones de su limitación, a no ser que la autoridad administrativa competente para ello - Ministerio del Trabajo- autorice el feneamiento del vínculo. En aquella disposición fue prevista como sanción al empleador cuando no hiciera uso de la autorización de la oficina del trabajo, una indemnización equivalente a 180 días de salario sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Sin embargo, en virtud del estudio de constitucionalidad previsto por la sentencia C-531 de 2000, se declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo de la norma que contemplaba únicamente la indemnización por ese monto, para entrar a interpretarse que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

En este punto corresponde tener en cuenta que de acuerdo con la hermenéutica dada a dicho precepto por la Corte Constitucional en sentencia C-824 de 2011, los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 no son únicamente las personas con limitaciones severas y profundas, sino todas las personas con limitación sin distinción alguna. Al respecto indicó la alta Corporación:

¹ Cfr fl 28 a 32

² Cfr fl 213

³ Cfr fls 189 y 194 a 196.

⁴ Cfr fls 15 a 25.



“Los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 no se limitan a las personas con limitaciones severas y profundas, sino a las personas con limitaciones en general, sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación, esto es, sin especificar ni la clase, ni la gravedad de las limitaciones.

Así, en todo el cuerpo normativo de la Ley 361 de 1997, la Sala constata que los artículos relativos a la protección de la salud, educación y en materia laboral, así como en aspectos relativos a la accesibilidad, al transporte, y a las comunicaciones, hacen siempre referencia de manera general a las personas con limitación, a estas personas o a ésta población, sin entrar a realizar tratos diferenciales entre ellas, que tengan origen en el grado de limitación o nivel de discapacidad.

En este sentido, evidencia la Sala que el propio Legislador se expresa siempre en relación con las personas con limitaciones, y no restringe los derechos, beneficios o las garantías establecidas en los artículos que consagra la Ley 361 de 1997, a aquellas personas que tengan limitaciones profundas y severas. Por tanto, colige la Corte que la voluntad del Legislador con la expedición de la Ley 361 de 1997, fue la de garantizar y asegurar los derechos, la asistencia y protección necesaria de todas las personas con algún tipo de limitación, sin entrar a hacer diferenciaciones en relación con el grado de limitación o de discapacidad. (...)”

Pese a lo anterior, corresponde precisar, que dicha protección se encuentra dirigida a las personas que presentan una afectación en su salud que les impide o dificulta el desempeño de sus labores, como lo haría otra persona en condiciones regulares, de esta forma lo precisó esa misma Corporación en la sentencia SU 049 de 2017, al indicar “...la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares...” de manera que no cualquier clase de dolencia permite dar aplicación a la protección de estabilidad laboral reforzada en mención.



En este mismo sentido considera la Sala oportuno indicar que si de acuerdo con el inciso 2° del artículo 9° del Decreto 917 de 1999, la calificación de pérdida de capacidad laboral se efectúa tan solo cuando se conozca el diagnóstico definitivo y se hayan realizado los procesos de rehabilitación integral o aun sin terminar los mismos, exista un concepto médico desfavorable de recuperación o mejoría; exigir que se haya calificado al trabajador para el momento en que se produce la terminación del contrato o el despido, torna nugatoria la protección que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, luego del examen de constitucionalidad efectuado en la sentencia C-531 de 2000.

En el presente asunto advierte la Sala que de acuerdo con el dictamen proferida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, el demandante presenta “*desgarro de meniscos*” y “*gonartrosis*”, con ocasión al cual se le practicaron dos cirugías, y que le produjo una pérdida de capacidad laboral del 13,08%

Ahora bien, aun cuando de la historia clínica expedida aportada, es posible establecer que el accionante estuvo en constante control y tratamiento médico, hasta el mes de noviembre de 2013; el 9 de diciembre de la misma anualidad se notificó el cierre del caso por parte de la ARL Seguros Equidad, y la última novedad sobre la referida patología la tuvo el 1° de febrero de 2014, esto es, aproximadamente 19 meses antes de la finalización del vínculo, y consistió en el último día de una incapacidad.

En las condiciones analizadas, a juicio de la Sala no existe medio de convicción del cual se pueda establecer que a la fecha de terminación del vínculo el demandante presentara alguna dolencia que torne procedente la aplicación de la protección de estabilidad reforzada; y si bien no desconoce la Sala que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá



determinó en dictamen proferido el 28 de febrero de 2014, que el demandante presentaba una pérdida de capacidad laboral del 13,05%; de acuerdo con el material probatorio aportado no es posible determinar que a la fecha de finalización del vínculo presentara una afección que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores.

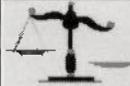
En tal sentido, de acuerdo con el análisis expuesto a juicio de la Sala la afección de salud que presenta el demandante, no tiene la severidad suficiente para hacer efectiva la protección que se implementó con ocasión a la expedición de la Ley 361 de 1997 y la sentencia C-531 de 2000, pues como se advirtió, aun cuando no es necesario que la misma sea clasificada dentro de las afecciones severas y profundas a que alude el Decreto 2463 de 2001, no cualquier clase de dolencia da lugar a la referida protección, sino solo aquellas que en realidad tienen una repercusión en el desempeño de la vida laboral del trabajador y en el asunto, conforme se indicó desde el mes de noviembre de 2013 no se advierte alguna clase de valoración o tratamiento médico.

Los argumentos expuestos, considera la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, pero por las razones indicadas.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

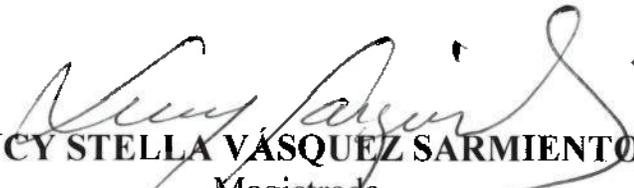
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la



sentencia de proferida el 16 de enero de 2019 dentro del asunto de la referencia, pero por las razones expuestas en la parte motiva. **COSTAS**. Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-002-2017-00314-01. Proceso ordinario de Marixa Bello Arias contra Redes Humanas S.A. (Consulta Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 5 de diciembre de 2018 en la que, para lo que interesa al estudio, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada entre el 1º de agosto de 2016 y el 31 de julio de 2017, se condene a esta última al reconocimiento y pago de salarios, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, primas y vacaciones, así como en forma solidaria a la sociedad Natures Stores SAS.



Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que fu contratada por la sociedad Redes Humanas S.A. para desempeñar el cargo de Asesor de Punto de Venta en misión y a favor de la sociedad Natures Stores SAS., mediante contrato de obra o labor determinada a partir del 1º de agosto de 2016, con un salario de \$787.787,00, más incentivos por venta Funat, incentivo por venta Store, horas extras diurnas y recargos festivos diurnos.

Afirmó que desempeñó funciones de Administradora del punto de venta, cajera de punto de venta, manejo de inventarios, recepción de pedidos y vendedora de punto de venta, en la ciudad de Bogotá hasta la fecha en que fue trasladada a la ciudad de Villavicencio el 15 de noviembre de 2016.

Indicó que en la ciudad de Villavicencio prestó servicios a la empresa Sol Verde desde el 22 de noviembre de 2015, desnaturalizando el contrato inicial en cuanto el servicio debía ser prestado a la sociedad Natures Stores SAS.

Finalmente indicó que el 17 de enero de 2017 la señora Roselía Meneses, Analista de nómina de la empresa Redes humanas le notificó mediante correo electrónico la cancelación del contrato; y que durante la vigencia del contrato de trabajo no se le cancelaron cesantías, intereses a las cesantías ni vacaciones.

Una vez notificada, la demandada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones incoadas en su contra, adujo en su defensa que contrató a la demandante como trabajadora en misión y la envió a las dependencias de la empresa usuaria Natures Stores SAS de acuerdo con lo que establece el artículo 74 de la Ley 50 de 1990 y que canceló las obligaciones laborales a su cargo. Propuso en su defensa las excepciones carencia de derecho, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de fundamento jurídico de las pretensiones y buena fe.



La *aquo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar en esencia que si bien existió un contrato de trabajo entre la demandante y la sociedad demandada, esta última efectuó el pago de todas y cada una de las acreencias laborales a su cargo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En cuanto la decisión de primer grado fue adversa a los intereses de la trabajadora y no fue impugnada, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.S.T. se dispuso remitir el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a establecer si entre las partes existió una relación de carácter laboral desde el 1º de agosto de 2016 hasta el 31 de julio de 2017, y si en virtud de la misma, la pasiva se encuentra obligada al pago de las acreencias laborales deprecadas.

Con tal propósito comienza la Sala por señalar que aun cuando la demandada acepta la existencia del vínculo laboral de la demandante como trabajadora en misión, aduce que el mismo se extendió por el periodo comprendido entre el 1º de agosto y el 31 de diciembre de 2016.

Así las cosas, dado que no se discute la naturaleza laboral del vínculo que unió a las partes así como tampoco la fecha en que este inició, corresponde a la Sala determinar el extremo final del vínculo; carga probatoria que



conforme con lo establecido en el artículo 177 del C.G.P. se encuentra a cargo de la parte demandante.

En lo que interesa al asunto, advierte la Sala que a folio 149 del expediente obra misiva dirigida a la demandante con fecha 31 de diciembre de 2016 en la que se le comunica la terminación del vínculo en la misma fecha con ocasión a la finalización de la labor por parte de la empresa usuaria Natures Stores SAS y a folio 150 obra la liquidación del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de agosto y el 30 de diciembre de 2016.

Así mismo, corresponde indicar que la demandante al absolver interrogatorio que de oficio practicó la servidora judicial de primer grado, aceptó que prestó servicios personales desde el 1º de agosto de 2016 inicialmente en la ciudad de Bogotá, que a partir del 22 de noviembre del mismo año prestó servicios en la ciudad de Villavicencio y que su contrato se le dio por terminado el 2 de enero de 2017.

Así mismo, a pesar de que se recepcionó la declaración de la señora Magdalena Gómez Cortés, su dicho nada aporta en relación con la fecha de terminación del contrato que unió a las partes, pues se limitó a indicar que tuvo conocimiento de la prestación de servicio por parte de la demandante en el establecimiento de comercio del que afirma fue cliente en la ciudad de Villavicencio.

En ese orden, del análisis del material probatorio decretado y practicado dentro del proceso, advierte la Sala, no es posible determinar que el vínculo laboral que existió entre las partes se hubiere extendido hasta el 31 de julio de 2017 como se afirma en la demanda, lo que de contera impide acceder al reconocimiento y pago de las acreencias laborales que se solicitan con posterioridad al 30 de diciembre de 2016.

Ahora; si bien entre las pretensiones de la acción también se reclama el pago de acreencias laborales causadas en el año 2016, lo cierto es, que al absolver



interrogatorio de parte, la demandante aceptó que la enjuiciada le transfirió una suma de aproximadamente \$300.000,00; suma que corresponde al valor la liquidación del contrato de trabajo luego de una deducción de \$269.108,00 por concepto de Fodefans, el cual no fue cuestionado.

En las condiciones analizadas no resta a la Sala más que confirmar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado, pero por las razones expuesta en la parte motiva de la presente decisión. Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia, dado que el conocimiento de la sentencia de primera instancia se efectuó en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Sin costas de primer grado y sin lugar a ellas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref: Radicación N°110-01-31-05-035-2016-00497-01. Proceso Ordinario de José Esteban Valencia contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente a la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de junio de 2018; así como el grado jurisdiccional de consulta en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

El accionante solicitó la devolución del aporte de conformidad con lo señalado en la Ley 100 de 1993, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitir el bono pensional en favor de la AFP Colfondos y dicha administradora

privada, proceda con la devolución de aportes a que tiene derecho el demandante, junto con la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.

Tuvo como fundamento de sus peticiones, que el actor laboró al servicio de varias empresas privadas y cotizó al ISS hoy Colpensiones, así como a la AFP Colfondos; que el demandante laboró al servicio del Magisterio de Educación y le fue reconocida pensión de jubilación mediante resolución No. 6739 del 14 de octubre de 2014; que fue elevada solicitud para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva tanto a la AFP como a Colpensiones, la que fue negada por la última entidad por cuanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no emite bono pensional, ya que cuenta con prestación del magisterio; que mediante petición del 20 de mayo de 2015 solicitó ante el Ministerio se expida certificación del valor del bono pensional por los aportes efectuados al ISS, obteniendo respuesta mediante oficio del 16 de junio de 2015, que no era procedente la prestación.

El *aquo* condenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir el Bono tipo A del actor y remitirlo a la AFP Colfondos y a esta última entidad; a que una vez cuente con el mismo, proceda con el estudio de la pensión de vejez y en caso de no acreditarse el capital suficiente, proceda con la devolución de saldos que consagra el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; absolviendo a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto consideró que los aportes efectuados por el demandante al servicio de empleadores privados y aportados al ISS, no eran parte del erario público, sino aportes parafiscales, que al no pertenecerle a la nación, deben ser objeto de devolución.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la encartada Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la condena impuesta y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. El fundamento de su inconformidad se sustenta en que la sentencia que sirvió de fundamento para la decisión no establece que los aportes en Colpensiones son recursos parafiscales, ya que al ser un fondo común, también se financian con recursos del erario público, mediante títulos de deuda pública y que no se sustentan tan solo en los aportes del afiliado. Así mismo, solicitó se revoque la condena en costas impuesta, ya que el Ministerio ha actuado con apego a la Constitución y a la Ley.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no es objeto de controversia que el señor José Esteban Valencia se encuentra pensionado mediante resolución No. 6739 del 14 de octubre de 2014, así como, que efectuó cotizaciones en el ISS hoy Colpensiones y que actualmente se encuentra afiliado a Colfondos Pensiones y Cesantías; el problema jurídico a resolver en esta segunda

instancia está relacionado con determinar si hay lugar a la expedición del Bono Tipo A que reclama el demandante, para la configuración del derecho pensional; o, a la devolución de fondos por encontrarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pese a que se encuentra pensionado por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que los bonos pensionales se encuentran regulados a partir del artículo 115 de la Ley 100 de 1993, que establece:

“ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;*
- b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;*
- c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;*
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.*

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.”.

Así mismo, el artículo 121 ibídem dispone:

“ARTÍCULO 121. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACIÓN. La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha.”.

Atendiendo la norma precedente, se evidencia que en efecto es posible la expedición del bono pensional en favor de las personas que hubieren cotizado al Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones, siempre y cuando hubiesen efectuado aportes en no menos de 150 semanas al momento del traslado, situación en la que en principio se encontraría el actor, ya que se advierte de la historia laboral visible a folio 15 del plenario, que el señor Valencia cotizó al entonces ISS entre el 1º de marzo de 1990 y el 30 de septiembre de 1999, un total de 185.14 semanas.

Ahora bien; aduce la encartada Ministerio de Hacienda y Crédito Público que es imposible la expedición del Bono Pensional, por cuanto el actor cuenta con pensión reconocida por parte del Fondo de Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, pensión de naturaleza pública que se financia del erario público, así como, se financia del erario público el bono pensional, por lo que no es posible devengar doble asignación con tal naturaleza.

Bajo el anterior supuesto, se hace necesario traer a estudio lo normado en el artículo 279 de la referida Ley 100, en la que se normó:

"ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. <Ver Notas del Editor> El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

<Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

...

PARÁGRAFO 2o. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARÁGRAFO 3o. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARÁGRAFO 4o. <Adicionado por el artículo 1o. de la Ley 238 de 1995, el nuevo texto es el siguiente:> Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

Así mismo, debe señalarse que el artículo 81 de la Ley 812 de 2013, mediante el cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo, estableció que quienes venían afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrían derecho a las normatividades anteriores a la norma en mención y para quienes se afilien con posterioridad, se deberían acoger en cuanto al derecho pensional a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, excepto en lo atinente con la edad, pues se establecía la edad de 57 años de edad para hombres y mujeres.

En ese orden de ideas, se advierte que en efecto el actor se encuentra en las causales de excepción a las que se ha hecho mención, ya que se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y venía afiliado antes de la expedición de la Ley 812 de 2013, a tal punto, que mediante resolución No. 6739 del 14 de octubre de 2014, se le concedió pensión; por lo que bajo tal perspectiva, la pensión vitalicia de jubilación reconocida al señor José Esteban Valencia es compatible con las prestaciones que eventualmente pueda reconocerse en virtud del Sistema General de Pensiones contenidas en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, tal como lo señaló el Juzgador de primer grado, es procedente la expedición del Bono Pensional por parte de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto de los aportes efectuados por el actor en el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, ya que no

es posible acoger el dicho de la demandada, en el sentido que tanto la prestación ya reconocida, como el bono pensional que debería emitir pertenecen al erario público, ya que tal como lo ha señalado en reiteradas oportunidades tanto la H. Corte Constitucional, como la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, tales aportes no hacen parte o provienen del erario público, sino que son recursos parafiscales cuyo origen se establece en el aporte que efectúa tanto el trabajador, como el empleador durante la vigencia de los diferentes contratos de trabajo, más aún, cuando se observa que tales cotizaciones se realizaron ante el ISS por medio de empleadores privados.

Frente al tema concreto, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se pronunció mediante sentencia con radicado 41001 del 17 de julio de 2013, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, en la que la Alta Corporación indicó:

En esencia, en el cargo se reprocha al Tribunal por haber dispuesto la inclusión del valor del bono pensional dentro de la devolución de saldos, por virtud de que: i) de acuerdo con las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, los bonos pensionales solo son compatibles con la financiación de una pensión de vejez y no con una devolución de saldos; ii) y porque, en todo caso, en vigencia de la Ley 100 de 1993, no resulta posible mezclar las prestaciones de sus dos regímenes, con factores propios de un régimen exceptuado como el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En torno a la primera cuestión planteada, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que "(...) quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho." (negritas fuera de texto).

Por su parte, los artículos 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 regulan la naturaleza, clases y formas de emisión de los bonos pensionales. Así también lo hace el artículo 1 del Decreto 1299 de 1994, norma que en el artículo 11 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.” (negritas fuera de texto).

De acuerdo con las disposiciones transcritas, el raciocinio del censor es abiertamente infundado, puesto que 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 que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por lo mismo, las dos erogaciones - bono pensional y devolución de saldos - no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo.

Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse.

Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión “si a éste hubiere lugar”, no hace cosa diferente a preveer que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.

Sería irracional y contrario a la justicia pensar en que, como lo propone la censura, si el afiliado no alcanza las condiciones para pensionarse, que entre otras es una realidad derivada de las arduas exigencias legales necesarias para ello y del azaroso mercado de trabajo, debe perder también el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que ha sido el fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema.

Por lo mismo, la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional.

Así las cosas, el Tribunal no entendió de manera errónea las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, cuando ordenó que dentro la devolución de saldos, debía incluirse el valor del bono pensional.

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 prohiendo 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.”.

Atendiendo el concepto jurisprudencial anterior, se evidencia que en efecto es procedente tanto el reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como el eventual reconocimiento de la pensión de vejez o devolución de saldos por parte de la Administradoras de Pensiones del sector privado; lo que no genera incompatibilidad entre dichas prestaciones, pues por el contrario, son compatibles; al tener su origen, una, en el tiempo de prestación de servicios, y la otra, producto de las cotizaciones por empleadores privados; situación que se reitera ocurre en el caso bajo estudio, pues la pensión se concedió con ocasión de la labor desempeñada por el actor al servicio del Departamento de Boyacá y de la Secretaría de Educación de Bogotá,

mientras que los aportes en el ISS fueron de empleadores privados tales como la Corporación Universitaria Antonio Nariño o la Caja de Compensación Familiar, por lo que la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá emitir el bono pensional correspondiente, para la financiación ya sea del derecho pensional o de la devolución de saldos en favor del señor José Esteban Valencia, por lo que se ha de confirmar la decisión apelada en dicho sentido.

Así mismo, le asiste razón al aquo en el entendido que dispuso que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, una vez cuente con el bono pensional, proceda en primer lugar con el estudio de la pensión de vejez, y en caso de no contarse con el capital suficiente para la financiación del derecho pensional, proceda con el estudio de la devolución de saldos en favor del actor, dentro de los términos que establece la Ley.

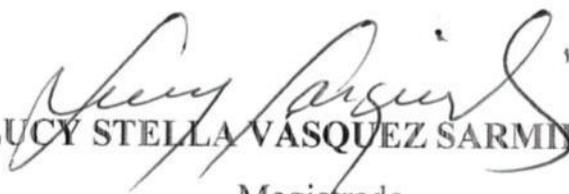
Finalmente, debe advertirse que si bien se solicita la absolución de la condena en costas por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, también lo es, que de conformidad con el artículo 365 del C.G.P. se establece el pago de dicho concepto a quien resulte vencido en el proceso, situación que en efecto se encuentra acreditada en las diligencias, por cuanto fue dicha Cartera quien se negó a la expedición del Bono Pensional reclamado por el actor, pese a los pronunciamientos emitidos por las Altas Cortes en dicho sentido; por lo que la condena impuesta resulta admisible y por tanto se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sin ellas en la alzada, dado el conocimiento de las diligencias también en el grado jurisdiccional de consulta.



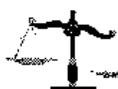
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia. **COSTAS.** Sin ellas en esta instancia y las de primera instancia estarán a cargo de la encartada Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref: radicación No. 11-001-31-05-007-2016-00642-01. Proceso ordinario de Juan Alberto Patiño Domínguez contra Banco Popular S.A. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 6 de diciembre de 2017.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada desde el 21 de enero de 1986 hasta el 10 de septiembre de 2015, el cual finalizó la demandada de forma unilateral e injustificada y que no se le canceló a la totalidad de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidas; se condene a la demandada a la reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías, a la devolución de la suma que le fue descontada sin su consentimiento, la prima de antigüedad que establece el artículo 27 de la

Convención Colectiva de Trabajo y la indemnización convencional de despido sin justa causa.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que laboró para la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de enero de 1986 y el 9 de septiembre de 2015, fecha a partir de la cual la demandada lo dio por terminado de forma unilateral alegando justa causa, por hechos que ocurrieron supuestamente el 4 de agosto de 2015.

Indicó que a pesar de haber sido llamado a descargos, la determinación se fundó exclusivamente en la versión de la trabajadora Ángela Rivera y la conversación telefónica con el Asesor de Seguridad.

Afirmó que el último cargo que desempeñó fue el de Cajero Principal en la oficina El Dorado y que a la finalización del vínculo devengaba un salario promedio mensual de \$3'963.277,44.

Agregó que la entidad bancaria demandada a la finalización del vínculo no le canceló la indemnización por despido injusto, ni los salarios y prestaciones de manera completa, y que además, sin su autorización, se le descontó de la liquidación de las cesantías lo correspondiente a un crédito vigente con una entidad cooperativa y al cupo utilizado de su tarjeta de crédito con el Banco.

Una vez notificada, la demandada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones incoadas en su contra, adujo en su defensa que el contrato de trabajo que existió con el demandante, finalizó con justa causa oportunamente alegada, por el incumplimiento de los deberes y obligaciones legales y contractuales del demandante; y de otra, que el salario para liquidar el auxilio de cesantías en forma definitiva obedece al promedio de los devengos

percibidos en el último año de servicio, conforme lo establece la convención colectiva de trabajo. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa, buena fe, compensación, entre otras.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar en esencia de un lado, que la demandada canceló todas y cada una de las acreencias laborales a su cargo en debida forma, y de otra, que la terminación unilateral del contrato de trabajo sí estuvo amparada en justa causa.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente se revoque la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado y en su remplazo se condene a la demandada de conformidad con las pretensiones de la demanda.

Aduce al efecto que no se valoraron las pruebas con sana crítica puesto que se consideró como prueba definitiva el video exhibido en audiencia, y con el mismo concluyó que se encontraba acreditado que el demandante actuó de manera irregular apropiándose de unos dineros, sin embargo eso no es exactamente lo demostrado, en tanto se contradice con las declaraciones de los testigos y el interrogatorio de parte absuelto.

Indica en el mismo sentido que contrario a lo que indicó la deponente Ángela Milena Rivera, en el video en ningún momento se ve la denominación de los billetes que se dice el demandante le entregó a un soldado y aun cuando se

afirma que éste además se introdujo un dinero en el bolsillo, al observar el video no existe correspondencia frente a dicha situación.

Sostiene que de acuerdo con las protuberantes inconsistencias y contradicciones de las pruebas recaudadas el despido de su mandante fue un montaje para no cancelarle la prima de antigüedad que se causa al cumplir 30 años de servicio, así como la indemnización por despido sin justa causa convencional, la que afirma equivalente a unos \$280.000.000,00 y agrega que el mismo se produjo por la declaración de una cajera auxiliar vinculada en forma temporal a quien mantuvieron vinculada al cargo en contra de lo establecido legalmente frente a dicha clase de trabajadores para congraciarse con ella.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.PT. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá única y exclusivamente a definir si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injustificado que reclama el demandante.

Con tal propósito corresponde a la Sala tener en cuenta que no es objeto de discusión en esta instancia las conclusiones a las que arribó la servidora judicial de primer grado relativas a la existencia de la relación laboral entre el demandante y la entidad bancaria demandada por el periodo comprendido entre el 21 de enero de 1986 y el 9 de septiembre de 2015, ni que la misma

finalizó por determinación de la demandada amparada en justa causa. Aspectos que por demás se corroboran con la copia del contrato de trabajo, la liquidación del mismo y la certificación expedida por la demandada, visibles a folios 16, 29 a 32 y, 20 a 22 y 72 del Cdno 2.

En la misiva mediante la cual la demandada tomó la determinación de finalizar el vínculo laboral con el actor, visible a folios 29 a 32 del expediente, se adujo en esencia que el trabajador contravino sus deberes legales, contractuales, convencionales, los principios fundamentales de transparencia y lealtad contenidos en el Código de Ética, “...al quedar demostrado que Usted dolosamente trató de ocultar la apropiación que hizo, aparentando que se trataba de un faltante en la caja a cargo de una compañera de trabajo” y que con ocasión a ello había perdido su confianza en el accionante.

El servidor judicial de primer grado, negó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido deprecada al considerar en esencia que el demandante omitió el cumplimiento eficiente de sus funciones como Cajero Principal y llevó a cabo una conducta grave que violó los reglamentos internos de trabajo del Banco Empleador y de la misma ley, comportamiento que afirma puso en riesgos los intereses del empleador, así como el buen nombre de su compañera de trabajo.

Al respecto, corresponde tener en cuenta que los deponentes Victoria Eugenia Granda Quijano, Directora de la Casa Matriz de la Gerencia General del Banco demandado y como tal Jefe de Seguridad del mismo, y Carlos Alberto Lugo, Analista Técnico de la demandada, indicaron en un mismo sentido que el 5 de agosto de 2015 atendió una solicitud de una Cajera Auxiliar de la Oficina El Dorado, en el que ésta manifiesta que tuvo un incidente con el demandante y que deseaba que se verificaran las cámaras de seguridad del Banco, dado que estaba segura de haberle entregado al actor el numerario completo y éste después de un tiempo de haberlo recibido le manifestó que

no recibió completos los fajos y que por tanto tenía un descuadre de un millón de pesos; indicó que en consideración a ello, se revisaron los videos de seguridad y se encontró que la referida empleada del banco le entregó el efectivo al accionante a las 3:15 de la tarde, que él toma el dinero lo pone encima de su escritorio, sin atender el recuento de forma inmediata en tanto se encontraba atendiendo una llamada telefónica y que se advierte que posteriormente toma un dinero de su billetero y lo introduce en su bolsillo, agregó que ante esa situación se comunicó directamente con el demandante quien reconoció haber tomado el dinero porque la había retirado de una de las cuentas que tenía con el Banco, pero al corroborar tal información advirtió que sus cuentas no presentaban movimiento y que por ende la versión del demandante era inconsistente, que así mismo se revisó la contabilidad del banco en donde se observó que al accionante nunca le sobró plata, que la caja de la Cajera Auxiliar se cuadró con plata que ella pidió prestada y que posteriormente el demandante entregó suma por el mismo valor, manifestado que no quería tener problemas.

A su turno la deponente Ángela Milena Rivera Rodríguez, empleada que se vio implicada en los hechos que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral del demandante y que laboró para la demandada hasta el año 2016, indicó que el 4 de agosto de 2015 aproximadamente a las 3:15 de la tarde, en condición de Cajera Auxiliar, hizo entrega al demandante de la devolución del efectivo, que ascendía a las suma de \$16'000.000,00 distribuidos en un fajo en billetes de denominación de \$50.000,00, 4 fajos en billetes de denominación de \$20.000,00 y 3 fajos en billetes de denominación de \$10.000,00; que en el momento en que efectuó la entrega de tal suma el accionante no realizó el recuento y posteriormente le indicó que tan solo eran \$15'000.000,00, que por esa razón cometió el error de elaborar el recibo por este último valor confiando en lo dicho por el demandante en condición de cajero principal, que sin embargo al realizar el cuadro de la caja a su cargo se advirtió que existía un faltante por un millón de pesos, que a pesar de que se

realizó una verificación al movimiento de caja e incluso se llamó a clientes, pero todo estaba bien, que como cajera tenía que dejar la caja cuadrada y por eso tuvo que pedir prestada la suma de dinero faltante.

Señaló la deponente Ángela Milena que al día siguiente continuó la búsqueda del dinero y que con el auxiliar notaron una actitud nerviosa del demandante, y que por esa razón el Subdirector de la Oficina le recomendó dirigirse a la oficina de seguridad del banco, que allí le mostraron el video, en el que afirma se observa el momento en que el demandante estaba atendiendo a un cliente y mientras lo está atendiendo le entrega uno de los fajos de \$10.000,00, posteriormente toma los fajos que previamente ella le había entregado, los pone en un rincón de la caja, posteriormente él realiza el conteo en billetes de denominación de \$50.000,00 que se encontraban en la caja de él y los guarda en su bolsillo, que en atención a ello de la Gerencia de Seguridad se comunicaron con el demandante, y que la explicación que éste les dio fue que la había retirado de una de sus cuentas, pero que allí advirtieron que no hubo movimiento alguno.

Agregó que al día siguiente, esto es el 6 de agosto de 2015, de Seguridad llamaron al demandante y al regresar a la oficina le entregó la suma de \$1'000.000,00, lo cual dejaron consignado en un documento.

Así mismo, obra dentro del plenario informe presentado por la Gerencia Nacional de Seguridad, dirigido al Vicepresidente de Operaciones del Banco Popular en el que se registra lo sucedido en torno a la reclamación presentada por la Cajera Auxiliar Ángela Rivera, en el que se relaciona la investigación que se llevó a cabo y en el que se concluyó que hubo una apropiación indebida por parte del demandante del dinero del billetero 4 minutos después de la devolución realizada por la Cajera Auxiliar, que mediante llamada telefónica el demandante manifestó que había retirado de su cuneta la suma de \$1'000.000,00, pero que al efectuar la correspondiente verificación, no se

advirtió ninguna clase de retiro en las mismas y que el 6 de agosto de 2015 el accionante entregó idéntica suma a la Cajera Auxiliar.

En el acta de diligencia de descargos visible a folios 18 a 23, se dejó consignado que el demandante en uso de la palabra reconoció haber tomado una suma de dinero y haberla guardado en el pantalón, como se registra en un video, afirma haber realizado ese acto porque pretendía realizar una transacción personal de la cual es titular, lo que finalmente afirma no realizó por la premura del tiempo y por esa razón finalmente devolvió el dinero que había retirado de la caja, para luego realizar el cuadro general del efectivo.

Ahora bien, la entidad bancaria demandada aportó al proceso copia del video en el que se registran las cajas en que prestaba servicios el demandante y la Cajera Auxiliar, en el que se advierte que a las 3:14:24 el demandante toma su teléfono celular, que entre las 3:14:58 y las 3:16:31 interactúa con quien al parecer es la Cajera Auxiliar, a las 3:19:50 atiende un usuario que porta traje militar, a quien entrega un fajo de billetes y a las 3:23:12 cuenta una suma de dinero del billetero y la introduce en el bolsillo de su pantalón.

Del análisis conjunto del material probatorio allegado al proceso, se establece con total claridad, la manipulación del celular por parte del accionante en su puesto de trabajo, que tomó del billetero de la caja a su cargo una suma de dinero no especificada y la guardó en su bolsillo, y que así mismo el 6 de agosto de 2015 entregó a la Cajera Auxiliar Ángela Rivera la suma de \$1'000.000,00.

Ahora, aun cuando el accionante tanto al rendir descargos como al absolver interrogatorio de parte, afirmó haber devuelto la suma de dinero que tomó del billetero y que el millón de pesos que entregó a la Cajera Ángela Rivera era de su propio peculio y no correspondía a la cifra que hacía parte del cuadro de la caja; lo cierto es, que no existe medio de convicción que dé cuenta que

el día 4 de agosto de 2015 el accionante efectivamente hubiere regresado la suma de dinero que tomó de la caja a su cargo y en todo caso, el denominado cuadro de la caja a su cargo no da certeza de ello, máxime cuando de acuerdo con la documental visible a folio 103, el mismo se efectuó a las 3:42 pm y el accionante refirió la devolución de la suma que había tomado aproximadamente a las 4:30 pm.

Aun en gracia de discusión, de aceptarse la tesis del accionante, esto es, que su intención no era apropiarse del dinero que tomó, no pasa para la Sala desapercibido el hecho de que omitió el registro de tal operación bancaria, como era su obligación en condición de Cajero Principal y del video aportado no se advierte un flujo tal de operaciones que le impidiera hacerlo, al punto de que por espacio de aproximadamente 4 minutos, estuvo manipulando su teléfono celular.

Las razones expuestas considera la Sala son suficientes para confirmar la decisión de primer grado, en tanto se estableció el incumplimiento de las obligaciones que el demandante tenía para con la entidad bancaria demandada en su condición de Cajero Principal, al no solo violar las políticas de seguridad de las operaciones en caja¹ empleando su teléfono celular en la caja a su cargo, sino al tomar de forma subrepticia el dinero bajo su custodia como dinero de uso personal, sin dejar registro de tal operación bancaria; lo que constituye una justa causa de terminación de la relación de trabajo, de acuerdo con lo que al efecto establecen los numerales 5º y 6º del artículo 62 del C.S.T.

En las condiciones analizadas, ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado al absolver a la demandada del reconocimiento y pago de la indemnización por despido deprecada, motivo por el que se confirmará la determinación adoptada. Costas

¹ Cfr fl 117 Cdo 2



en esta instancia a cargo del recurrente para su tasación se fija como agencias en derecho en la alzada la suma de \$100.000,00.

DECISIÓN:

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

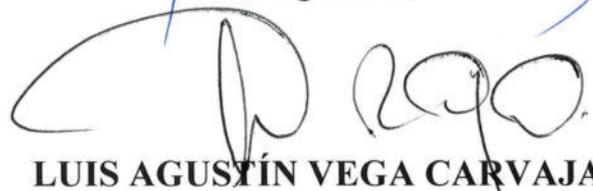
RESUELVE:

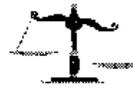
CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** A cargo del demandante para su tasación inclúyanse como agencias en derecho en segunda instancia, la suma de \$100.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-002-2015-00057-01. Proceso Ordinario de Fredy Javier Miranda Zambrano contra Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y la Fiduciaria la Previsora Patrimonio Autónomo Pan Flota (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión Laboral, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y las demandadas: Federación Nacional de Cafeteros, Fiduciaria la Previsora en condición de administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y Asesores en Derecho SAS, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de julio de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de que fue trabajador de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., se ordene a esta última, representada por la sociedad

Asesores en Derecho SAS, expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo en que laboró para la Flota Mercante y se condene a la Fiduciaria la Previsora S.A. - Patrimonio Autónomo Panflota- a pagar a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el título o cálculo actuarial correspondiente.

Solicitó igualmente se condene a Protección S.A. a tener en cuenta el tiempo en que laboró para la Flota Mercante, y a todas las demandadas al pago de perjuicios morales y materiales junto con intereses de mora.

En forma subsidiaria solicitó que por cuenta de la responsabilidad subsidiaria se ordene a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, en condición de matriz y controlante de la Flota Mercante S.A. o al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pagarle a Protección el título pensional o el cálculo actuarial solicitado de forma principal.

Como fundamento de las pretensiones señaló básicamente que laboró para la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de febrero de 1983 y el 25 de abril de 1991; que el último cargo que desempeñó fue el de Timonel y que su último salario devengado era la suma de 1.154,74 dólares americanos aproximadamente

Indicó que se encuentra afiliado a la Administradora de Fondos y Pensiones Protección S.A., la que afirma no ha reclamado el bono pensional o cálculo actuarial por el término laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana, y que, si bien celebró con ésta un acuerdo conciliatorio, nada se estipuló acerca del tiempo laborado y no cotizado por la Compañía.

Agregó que la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., cambió su nombre al de Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., la cual es filial de la Federación Nacional de Cafeteros, en cuanto ésta última obra como administradora del Fondo Nacional del Café y que el mandatario actual de asesores en derecho es Asesores en Derecho SAS.

Una vez notificadas, las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia¹, propuso las excepciones de mérito que denominó *“ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros”*.

La sociedad Asesores en Derecho SAS², luego de precisar que funge como mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, propuso las excepciones de mérito que denominó, *“durante casi toda la existencia del vínculo laboral el ISS no había asumido los riesgos de IVM por lo que no existía obligación de afiliación al sistema”*, *“para la vigencia del vínculo laboral no existían figuras como cuotas partes pensionales o bonos pensionales”*, imposibilidad jurídica y legal de reconocer el cálculo actuarial, y/o pensional del demandante, prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.³, propuso como excepciones de mérito las que denominó, carencia de elementos para que Protección parte del proceso, inexistencia de la obligación de cobro y cobro de lo no debido.

¹ Cfr fls 514 a 558

² Cfr fls 723 a 747

³ Cfr fls 749 a 759

Por su parte la Fiduciaria la Previsora S.A.⁴ en condición de vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota, propuso las excepciones de imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia e inexistencia de la obligación.

La *aquo* accedió a las pretensiones de la demanda y condenó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección a liquidar el cálculo actuarial por el periodo en que laboró en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante desde el 21 de febrero de 1983 hasta el 31 de julio de 1990, y declaró que las llamadas a responder por el pago de dicho cálculo es la Fiduciaria la Previsora S.A. como administradora y vocera del Patrimonio Autónomo Panflota, Asesores en Derecho SAS como mandataria con representación a cargo del mismo Patrimonio Autónomo y de manera subsidiaria la Federación Nacional de Cafeteros.

Determinación a la que arribó al considerar en síntesis que de acuerdo con el criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el empleador que en su momento no se encontraba obligado a afiliar sus trabajadores en pensiones tienen la obligación de responder ante el sistema de pensiones por los periodos de existencia del contrato de trabajo y que para el asunto la Federación Nacional de Cafeteros en condición de Vocera y Administradora del Fondo Nacional del Café tenía la obligación de responder por las obligaciones de la Compañía Internacional Flota Mercante, dada su condición de matriz o controlante de ésta última, pues no desvirtuó la presunción que al efecto establece el artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados del demandante, la Federación Nacional de Cafeteros, Fiduciaria la Previsora y Asesores en Derecho interpusieron recurso de apelación.

⁴ Cfr fls 768 a 792

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la parte actora interpone el recurso en forma parcial, a efectos de que se disponga la liquidación del cálculo actuarial a favor de su mandante hasta el 29 de agosto de 1990, se tenga como base de liquidación una suma diferente, que no se descarte la responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que la condena en costas se imponga a todas las demandadas.

Aduce al efecto, que el demandante fue afiliado al Seguro Social tan solo hasta el 29 de agosto de 1990 y que en consideración a esa circunstancia debe corregirse el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, dado que el cálculo actuarial debe ir del 21 de febrero de 1983 hasta el 28 de agosto de 1990.

En punto a la responsabilidad de Asesores en Derecho SAS afirma que de acuerdo con la determinación acogida recientemente por esta Corporación, en las que se ha venido haciendo claridad sobre el tema, en el sentido que ésta debe expedir la correspondiente Resolución en la que se ordene el pago del cálculo actuarial.

Frente al salario base para determinar el valor del cálculo actuarial indicó que se equivocó la juez de primer grado, pues en la sentencia SL1515 de 2018, proferida por la Corte Suprema de Justicia, se indica que es con el último salario, y que en tal sentido la *aquo* desconoció la liquidación final en donde la empresa reconoce el 8.33% de la prima Extralegal de acuerdo con la sentencia de Homologación de Laudo Arbitral proferida por la Corte Suprema de Justicia y que en ese mismo sentido se equivoca con los viáticos, pues en la cláusula quinta del contrato establece que sí son salario en el 75%, lo cual ratifica la convención colectiva. Agregó que además también se equivocó el

despacho al ordenar tener en cuenta solo lo del empleador pues al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 69.316 de 2018, determinó que también se debe tener en cuenta la proporción correspondiente al trabajador, so perjuicio de defraudar al sistema.

En relación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público señala que no debe ser exonerada en tanto si termina el Fondo Nacional del Café, dicho Ministerio sería el que tiene que responder por ser el dueño de la cuenta Fondo Nacional del Café, respecto de la que la Federación Nacional de Cafeteros es tan solo su administradora.

Finalmente indicó que de acuerdo con lo establecido en el Código General del Proceso y tal como lo ha determinado esta Corporación, es procedente condenar en costas a todas las demandadas.

Por su parte el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros solicita se revoque la determinación acogida en relación con su representada en tanto no fueron las decisiones que esta tomó como Administradora del Fondo Nacional del Café las que dieron lugar al proceso concursal de liquidación obligatorio de la Flota Mercante, sino que lo fue un caso fortuito o fuerza mayor derivados de las determinaciones acogidas por el Gobierno Nacional y el Congreso de la República; circunstancias que afirma se establecen del estudio financiero presentado por los expertos economistas Juan Carlos Echeverri y Luis Alberto Zuleta Jaramillo.

De otra parte, indicó que, en consideración al carácter parafiscal de los recursos del Fondo Nacional del Café y en consecuencia a la destinación específica que estos tienen, no es posible atender obligaciones distintas de aquellas para la cual se creó el objeto, tal como lo prevé la ley y lo ha reconocido la Corte Constitucional.

A su turno el apoderado de la Fiduciaria Fiduprevisora indicó que se debe absolver a su mandante, puesto que concurre al proceso en virtud del contrato de fiducia mercantil cuyo objeto es simplemente la constitución de un patrimonio autónomo con los recursos y bienes transferidos por el Fideicomitente, es decir la Federación Nacional de Cafeteros al momento de la celebración del contrato, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia SU1023 de 2001 y lo ratificó el Liquidador, y que por ende no es la llamada a responder por las pretensiones del demandante.

Finalmente, la apoderada de Asesores en Derecho solicita se revoque la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado al considerar en esencia que existe una confusión de su parte al darle a su representada la condición de representante legal de una sociedad extinta y cuando sus obligaciones se encuentran delimitadas en el contrato de mandato con representación que suscribió en virtud de la determinación acogida por el juez del concurso.

En este mismo sentido indicó que si bien es responsabilidad de Asesores en Derechos SAS expedir los actos administrativos, a su juicio no es procedente el pago del cálculo actuarial puesto que con éste se impone un cargo excesivo a una entidad que realizó todas sus actuaciones conforme con la normatividad vigente, pues fue por omisión legislativa que no se incursionó en una cobertura inmediata de los riesgos de invalidez vejez y muerte por parte del ISS.

Agregó que, de mantenerse la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado, se debe limitar la responsabilidad de su representada a lo dispuesto en el contrato de mandato, que se ordene únicamente el pago de los aportes indexados o en su defecto la liquidación del cálculo en proporción a

los aportes que le correspondía a la empleadora y se tengan en cuenta las licencias no remuneradas y suspensiones que hubiere tenido el contrato de trabajo.

Finalmente solicita se revoque la condena en costas en contra de su representante en tanto se imponen en una condición de representante que no ostenta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Conforme con lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T. y S.S., corresponde a la Sala determinar en primer término si es procedente ordenar el pago del cálculo actuarial a favor del demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. respecto de los aportes al sistema de pensiones por el periodo en que el demandante prestó servicios personales a favor de la extinta Flota Mercante Gran Colombiana y de ser así, establecer respecto de qué periodo debe liquidarse, cuál de las demandadas debe asumir su pago y la base salarial que se deben tener en cuenta para el efecto. Así mismo, se ha de analizar si para ello basta ordenar el traslado del valor de las cotizaciones indexado y si es procedente imponer condena en costas.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión en la alzada y se encuentra acreditado el vínculo laboral que existió entre el demandante y la Flota Mercante desde el 21 de febrero de 1983 hasta el 25 de abril de 1991; aspecto que por demás se corrobora con la certificación expedida por la Fiduprevisora⁵ y el acta de conciliación ante el Ministerio del

⁵ Cfr fl 483

Trabajo suscrita entre el demandante y el apoderado de la extinta Flota Mercante Grancolombiana el 25 de abril de 1991⁶.

Ahora, en tanto se discute el periodo en que no se efectuaron los aportes en pensiones a favor del demandante, se ha de indicar que si bien en el acuerdo conciliatorio que se efectuó ante el Ministerio del Trabajo se indicó que la afiliación del accionante a ISS se produjo en el mes de agosto de 1990⁷, también lo es, que de acuerdo con la documental visible a folio 489, proveniente de la Oficina de Bonos Pensionales, dicha afiliación se produjo tan solo a partir del 29 de agosto de 1990, de manera que el periodo respecto del que no se efectuaron cotizaciones a favor del accionante es el comprendido entre el 21 de febrero de 1983 y el 28 de agosto de 1990.

De acuerdo con los anteriores supuestos, en lo que respecta al pago de cotizaciones de relaciones laborales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, corresponde a la Sala señalar que la máxima Corporación de Justicia Laboral en criterio inveterado sostuvo que en aquellos municipios en donde no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales, el empleador no se encontraba obligado al pago de los aportes en pensión a favor de sus trabajadores, de esta forma lo expuso entre otras en sentencias del 9 de julio de 2000, dentro del radicado 13347, y de febrero 24 de 1998, dentro del radicado 10339.

Lo anterior, en consideración a que si bien la Ley 90 de 1945 estableció la obligatoriedad en la afiliación de las personas que se encontraban vinculadas mediante un contrato de trabajo con el consecuente pago de la contribución a cargo del empleador, también lo era que el artículo 72 de la referida ley dispuso que su implementación sería en forma gradual y progresiva, tan es así, que aun cuando el sistema había sido creado desde 1946, su puesta en

⁶ Cfr fls 484 a 487

⁷ Cfr fls 484 a 487

funcionamiento sólo se efectuó a partir de la aprobación del Acuerdo 224 de 1966 con el Decreto 3041 de ese mismo año, sin que para esa oportunidad la cobertura fuere a nivel nacional.

No obstante, con ocasión a la expedición del Decreto 3798 de 2003, la máxima Corporación de Justicia Laboral precisó su criterio y a partir de la sentencia del 27 enero de 2009, radicación 32179, adoctrinó que las normas llamadas a definir los efectos de la falta de afiliación o la mora en el pago de los aportes al sistema de pensiones, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, en aplicación del principio de retrospectividad de la ley.

Es así como siguiendo esta misma línea la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4388 de 2015, luego de un prolijo análisis de la evolución legal y jurisprudencial sobre este aspecto, concluyó que de acuerdo con lo que al efecto se previó en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, puntualmente en sus literales “c” y “d”, así como en el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, en concordancia con los principios que definen y orientan el sistema de seguridad social, la solución a la problemática de la falta de afiliación al sistema de pensiones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, para el reconocimiento de la prestación de vejez, con el consecuente traslado del cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora; criterio que reiteró entre otras en la sentencia SL2267 del 20 de junio de 2018, de manera que no resulta de recibo para la Sala el argumento que efectúa la apoderada de la demandada Asesores en Derecho SAS, relativo a que únicamente se ordene el pago de las cotizaciones dejadas de efectuar debidamente indexado, máxime cuando la referida afiliación tenía por objeto reemplazar la pensión de jubilación que se encontraba en ese momento a cargo del empleador y bajo este último entendimiento tampoco resulta de recibo para la Sala la

determinación relativa a ordenar el pago de cálculo actuarial únicamente en relación con los aportes que se encontraban a cargo del empleador.

En ese orden, ningún reparo merece a la Sala la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, en lo que respecta a la obligación que se encontraba a cargo de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante de responder ante el sistema de pensiones, por el valor de los aportes que no se realizaron a favor del demandante, sin embargo, se aclara, que lo es por el periodo comprendido entre el 21 de febrero de 1983 y el 28 de agosto de 1990 y respecto de la totalidad del salario.

En este punto corresponde tener en cuenta que si bien no se advierte la consolidación de un derecho pensional en cabeza del demandante, ello no es óbice para que se disponga el reconocimiento del referido cálculo actuarial, máxime cuando este aspecto es ajeno a la presente controversia y en todo caso impone una discriminación injustificada, frente a quienes ven frustrada la posibilidad de acceder a un derecho pensional.

Ahora, en relación con los factores salariales que se han de tener en cuenta para la realización del referido cálculo actuarial, es del caso señalar que además de la asignación básica, únicamente es posible tener en cuenta los valores que percibió el actor por concepto de trabajo extra y suplementario, así como el 75% de los viáticos percibidos, concepto este último al que se le dio la connotación de salario en la referida proporción, en la cláusula cuarta de la Convención Colectiva de Trabajo que la empleadora suscribió con la organización Sindical Unimar, vigente para el periodo comprendido entre el 21 de mayo de 1988 y el 20 de mayo de 1990⁸, texto extralegal del que es beneficiario el demandante con ocasión a su condición de afiliado a la referida

⁸ Cfr fls 463 a 480

organización sindical, aspecto éste último que se determina de la certificación visible a folio 482 del expediente.

No se ordenará tener en cuenta los demás factores que señala la activa en tanto no se advierte norma legal o extralegal que les otorgue el carácter salarial a la prima de antigüedad y las primas de servicios, motivo por el que se modificará en tal sentido la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado.

Dilucidado lo anterior, de acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos en la alzada corresponde a la Sala determinar, cuáles son las empresas obligadas a realizarlo.

Sobre el particular corresponde advertir que con ocasión a la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. su liquidadora suscribió contrato de Fiducia con la sociedad Fiduprevisora el 14 de febrero de 2016, acto jurídico que se incorpora a folios 800 a 816 del plenario y en el que si bien se advierte, que su objeto en principio fue “... *la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO... con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos...*” también lo es que tal objeto fue modificado en tres oportunidades, en la última de las cuales⁹ con el propósito de que se atendieran las siguientes obligaciones “*i) el pago de los auxilios funerarios conforme a lo establecido en el Artículo 51 de la Ley 100 de 1993... ii) Responder todas las obligaciones de los ex empleados y pensionados de la Flota Mercante; iii) elaboración del cálculo actuarial...*” y en razón a ello se acordó que la fiduciaria se obligaba a “*(...) 6. Atender oportunamente las quejas, reclamos y peticiones que se presenten por parte de los beneficiarios del patrimonio y, los ex empleados de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA*

⁹



MERCANTE S.A...y...25. Elaborar el cálculo actuarial en lo que corresponde a los expleados de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. el cual deberá ser remitido a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS quien actúa como administrador del Fondo Nacional del Café”.

Pese a lo anterior, no pasa desapercibido para la Sala que en el último de los Otrosí referidos, en la modificación que se introdujo al numeral 16 de la cláusula cuarta, está el de pagar las obligaciones siempre que el Patrimonio Autónomo cuente con los recursos suficientes y en tal sentido en tanto, en la sentencia SU 1023 de 2001 la Corte Constitucional reconoció que la Federación Nacional de Cafeteros es la matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, aspecto que se constata con el certificado de existencia y representación legal de esta última entidad visible a folios 16 y 17, es del caso determinar si en dicho evento ésta última entidad efectivamente se encuentra obligada a asumir el pago del referido cálculo actuarial

Por lo tanto, y acorde no solo con la presunción que establece el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, precepto vigente para la data en que se dispuso la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; sino con lo dispuesto en la sentencia SU 1023 de 2001, la Federación Nacional de Cafeteros asume la condición de garante frente a las obligaciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en virtud de la responsabilidad subsidiaria de la matriz de las obligaciones adquiridas por la sociedad subordinada, al margen de que los recursos que administre sean de naturaleza parafiscal, en razón a los presupuestos determinados en la sentencia de unificación en cita¹⁰, de manera que se desestima el

¹⁰ 16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

planteamiento que en tal sentido efectúa en la alzada el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros.

En tal sentido, ningún reproche merece a la Sala la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado en relación con la responsabilidad subsidiaria por parte de la Federación Nacional de Cafeteros respecto de las obligaciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana en condición de matriz y controlante; en tanto a juicio de la Sala no existe medio de convicción dentro del plenario que demuestre que el referido estado de liquidación hubiese sido ocasionado por una causa diferente.

En relación con las obligaciones de la vinculada Asesores en Derecho S.A.S. como mandataria con representación, corresponde señalar que de acuerdo con lo que refiere dicha entidad en el propio escrito de contestación, se advierte que se obligó como mandataria a “[e]xpedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los extrabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.,” razón por la que se le ordenará expedir el correspondiente acto administrativo.

Considera la Sala que no es procedente imponer condena alguna en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues no existe precepto normativo que permita extenderle la responsabilidad frente a las obligaciones a cargo de la liquidada Compañía de Inversiones la Flota Mercante, pues el control y

Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.

administración del Fondo Nacional del Café se encuentra a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros.

Hasta acá el análisis del Tribunal. Sin costas en la alzada, las de primer grado se encuentran a cargo de las demandadas Fiduprevisora con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo de Remanentes Panflota, la Federación Nacional de Cafeteros y Asesores en Derecho SAS en condición de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo Panflota; de acuerdo con lo que al efecto prevé el artículo 285 del C.G.P.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal tercero en el sentido de condenar a la demandada Protección Pensiones y Cesantías S.A. a liquidar el cálculo actuarial a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 21 de febrero de 1983 y el 28 de agosto de 1990, teniendo en cuenta para el efecto como salario, la asignación básica, los valores que percibió el actor por concepto de trabajo extra y suplementario, así como el 75% de los viáticos percibidos, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO.- MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia en el sentido de únicamente **ORDENAR** a la demandada **ASESORES EN DERECHO**



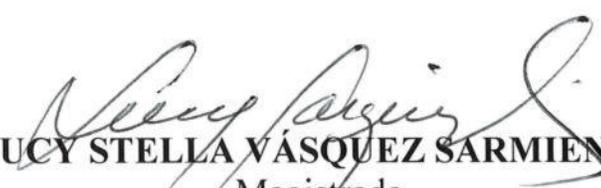
SAS que expida el acto administrativo en el que se disponga el pago del cálculo actuarial ordenado en el ordinal anterior.

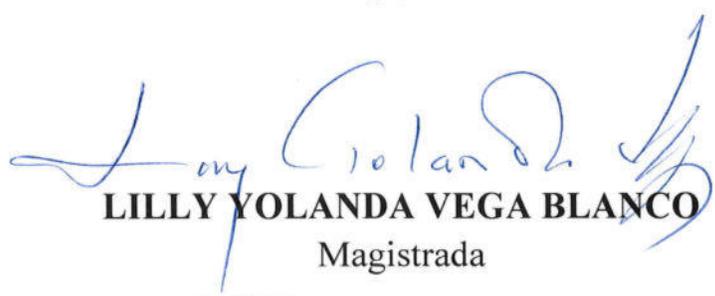
TERCERO.- CONFIRMAR el ordinal quinto de la sentencia impugnada en el entendido que la responsabilidad de la demandada Asesores en Derecho SAS se circunscribe a la expedición de la resolución indicada en el ordinal anterior.

CUARTO.- CONFIRMAR la sentencia de primer grado en lo demás.

QUINTO.- COSTAS como se indicó en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado